OPERUM

JOHANNIS HARPPRECHTI, JURISCONSULTI

ET ANTECESSORIS IN

Laudatissima Tubingensi Academiâ Ordinarii,

TOMUS III.

COMMENTARIOS, IN LIBRUM tertium Institutionum Divi Imp. Iustiniani, complectens.

Cum Indice Rerum & Verborum locupletissimo.

EDITIO SECUNDA

plurimis in locis aucta.

FRANCOFURTI,
Sumptibus JOANNIS BEYERI,

ANNO M. [illegible]C. L[illegible]I.

C O M M E N T A R I I

JOHANNIS HARPPRECHTI, JC.

ET ANTECESSORIS IN CELEBERRIMA TUBINGENSI ACADEMIA ORDINARII, IN TERTIUM Institutionum Domini Justiniani, Principis sacratissimi, Librum.

DE HEREDITATIBVS, QVÆ AB INTESTATO DEFERVNTVR.

TITULUS I.

PRINCIPIVM TITVLI.

INtestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit: aut non jure fecit: aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est: aut si ex eo nemo heres extiterit.

S u m m a r i a.

1 *Materia successionis legitima seu ab intestato, multiplex utilitas & varietas.*
2 *Usu frequentia & quotidiana, plenius perfectiusq; cognoscenda.*
3 *Ratio ordinis sive coharentia hujus tituli cum superioribus.*
4 *Hereditas alia testamentaria, alia legitima.*
5 *Legitimi heredes qui dicantur.*
6 *Quamdiu speratur heres ex testamento, cessat successio ab intestato.*
7 *Ordo & dispositio prasentis tituli & sequentium.*
8 *Cur universam hereditatis, & testamentaria, & legitima, materiam Iustinianus non uno libro sit complexus.*
9 *Hereditas cum tantùm testamento, vel ab intestato nobis deferatur: pactis aut contractibus eadem deferri non poterit.*
10 *Conventiones & pacta de futurâ alterius viventis hereditate, bonis moribus contraria censentur: votum captanda mortis alicujus in se continent: & liberam testandi facultatem impediunt.*
11 *Ultima voluntas est ambulatoria usq; ad extremum vita spiritum.*
12 *Ius succedendi à jure publico dependet.*
13 *Privatorum pactionibus juri publico non derogatur.*
14 *Qua pacta sint servanda.*
15 *Intellectus l. 1. & l. cùm proponas. 16. C. de pact. & l. de fideicommisso. 11. C. de transactionib.*
16 *Sententia l. licèt. 19. C. de pactis.*
17 *Voluntas militum, quoquo modo declarata, pro justo testamento habetur.*
18 *Explicatur l. ult. C. de pactis.*
19 *Sensus l. ea verò. 3. §. de illo quaritur. ff. pro socio.*
20 *Consideratio l. juris gentium. 7. §. penult. ff. de pact.*
21 *Mens l. 2. §. illud. 2. ff de hered. vel action. vendit.*
22 *Vocula,* Maximè, *qualis sit.*
23 *Exponitur l. nam hoc modo. 11. ff. de heredit. vel act. vend.*
24 *Consideratur l. si quis servum. 23. ff. de actionibus empt.*
25 *Declaratur l. quidam, cùm filium. 132. ff. de verb. obligat.*
26 *Filius heres instituendus, vel exheredandus.*
27 *Multa, qua expressè fieri nequeunt, tacitè facta valent.*
28 *Exheredatio quadam nota putatur.*
29 *Consuetudine receptum est, ut de futurâ successione pacisci liceat.*
30 *Cur isthac consuetudo sustineatur.*
31 *Libertas testandi multis casibus impeditur.*
32 *Libertus quomodo jubeatur testari.*
33 *Pactio de futurâ alterius hereditate, an & quatenus bonis moribus sit contraria.*
34 *Prasumptio illa de voto captanda mortis hodie sublata.*
35 *Pactum de futurâ hereditate, jurejurando confirmatum, cur valeat.*
36 *Distinguitur inter mores naturales seu canonicos, & civiles seu politicos.*
37 *Peccata sunt inaqualia.*

230 Qua-

287 Na-

287 *Nativitas liberorum legitimorum non est modus solvendo patria potestatis.*
288 *Redarguitur Tiraquellus.*
289 *Legitimationis effectus censetur patria potestas.*
290 *Liberi rescripto legitimati, nihil à legitimis liberis differre dicuntur.*
291 *Naturales liberi per istum legitimationis modum & natura, & ingenuitati, & iuri legitimo restituuntur.*
292 *Pœna est delicti vindicta.*
293 *Sine lege loqui erubescimus: & n. 211.*
294 *Legitimatio per Imperiale rescriptum fieri nequit, si pater iustos liberos habeat.*
295 *Factum legitimè retractari non debet, licèt casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari.*
296 *Furor contracta sponsalia, vel matrimonium non dissolvit.*
297 *Cæcus cœptum ante cæcitatem magistratum retinet.*
298 *Regula (quòd eà, qua ab initio consliterunt, irrita fiant, cùm eum in casum recidunt, à quo incipere non potuerunt) in quibus casibus obtineat.*
299 *In servitutis promissione quando perfectè servitus constituatur.*
300 *Regula (factū legitimè retractari non debere, &c.) in quibus speciebus procedat.*
301 *Ius filiationis separatum à iure successionis.*
302 *Num agnatorum & cognatorum, qui post liberos legitimos successuri sunt, consensus ad legitimationem, qua fit per Imperiale rescriptum, desideretur.*
303 *Ad adoptionem non requiritur agnatorum & cognatorum consensus.*
304 *Ius in spe non est considerabile.*
305 *Vtrùm liberi naturales, per rescriptum Principis, vel Comitem Palatinum legitimati, comprehendantur statuto excludente fœminas, extantibus masculis naturalibus & legitimis.*
306 *Legitimatio per rescriptum Imperiale, odiosa iudicatur, liberis naturalibus & legitimis existentibus.*
307 *An liberi naturales, etiam legitimis extantibus, ab Imperatore interdum legitimentur.*
308 *Rescriptum Principis ita accipiendum est, ut aliis non praiudicet.*
309 *An spurii & cæteri, ex illicitis coniunctionibus orti, rescripto Principis legitimari possint.*
310 *Spurios lex divina detestatur.*
311 *Ecquid concubinatus nostro seculo sit coniunctio illicita, ita ut liberi ex eâ prognati, spuriis connumerari debeant.*
312 *Adulterij pœna quæ sit.*
313 *De adulterio transigi non potest.*
314 *Liberi naturales nominatione suorum legitimi efficiuntur.*
315 *Vtrùm naturales filii, per subsequens matrimoniū legitimati, in feudis succedant.*
316 *Distinctio quorundam inter veritatem practicam & theoricam.*
317 *Non tam verba legum, quàm vis & potestas earum attendenda.*
318 *Quotiescunq; casus aliquis feudorum placitis non est expressè decisus, eius decisio ex iure communi petenda est.*
319 *Accurata explicatio c. 1. §. naturales, si de feudo defuncti content. sit inter dom. & agnat. vas. tit. 26. lib. 2. F.*
320 *Impium est, de viventis hereditate solicitum esse.*
321 *Qui legitimi fieri dicantur.*
322 *Responsio ad quarundam obiectionem.*
323 *Compilatores iuris feudarii haud dubiè cognitionem iuris Romani habuerunt.*
324 *Iura canonica in usum prodierunt post consuetudines feudorum.*
325 *Quis Episcopus eligendus.*
326 *In dubio iuris sermone quæ admittenda interpretatio.*
327 *Statutum loquens de legitimè natis, etiam per subsequens matrimonium legitimatos complectitur.*
328 *Dissolutio contrariorum argumentorum.*
329 *Negato genere, omnes eius species negata intelliguntur.*
330 *Nulla patris vasalli ordinatio valet in feudis.*
331 *Intellectus Nevell. 89. c. 4.*
332 *An filius naturalis, subsequenti matrimonio legitimatus, vel etiam ante legitimationem, integræ famæ & existimationis esse censeatur.*
333 *Vasallus invitis agnatis feudum alienare non potest.*
334 *Bona feudalia necessaria restitutioni subiacent.*
335 *Quæ restitutioni subiacent, ad alium transferri non possunt.*
336 *An & quatenus una determinatio duo determinabilia æqualiter determinet.*
337 *Spurii qui vocentur.*
338 *Spurii non patri, sed matri cum legitimis liberis rectè succedunt.*
339 *Excipitur mater illustris, alios liberos ex iustis nuptiis susceptos habens.*
340 *Argumentum à contrario sensu, in iure est fortissimum & frequentissimum.*
341 *In loco eminentiori positi delinquentes, maiori pœnâ digni.*
342 *Spurii ad illustris aviæ, aviq; materni hereditatem non admittuntur.*
343 *Num filia spuria dos à patre debeatur.*
344 *Dos & alimenta æquiparantur.*
345 *Alimenta iure canonico debentur spuriis.*
346 *Liberi, ex damnato coitu procreati, qui dicantur.*
347 *Isti liberi neq; patri, neq; matri succedere queunt: iis tamen quadam alimenta debentur.*
348 *An damnatus censeatur coitus, si maritus, ex solutâ muliere prolem sustulerit.*
349 *In materiâ peccati iuri canonico standum.*
350 *Ecquid liberi, ex damnatis complexibus progeniti, etiam à successione transversalium, & contrà, transversales ab eorum successione excludantur.*

351 Fun-

351 *Fundamento ſublato, ædificium corruere neceſſe eſt.*
352 *Succeſſio defertur ordine ſucceſſivo.*
353 *Sine lege nihil aſſeverandum.*
354 *Mens & ſententia l. 2. & l. 4. ff. unde cognati.*
355 *Spuriorum vocabulum generale, propriè de vulgò quæſitis intelligitur.*
356 *Verba propriè, & ſecundùm communem loquendi uſum accipienda.*
357 *Succeſſiones juris ſunt civilis.*
358 *Pœnalia jura reſtringi, & favores ampliari convenit.*
359 *Ceſſante cauſa, ceſſat effectus.*
360 *Pœna ſuos auctores debent comitari.*
361 *Liberi inceſtuoſi & nefarii licèt de jure civili alimentis indigni judicentur: jure tamen canonico iis alimenta à parentibus præſtantur.*
362 *Legatum, alimentorum nomine inceſtuoſis liberis à patre relictum, jure canonico valet: etiamſi teſtator non addiderit tali legato, ſe hoc vel illud alimentorum nomine relinquere.*
363 *Pater eſt debitor alimentorum neceſſarius.*
364 *Legata ſunt interpretanda ex conditione legatarii.*
365 *Clauſula (omni meliori modo & viâ, &c.) etiam teſtamento non inſerta, ſubintelligitur.*
366 *Aſcendentes ſive parentes qui intelligantur.*
367 *Hi quomodo & quando ſuis liberis ſuccedant.*
368 *Jus repræſentationis in aſcendentium ſerie locum non habet: & num. 92.*
369 *Hereditas magis deſcendentibus, quàm aſcendentibus, debetur: hujusq; elegans ratio.*
370 *Pater vel avus paternus filio nepotive inteſtato defuncto, qui erat in poteſtate, unà cum matre, avòve materno ſuccedens, præter ſuam portionem, quam pleno conſequitur jure, etiam uſumfructum obtinet, donec vixerit, ejus portionis, quæ matri vel avo materno delata eſt.*
371 *Conſideratio* Novell. 118. *c. 2. §. ſi verò. &c.*
372 *Num pater & mater, cæteriq; majores diverſæ lineæ in gradu pares, æqualiter in omnia bona ſuccedant: ſive hæc bona à patre, ſive matre ad filium pervenerint.*
373 *Hereditas omne jus, quod defunctus habuit, complectitur.*
374 *Indefinita oratio, à lege prolata, univerſali æquipollet: & num. 70.*
375 *Lex generaliter & indiſtinctè loquens, generaliter indiſtincteq; accipienda.*
376 *In delatione hereditatis quid ſpectetur.*
377 *Intellectus genuinus l. quod ſcitis. 3. verſ. ſin autem. C. de bonis, quæ liberis, &c.*
378 *Intellectus §. 1. ſupr. per quas perſon. cuiq; acquir.*
379 *Vtrùm aſcendentes in bonis feudalibus, liberis ſuis ſuccedere queant.*
380 *Quid inter dominum & vaſallum in primâ inveſtiturâ videatur actum.*
381 *Quibus caſibus parens defuncto ſuo filio in feudum ſuccedat.*
382 *Primus caſus.*
383 *Secundus caſus.*
384 *Tertius caſus.*
385 *Quartus caſus.*
386 *Si cum aſcendentibus defuncti fratres & ſorores* [illegible] *concurrant, quomodo inter eos hereditas dividenda.*
387 *Fratrum & ſororum prædefunctorũ liberi, utrinq; conjuncti, cum aſcendentibus, ob jus repræſentationis, in ſtirpes vocantur.*
388 *An defuncti frater utrinq; conjunctus, avo ſuo præferatur.*
389 *Proximus gradu quis dicatur.*
390 *Mater ad ſecundas nuptias procedens, eorum, quæ ex paternâ ſubſtantiâ ad filium pervenerunt, uſumfructum quidem conſequitur; proprietatem verò amittit.*
391 *Ecquid idem ad patrem, ad ſecunda vota convolantem, ſit porrigendum.*
392 *Nova nupta & bona & animum & vitam ſuam novis maritis addicere præſumuntur.*
393 *Mater filio ſuo impuberi tutorem non petens, ab ejus hereditate removetur.*
394 *Idem eſt, ſi turpem ac luxurioſam vitam elegerit.*
395 *De ſucceſſione parentum adoptivorum.*
396 *Quomodo parentes ſuccedant filiis naturalibus tantùm.*
397 *Iura ſucceſſionum correlativa ſive reciproca eſſe ſolent.*
398 *Correlativorum idem eſt jus, & doctrina.*
399 *Parentes naturales quomodo filiis ſuis legitimatis ſuccedant.*
400 *Mater, cùm ſemper certa ſit, filiis vulgò quæſitis ſuccedit: non item pater.*
401 *Parentes, qui liberos ex damnatâ conſuetudine ſuſceperunt, eorum ſucceſſione prorſus indigni judicantur.*
402 *Transverſales ſive collaterales qui appellitentur.*
403 *Fratres ac ſorores, defuncto ex utroq; parente conjuncti, reliquis omnibus, ab uno latere venientibus, præferuntur: exceptis ſolis fratrum ſororumque liberis.*
404 *Iure feudali frater conſanguineus unâ cum fratre utrinq; juncto ſuccedit.*
405 *Agnationis ſolius in uſibus feudorum ratio habetur.*
406 Demortui *fratris filij unâ cum patruo ſuccedunt in feudum paternum: & quidem in ſtirpes.*
407 *Frater, fratri in antiquum feudum ſuccedens, quomodo ſuccedere dicatur.*
408 *Vtrùm id, quod dicitur, fratris filios cum patruo ſuo in defuncti patrui feudum paternum ſuccedere, non ſolùm in feudo ſimpliciter hereditario, ſed etiam in feudo, quod eſt ex pacto & providentiâ, itemq; mixto procedat.*
409 *Agnati quo reſpectu in paternum feudum ſuccedant.*
410 *Agnatus agnato defuncto in feudum novum omnino non ſuccedit.*

411 *An, & quibus casibus etiam novum feudum ad vasalli defuncti agnates transeat.*
412 *Casus primus.*
413 *Casus secundus.*
414 *Casus tertius.*
415 *Casus quartus.*
416 *Casus quintus.*
417 *Natura cujusq; feudi, pacto investitura potest immutari.*
418 *Quisq; rei suæ legem dicere potest.*
419 *Donatio mortis causa ita fieri permittitur, ut nullo casu ejus sit repetitio.*
420 *Illud etiam, quod est novum, quandoq; habetur pro antiquo.*
421 *Num pactum istud, ut feudum novum censeatur jure paterni feudi rei veritatem immutet.*
422 *Ecquid duorum pluriumve fratrum filij, numero diversi, soliq; existentes, defuncto patruo suo in stirpes, an in capita succedant.*
423 *Fratrum filios solos in capita succedere, etiam in feudis, qui Interpretes censuerint.*
424 *Textibus, jure novissimo specialiter non correctis, meritò statur.*
425 *Hereditas inter eos, qui pari gradu distant, pariter dividenda.*
426 *Quando divisioni in stirpes sit locus.*
427 *Sensus & expositio Novell. 118. c. 3. vers. si autem defuncto, &c.*
428 *Intellectus d. Novell. 118. cap. 3. vers. unde consequens &c.*
429 *Intellectus dicti cap. 3. v. illud palam est. &c.*
430 *Intellectus d. c. 3. v. hujusmodi verò &c.*
431 *Particula* tunc *extremitatem temporis significat.*
432 *Emendatur d. Novell. 118. vers. si verò neque fratres &c.*
433 *Consideratur § cùm filius. 6. hoc tit.*
434 *Ecquid unius & ejusdem hominis hereditas modò in stirpes, modò in capita dividi queat.*
435 *A separatis nil. ši valide infertur.*
436 *Consideratio & sensus Auth. cessante. C. de legit. heredib.*
437 *Duorum fratrum liberi, si soli sint, etiam patruo suo magno in capita succedunt.*
438 *Fratres legitimi tantum item naturales tantùm, & ex conjunctione damnatâ nati, an & quatenus mutuo successionis jure utantur.*
439 *Quomodo succedatur, si defunctus fratres sororesve utrinq; conjunctos conjunctasve non reliquerit.*
440 *Fratrum filii ex uno latere, & nepos ex duplici vinculo concurrentes, quomodo ad hereditatem vocentur.*
441 *Quomodo succedendum sit, si defunctus fratrem consanguineum, & uterinum reliquerit.*
442 *Correctio est odiosa, adeòq; vitanda.*
443 *Omissum à legibus, pro omisso habendum est.*
444 *Ea opinio verior præsumitur, quæ à majori Dd. parte approbatur.*
445 *Communis opinio vim consuetudinis obtinere dicitur.*
446 *An fratres utrinq; conjuncti excludant fratres, ex altero tantùm parente junctos, in successione nepotis ex fratre prædefuncto.*
447 *Priores in gradu, potiores sunt in successione: & pares in gradu pariter quoq; succedunt.*
448 *Num frater patruelis, sive consobrinus utrinq; conjunctus, præferatur defuncti patruo aut avunculo, ex uno latere conjuncto.*
449 *Agnati & cognati hodie simul, nullo inter eos habito discrimine, succedunt.*
450 *Proximiores agnati aut cognati, ulteriores excludunt.*
451 *Nulla hodie sexûs differentia observatur.*
452 *Collaterales omnes, præter fratres & fratrum filios, succedunt in capita.*
453 *Persona duplici ratione defuncto conjuncta, duas hereditatis partes auferre potest.*
454 *Quo casu duplex qualitas in unâ eâdemq; personâ concurrit, illa persona pro duabus personis reputatur.*
455 *Una eademq; persona, diverso respectu censetur diverso jure.*
456 *Sicut etiam una eademq; res, diversis respectibus diverso jure censetur.*
457 *Duæ qualitates in eâdem personâ simul concurrentes, quarum qualibet per se suum potest operari effectum, sibi invicem non derogant.*
458 *Exercens duas diversas artes mechanicas, ad onera & statuta utriusq; Collegii obligatur.*
459 *Contrariorum eadem ratio & disciplina.*
460 *Sententia l. si ita scriptum. 13. ff. de liber. & posthum.*
461 *Quando pluribus eadem quantitas promittitur: pro personarum numero quantitas promissa inter eos dividenda est.*
462 *Item quando pluribus eadem res in testamento legata est: ad partes viriles res legata vocantur.*
463 *Argumentum ab ultimâ voluntate ad legem, vel contrà, jure receptum est.*
464 *Res eadem bis debetur ex diversis causis, quæ non sunt invicem incompatibiles.*
465 *Quando duæ sunt obligationes paris potestatis: non potest altera consumi per alteram.*
466 *Quoties cunq; uni eidemq; una eademq; hereditas ex duabus defertur causis: totiescunque lucri multiplicatio contingere potest.*
467 *Accurata explanatio Auth. post fratres, fratrumque filios. C. de legit. heredib. & Nov. 118. c. 3. §. si verò neq; fratres &c.*
468 *Frater germanus quis dicatur, quis item consanguineus & uterinus.*
469 *Fictio non potest fingere super impossibili, neque locum habere, ubi veritas locum habere nequit.*
470 *Duplicitas vinculi quatenus ultra fratres fratrumq; filios non sit consideranda.*
471 *An & quatenus duæ causæ lucrativæ in unâ eâdemq;*

demq; perſonâ, eodem tempore concurrere poſſint.

472 *Ecquid collateralium ſucceſſio decimo gradu ſit circumſcripta.*

473 *Explicatio §. final. inſt. de ſucceſſ. cognator.*

474 *Cognati hodie in ſucceſſionibus exæquati ſunt agnatis.*

475 *In feudis etiam omnes, qui gradûs proximitatem docere queunt, ſuccedunt in infinitum: at collaterales in bonis damnatorum non ſuccedunt.*

476 *Conjuges quando ſibi invicem ſuccedant.*

477 *Conſortem conſorti, fiſco excluſo, ſuccedere conſtat.*

478 *Conſortes qui appellentur.*

479 *Conjuges ſanguine invicem conjuncti, quomodo ſuccedant.*

480 *Vtrùm & quatenus, matrimonio ſine dote contracto, ſuperſtes conjunx, inopiâ laborans, unà cùm liberis prædefuncto diviti ſuccedat.*

481 *Pacta dotalia, bonis moribus non repugnantia, obſervari debent.*

482 *Nunquid portio illa, quæ conjugi ſuperſtiti debetur, per teſtamentū alterius conjugis auferri poſſit.*

483 *Legitimam parens ſine cauſâ juſtâ liberis teſtamento detrahere nequit.*

484 *Quatenus uxor, pro conſequendâ quartâ totius ſubſtantiæ, bona à marito alienata revocare valeat.*

485 *Si ſtatuto caveatur, maritum non poſſe uxori ultra quartam, jure communi debitam, aliquid relinquere: an idem obtinere debeat in uxore.*

486 *Statuta ſtricti ſunt juris, eorumq; verba ad literam accipienda.*

487 *Statutum in uno ex correlativis diſponens, & in alio diſponere cenſetur.*

488 *Vtrùm ſocer ad nurûs ſuæ hereditatem, fiſco excluſo, admittatur.*

489 *Soceri, vitrici, novercæ, privigniq; nomina ex matrimonio derivantur.*

490 *Succeſſio privigni non debetur vitrico: quemadmodum nec hereditas novercæ debetur privigno.*

491 *Iure Würtembergico quomodo conjunx ſuperſtes defuncto ſuccedat.*

492 *An & ſponſa, reliquis ſucceſſoribus deficientibus, ſponſo ſuccedat.*

493 *Nuptias non concubitus, ſed conſenſus facit.*

494 *Sponſus, non conſummato matrimonio, accuſationem adulterij inſtituere poteſt.*

495 *Donatio inter virum & uxorem prohibita, etiam inter ſponſum & ſponſam prohibita judicatur.*

496 *Commodum ſequi debet eum, ad quem incommodum pertinet.*

497 *De ſucceſſione fiſci.*

498 *Fiſcus unde nomen habeat.*

499 *Fiſcus quid ſignificet.*

500 *Fiſcus olim ab ærario diſtinctus.*

501 *Fiſcus quatenus ad vacantia defuncti bona admittatur.*

502 *Hereditates, quæ filiis reorum perduellionis deferuntur, cui applicentur.*

503 *Quibus ex cauſis bona alicui, ut indigno, auferantur, remiſſivè.*

504 *An tutor pupillo, ſine cognatis defuncto, ſuccedat.*

505 *Legitima hereditas ſolâ lege defertur.*

506 *Hereditas extraneis datur teſtamento: non item ab inteſtato.*

507 *Nutritor puero, quem gratis educavit, non ſuccedit.*

508 *Tutor gratis adminiſtrare tutelam tenetur.*

509 *Mens & intellectus l. quò tutela. 73. ff. de reg. jur.*

510 *Quatenus fiſcus, poſt agnitionem bonorum, teneatur creditoribus.*

511 *Vtrùm fiſcus, in bona vacantia ſuccedens, legata & fideicommiſſa teſtamento vel codicillis relicta, præſtare cogatur.*

512 *Regula (ſi nemo hereditatem adiit, nihil in teſtamento ſcriptum debetur) quando officium ſuum perdat.*

513 *Quibus juris remediis hereditatem, ab inteſtato ſibi delatam, quiſpiam conſequi poſſit.*

514 *Si res per ſucceſſionem legitimam pervenerit ad heredes, num in alienas manus* (Jn andere Händ) *perveniſſe cenſeatur.*

515 *In contractibus magis voluntas contrahentium, quàm verba, conſideranda.*

516 *Contractus regulariter ad & contra heredes tranſeunt.*

517 *Notariorum clauſula, in inſtrumento heredum mentionem faciens, ſuperflua videtur.*

518 *Qualibet pactio reputatur in dubio realis, ſicq; tranſitoria ad heredes.*

519 *Contrahentes & ſibi, & ſuis heredibus proſpexiſſe præſumuntur.*

520 *Defunctus & heres habentur pro unâ eademq; perſonâ.*

521 *In pactis & ſtipulationibus verba dubia contra ſtipulatorem interpretanda.*

522 *Alienatio, quæ fit per ſucceſſionem legitimam, non eſt hominis, ſed legis.*

523 *Mors omnibus neceſſaria.*

524 *Filius libertæ ſuccedit matri, in re alienari prohibitâ extra liberorum familiam.*

525 *Prohibitâ alienatione per legem, aut per hominem, ſucceſſio legitima prohibita minimè intelligitur.*

526 *Quibus modis aliquis ab inteſtato ſuccedere dicatur.*

527 *An pupillus, furioſus, &c. inteſtatorum appellatione in ſtatutis contineantur.*

528 *Num & is dicatur inteſtatus, qui teſtamentum facere non potuit.*

529 *In ſtatutis communis loquendi uſus obſervandus.*

530 *Omnis hereditas defertur aut ex teſtamento, aut ab inteſtato.*

531 *Statutum odioſum, in benigniorem partem accipiendum.*

532 *Principalis ratio ſtatuti ſemper conſideranda.*

533 *Voluntatem ſuam ſecundùm leges moderari quisq; præſumitur.*
534 *Verba ſtatuti in propriâ ſignificatione accipienda.*
535 *An is, qui codicillos fecit, teſtatus deceſſiſſe putetur.*
536 *Hereditas codicillis non datur, nec adimitur.*
537 *Paria ſunt; aliquid omnino non fieri, vel minùs ritè & ſolenniter fieri.*
538 *Teſtamentum quomodo rumpatur, vel irritum fiat.*
539 *Heres caput ac fundamentum totius teſtamenti.*
540 *In dubio quis præſumitur inteſtatus deceſſiſſe.*
541 *Quæ in facto conſiſtunt, non præſumuntur.*

1 VTilitas, de ſucceſſione legitimâ ſive ab inteſtato, tractatûs, cujus interpretationem (Chriſto duce, & auſpice Chriſto) aggredior, non eget commendatione. Ipſe enim (ut Ulpianus *de Titulo Pandectar. de in integrum reſtitutionib.* ſcribit, *in l. 1 ff eod t.*) ſe oſtendit. Nam nulla penè juris civilis materia reperitur, quæ tam crebrò in foro occurrat & ventiletur, quæque tam multiplicem habuerit mutationem ac varietatem, quàm præſens, de hereditate legitimâ, materia; quæ tota in pluribus quaſi reformata eſt, ut conſtat *ex Novell.* 118. &
2 inferiùs dicendis luculentiùs apparebit. Cùm igitur hujus materiæ uſus frequens & quotidianus, atque ob id perfectior ejus cognitio prorſus neceſſaria, & maximè fructuoſa ſit, *arg. l. legavi. 25. ff. de liberat. legatâ. l. 1. in pr ff. de ſuſpect. tut. & ſimilium allegatarum ſuprà ad §. feræ. 12. num. 6. de rer. diviſ. &c.* operæ curæque pretium me facturum exiſtimo; ſi, priuſquàm textum tituli ſuſcipio explicandum, de ratione ordinis ſive continuatione, aliisque nonnullis eò pertinentibus; deinde de ſententiâ juris noviſſimi (quod, reciſis omnibus antiqui variique juris ambagibus & ſinuoſis anfractibus, certum aliquem & ſimplicem ſuccedendi ordinem breviter præſcribit) more aliorum Interpretum, verba fecero. Ratio autem ordinis pendet *ex §. ult. J. tit. per quas perſonas cuiq; acquiritur.* ubi expreſſum eſt, duplicem eſſe conditionem
3 hereditatis. Vel enim defertur ex teſtamento, quæ teſtamentaria; vel ab inteſtato, quæ legitima & juſta appellitatur. *l. legitimam. 8. ff. de vetu. heredit. l. 3.*
4 *§. 2. ff pro ſocio. l. 2. §. legitima. 4. ff. de ſuis & legit. heredib. l. 2. § 1 verſ. mater enim. ff qui petant. tutor. vel curat. l. in pluribus. 70 ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. quod autem 6. §. 2. ff. quæ in fraud. creditor. facta, &c. l. ſi curatorem. 9. C. de jure deliberandi.* Et quia in præcedenti libro (*à titulo nimirum. 10 de teſtament. ordinand usq; ad tit: 20 de legat.*) de hereditate teſtamentariâ, id eſt, eâ, quæ ex teſtamento ad nos pertinet, expoſitum eſt: reſtat nunc, ut & de legitimâ, hoc eſt, de eâ, quæ ſolâ lege ab inteſtato obvenit, agatur.
5 Unde legitimi dicuntur heredes, quibus ex ſolius legis diſpoſitione hereditas defertur. *l. 2. §. ult. ff. unde legitimi. d. l. 2. in princ. & tot. tit. ff. de ſuis & legit. heredibus.* Et quanquam lege quoque obvenire ea hereditas dicitur, quæ ex teſtamento defertur: quia lege XII. Tabular. teſtamentariæ hereditates confirmantur, *l. lege obvenire. 130. ff. de verbor. ſignificat.* id tamen non fit immediatè & principaliter, ſed latè ſive mediatè & per conſequentiam, nempe per voluntatem hominis, teſtamento declaratam. Quà de re copioſè & variè *diſputant Donell. lib. 9. Comment. de jure civ. cap. 1. circa princ. ibiq; ejus Enucleator Hilliger in ſuis notat. ad lit. C. Alciat. & Goedd. ad d. l. lege. 130. num. 3. & ſeqq. ff. de verb. ſignif idem Alciat. lib. 4. paradox. c. 7. Borch. in tract. de gradib. c. quotuplex ſit hereditas. pag. 151. Nicol. Bellon. lib. 3. ſupputat. jur. c. 7. Pinel. ad l. 2. num. 7. C. de bon. mater. Valent. Forſter. in tract. de ſucceſſionib. ab inteſtat. lib. 1. cap. 17. num. 14. & multis ſeqq. Guilielm. Forſter. lib. 3. diſp. 15. th. 3. Facnineus lib. 6. controverſiar. jur. cap 41. Arumæus Exercitat. Juſtin. 11. th. 2. Vultejus hic num. 1. & Heigius cap. 2. num. 8. cum ſeq. Henningus Wegnerus diſp 9. ad Inſtitut. th. 1. lit. b. Timæus Faber diſput. 21. ad Inſtit. Imperial. th. 2. Zabelius Exercitat. feud. 6. concluſ 1. lit. a. Hunnius lib. 3. var. reſolut. jur. civ. tract. 1. quæſt. 1. & in reſolut: ad vol. 2. Treutler. Diſput. 16. th. 1. lit. B. quæſt. 3. & 4. pag. 190. cum ſeq. & ibid Bachovius in ſuis not. pag. 983. Ungepaur. exercit. Juſtin. 9. q. 2 pag. 348. & ſeq. edit: ult. aliiq; ab iſtis allegati.* Atq; prædictum ordinem, ut videlicet priùs de hereditate ex teſtamento, & poſteriùs de hereditate ab inteſtato explicetur, ipſa lex XII. tabularum propoſuit, eamque Prætor in edicto eſt ſecutus, *l. 1. ff. ſi tabulæ teſtament. nullæ extabunt.* ac proinde eundem ordinem & Juriſconſulti in ſuis libris, ut Ulpianus *in lib. regular* ut Paulus *in lib. ſententiar. &c.* & Imperatores, ut Theodoſius *in C. Theod.* & Juſtinianus in tribus ſuis libris, *Inſt. ff. & C.* rectè ſunt ſecuti, tàm in hereditatibus, quàm in tutelis & bonorum poſſeſſionibus explicandis, *l ſi quis ſub conditione. 11. ff. de teſtament. tutel. d. l. 1. ff. ſi tabul teſtament nullæ extab. & docet hic D. Giphanius.* Cur autem priùs de cauſa teſtati, & poſteriùs de cauſa inteſtati diſſeratur, tam jure civili, quàm Prætorio, ratio ſatis perſpicua eſt, quam & ſuprà *initio t. de teſtament. ord.* attigimus: quia quamdiu ſperatur heres ex teſtamento: ceſſat ſucceſſio legitima ſive ab inteſtato. *l. quamdiu. 89. ff. de reg. jur. l. quamdiu. 39. ff. de acquir. vel omitt. heredit. & l. antequam. 8. C. communia de ſucceſſionibus.* 6

Porrò ad hunc titulum, & proximè ſubſequentes quod attinet: eorum hic eſt ordo, ut pro gradibus ſucceſſionis tituli ordine diſponantur. Facit verò tres Imp. Juſtinianus gradus ſeu ordines: liberorum ſive ſuorum: agnatorum ſeu legitimorum: ac cognatorum. Et ad primum quidem gradum ſpectat hic primus titulus. Quamvis enim is univerſæ hereditatis ab inteſtato explicationem polliceri videatur: ſub eo tamen de liberorum duntaxat ſucceſſione tractatur: adeoque plus eſt in rubro, quàm in nigro, *uti loquuntur*: & inſcriptio generalior eſt, quàm 7

quæ

quæ subjectæ materiæ conveniat, *ut benè Antonius Matthæus hic animadvertit.* Ad secundum, agnatorum scilicet, gradum seu ordinem pertinet, titulus secundus, tertius, & quartus. Ad tertium, cognatorum nempe ordinem, pertinet titulus quintus, sextus & septimus, id est, ultimus hujus tractationis de hereditatibus ab intestato ingenuorum. Siquidem de libertorum hereditatibus separatim agitur
8 *infrà tit. 8. de successione libertor.* Cæterùm cur universam hereditatis, tum testamentariæ, tum legitimæ materiam, Justinianus non fuerit uno eodemque libro complexus, videtur ideo factum esse: ut libri omnes numero titulorum sibi invicem fermè responderent; hoc est, ut omnium eadem propemo-
9 dum crassitudo esset: quod non erat futurum, si omnes acquirendi modi in unum & eundem librum compacti fuissent, *monente hic Anton. Matthæo.*

Quia verò ex modò dictis manifestum est: hereditatem tantùm testamento nobis deferri, vel ab intestato. *d. §. ult. J. per quas person. cuiq; acquiritur. l. 1. ff. de petit. heredit.* necessariò inde sequitur: pactis, contractibus aut conventionibus, tanquam contra bonos mores initis, eandem jure nostro civili deferri darivè non posse, *per textus apertos in l. cùm donationis. 34. in fine. C. de transactionib. l. pactum quod dotali. 15. & l. fin. C. de pactis. l. hereditas 5. C. de pactis convent. tam super dote. &c. l. donari. 29. ad finem. ff. de donationibus. l. si quando. 35. §. 1. C. de inoffic. testament. l. ult. ff. de suis & legit. l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verbor. obligat. l. ex eo. 4. C. de inutilibus stipulat. &*
10 *l. pactum dotali. 3. C. de collationibus.* Ejus autem, cur pacta seu conventiones istiusmodi de futurâ alterius viventis hereditate, bonis moribus contrariæ videantur, atque hinc prohibeantur, rationes potissimùm tres afferuntur. I est: quia pacta ejusmodi plena sunt tristissimi & periculosi eventûs; atque adeò votum captandæ mortis alicujus in se continent, *d. l. fin. C. de pact. l. de fidei commisso. 11. C. de transactionibus.* II. Quia liberam testandi facultatem auferunt, *l. cum duobus. 52. §. idem respondit. 10. ff. pro socio. d. l. pactum quod. 15. C. de pactis, ibique Bartol. Bald. Salicet.*
11 *Iason & Donellus.* contra substantiam ultimæ voluntatis, quæ ambulatoria est, usque ad supremum vitæ exitum *l. cùm hic status. 32. §. pœnitentiam. 3 ff. de donat. int. vir. & uxor. l. quòd si iterum. 4. ff. de adimend. vel transfer. legat. l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. Georgius Natta in repetit. c. quamvis. n. 92. de pact. in 6. & ibidē Ioannes Ramatus. n. 2. & seqq. Alvarott. ad c. 1. de filiis natis ex matrimon. ad morganaticam contracto. in usib. feud. Franc. Sonsbec. in Comment. de feud. part. 9. n. 50. & seq. Bercholt. de pactis. c. 5. n. 60. 67. & seqq. item in tract. de gradib. sub c. hereditas pactis, contractibus, &c. pag. 155. & seqq. Arumæus Exercit. Justin. 11. th. 14 Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 22. edit. 1. Forsterus Senior lib. 4. de successionib. cap. 24. num. 5. & seqq. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 13. Gœddæus de contrah. & committ. stipulat. c. 6. conclus. 7. num. 6. & seqq. Forsterus junior in tract. de pact. c. 6. pag. 148. & seqq.* III. ratio, eaque germana 12
& genuina hæc perhibetur: quia jus succedendi dependet à jure publico, id est, ipsis legibus; sive de testamentariâ, sive de intestati successione agatur. Nam lex XII. tabular. non modò testandi licentiam civi Romano dedit; sed etiam hereditatum, heredumque ab intestato jura induxit. *l. testamenti. 3. ff. qui testam. fac. poss. l. verbis legis. 120. & l. lege obvenire. 130. de verb. signif.* Proinde vis & injuria fit legibus, non solùm si testandi libertas pactione aliquâ constringatur: sed etiam si per pactum quis impediatur ab intestato ei succedere, cujus vel filius sit, vel proximus agnatus. Ex legibus enim prima liberorum causa est in succedendo: si suus heres non sit, agnatus proximus habere familiam jubetur. Atqui
tritum illud & pervulgatum est: privatorum pactio- 13
nibus juri publico derogari nec posse, nec debere. *l. jus publicum. 38 ff. de pact. l. Neratius. 20. in princip. ff. de religios. & sumptibus fun. l. 1. §. si inter. 9. ff. de magistratib. conveniend. l. quod bonus 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid. l. Cordonem. 42. ff. de oper. libert.* Igitur non magis fieri potest, ut valeant pactiones de non succedendo, quàm quæ sunt de succedendo. *d. l. pactum dotali. 3. C. de collationib. l. si quando. 35. §. illud. C. de inoffic. testament. l. fin. ff. de suis & legitim. hered. latè Anton. Faber de error. pragm. decad. 12. err. 4. & decad. 14. err. 1. item Conjectur. jur. lib. 14. c. ult. Peregrin. de fideicommiss. art. 51. n. 24. Hoigæus part. 1. quæst. 23. n. 8. & seq. eosq; citans Caspar Schifordegher. lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 29. quæst. 1. & 2. Quos novissimè reprehendit Hunnius d. lib. 3. tract. 1. quæst. 17.* Eadem de re videantur Regner. Bachov. Echt. *in lib. uno disp. miscell. de variis jur. civil. materiis. cap. 13. & vol. 1. disp. 6. th. 8 lit. a.* Johan. Gœdd. *d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 7. num. 62 & 106.* Theod. Reinckinck *in tract. de regim. secul. lib. 1. clas. 4. c. 18. n. 1.* Hen. Boecr. *de iure succedendi in feud. c. 2. quæst. 1. pag. 58. cum seqq.* Hieron. Gabriel. *consil. 137. num. 4. vol. 1.* eosque citans Anton. Bullæus *discurs. 6. de pacto affirmativo conclus. 7. p. 393.* Quibus etiam adjiciendus est Timæus Faber *disput. 21. ad Instit. Imperial. th. 12.* Georgius Frantzkius *exercitat. jurid. 8. quæst. 10. pag. 245. & seqq.* itemque Jacobus Cancerius *part. 3. var. resolut. jur. cap. 7 num. 127. cum seqq.*
fol. 175. & seqq. Huic sententiæ primò non obstat 14
l. 1. in pr. & l. juris gentium. 7. § ait Prætor. 7. ff. de pactis. ubi dicitur nihil tam congruum esse fidei humanæ, quàm ea, quæ inter homines placuerunt, servare. *Nam* responsio *ex d. l. 7. §. 7.* evidenter patescit, ubi Prætor ait, se ea pacta servaturum, quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt.

Secundò non resistit *l. 1. & l. cùm proponas 16. C.* 15
de pact. item l. de fidei commisso. 11. C. de transactionib. ex quibus evincitur, pactiones super hereditate futurâ factas valere. *Etenim* hæ leges loquuntur de fideicommissariâ hæreditate, de quâ pactiones factæ

ideo valent: quòd improbabile votum captandæ mortis alterius tollere existimantur, *d. l. de fideicommisso.11 C. eod.* Deinde in allegatis legibus non agitur de hereditate, vel alio jure viventis, sed de relicto conditionali, quod jam ex bonis defuncti recessit. *Verùm istas tres leges explicatiùs enodat Berchole. d. tract. de gradib. pag. 158. & seqq.*

16 Tertiò non adversatur *l. licet. 19. C. de pact.* ubi pactum de futurâ successione permittitur. Hæc enim lex disertè tractat de militibus sive commilitonibus, inter quos pactum de mutuâ & vicissitudinariâ successione toleratur, si eo tempore, quo ad discrimen prælii pergunt, factum fuerit. Et sanè valet

17 ea dispositio, non ut pactum, sed ut testamentum militare: cùm voluntas militum quoquo modo declarata, pro justo testamento habeatur, *initio tit. f. de militari testament. l. 1. circa princ. ibi, ut quoque modo testati fuissent, &c. ff. de testamento militu. Constant. Harmenop. lib. 1. Epitom tit. 9. Vide Belognet. & Ioan. Dauth. in repetit. l. fin. num. 21. C. de pact. eorq; referentem Hartman. Pistoris. lib. 4. quæst. 1. num. 19. & quæst. 2. num. 36.*

18 Quartò nihil movet *l. ult. C. de pact.* ubi duo aut plures, ad quos hereditas tertii alicujus, eo mortuo, perventura sperabatur, pacti inter se sunt de hereditate ejus, certo modo dividendâ: & decidit Justinianus, pactionem hujusmodi esse validam, si tertius ille consenserit divisioni, & in eo consensu usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit. *Ea namque* pactio idcirco valet, quòd ad eam accessit voluntas ejus, super cujus hereditate pactio facta est, quæ postea toto vitæ tempore mutata non fuit. Et periculum captandæ mortis illi, qui pactionem istam suo consensu approbavit, planè minuitur: propterea quòd, si quid metuat à paciscentibus, ipsi evitare liceat, si testetur, se non ampliùs consentire. Quod facere non potest, qui pactum de suis bonis esse interpositum ignorat. Hinc prævisa minùs tela nocere solent. *Gœdd. de contrah. & commit. stipul. d. c. 6. num. 100. Hunn d. lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tract. 1. q. 14. ubi id explanatiùs persequitur.*

19 Quintò non refragatur *l. ea verò. 3. §. de illo quæritur. 2. ff. pro socio.* ubi societas, quam duo cojerunt de hereditate futurâ, valet. *Quandoquidem* illic societas non de alicujus certi hominis hereditate vel successione, sed generaliter hoc modo contracta fuit: *Si qua justa hereditas alterutri obvenerit, communis erit.* Hæc conventio nihil vitii habet: quia personæ certæ nomen non adscribitur: ac hominis incerti, quem ignoro, mortem captare non possum, *argum. §. incertu. 25. f. de legatu. Eâque de re videantur Donellus & Gilkenius num 26. in d. l. ult. C. de pact.*

20 Sextò nihil obest *d. l. juris gentium. 7. §. penult. ff. de pact* ubi patre adhuc vivo, filius de ejus bonis paciscitur. *Quia* ibi filiusfamilias paciscens cum creditoribus paternis, ne totum, quod pater ipsis debet, petant; sed certâ tantum parte crediti contenti sint, paciscendo non minuit bona parentis viventis, nec in alium transfert: sed potiùs bona exonerat, atque libera facit: proindeque id genus pacti sustinetur. Cæterùm si diminueret bona parentis adhuc viventis; ut si quid promitteret ex bonis patris vivi, aut si quid donaret: nulla promissio, nullaque donatio esset, *prædictâ l. donari. 29. §. ult. ff. de donationibus.*

Septimò non contratiatur *l. 2. §. illud. 2. ff. de hered. vel act. vend.* ubi Ulpianus respondet, quòd in venditione hereditatis testatoris veniat etiam hereditas impuberis, maximè si jam delata sit. Ex quo colligi videtur, etiam vendi posse impuberis hereditatem, licèt nondum delata sit, hoc est, licèt filius impubes adhuc vivat. Lex, *inquam*, ista non contrariatur. Etsi enim vocula, *maximè*, plerunque est comparativa & implicativa, *l. luminum. 4. ff. de servitutib prædior. urbanor. l. cùm ex causa. 30. ff. de re judic. l. si dolo. 5. C. de rescind. vendit.* nonnunquam tamẽ etiam restrictiva est, & ponitur pro *utiq;*. Et ita *in objectâ l. 2. §. illud. 2. ff. de hered. vel act. vend.* usurpari non dubitandum est. Ideoque legis illius hic est sensus: In venditione hereditatis testatoris venit hereditas filii impuberis, si hoc actum sit; *maximè*, hoc est, utique, si jam delata sit hereditas impuberis, id est, si jam filius impubes mortuus fuerit. Deinde posito, quòd particula ista *maximè, in d. l. 2. §. 2.* etiam vim implicandi habeat: non tamen exinde rectè infertur, de hereditate viventis nondum delatâ, sed futurâ, pactum esse initum: cùm & impuberis defuncti hereditas, licet nondum sit delata, vendi possit: utputâ si pendente conditione, sub quâ heres substitutus est impuberi, vendatur. *Hunn. d. tractat. 1. quæst. 13. §. quod enim ad primum, &c.* 21 22

Octavò non obsistit *l. nam hoc modo. 11. ff. d. t. de hereditate vel act. vendit.* ex quâ etiam inferri posse videtur, quòd hereditatis futuræ venditio admittatur. *Quoniam* ibi *(ut & tete isto titulo)* sermo non est de hereditate futurâ, & obventurâ, sed de hereditate jam delatâ. Et hereditatem, quæ jam delata est, de cujus tamen viribus nihil certi habetur, vendi posse non obscurum est. *Exempli gratiâ:* Cajus mortuus est, ejus heres proximus est Pamphilus. At non constat, an Cajus multum in bonis reliquerit, an parum, an nihil. Pamphilus tamen heres Caji proximus, hereditatem vendidit his verbis: *Si qua est hereditas Caji, erit tibi empta.* Hæc venditio subsistit: & si multum est in Caji hereditate, hoc emptoris commodo cedit: si parum, aut nihil in Caji hereditate est, emptoris est detrimentum. Ipse siquidem vires hereditatis ignorans, quasi spem hereditatis emit; hoc est, emit hereditatem sperans, in eâ multum esse. Et si spes emptorem fallat: nihilominus emptio firma est: quia emptor spem emisse videtur. *d. l. nam hoc modo. 11. ff. eod. l. nec emptio. 8. §. 1. ff. de contrah. empt.* 23

Nonò

24 Nonò nihil urget *l. ſi quis ſervum. 23 ff. de actionib. empt* ubi cautio ſive conventio ſuper hereditate futurâ licitè interponitur. *Quod* etenim ibi traditur eum, qui ſervum cum peculio vendidit, & poſtea manumiſit, emptori cavere debere, ſe reſtituturum quicquid ex hereditate liberti ad ſe pervenerit : id fit propter neceſſitatem venditionis præcedentis, contra cujus fidem fecit venditor, dum ſervum manumiſit : ac idcirco meritò dictam cautionem præſtat. Inde autem neutiquam inferendum eſt, extra illum caſum cautiones, pactiones vel conventiones ſuper futurâ hereditate valere. *Vo planius* reſpondetur : in caſu *dicta. l. 23.* pactionem idcirco valere : quia eſt de hereditate non acquirendâ, ſed conſervandâ. Tales autem pactiones de jure valere ac ſubſiſtere, non dubitatur : quoniam fiunt ſuper jure paciſcentis proprio, non ſuper alieno. Qui enim paciſcitur, eam hereditatem ſibi reſtitui, quæ & ſine pactione ipſi deberetur : de jure proprio ſibi competente paciſcitur, de quo cuivis paciſci licet. *Idq; fuſius explicat Hunn. d. q. 13. verſ. ad tertiũ reſpondeo, &c.*

25 Decimò haud repugnat *l. quidam, cùm filium. 132. ff. de verbor. obligat* ibi quidam (*verbigratiâ*) Sempronius, cùm filium alienum ſuſciperet, tradenti promiſit certam pecuniæ quantitatem, ſi eum aliter, quàm ut filium, obſervaſſet. Poſtmodum Sempronius filium domo propulit & abdicavit, vel moriens nihil ei in teſtamento reliquit : & Paulus reſpondit, Sempronium contra conventionem feciſſe, & propterea ſtipulationem eſſe commiſſam. At verò promiſit ibi Sempronius, ſe filium alienum, quem ſuſceperat, heredem inſtituturum. His etenim verbis ; *ſi aliter eum, quàm ut filium, obſervavero,* here-
26 dis inſtitutio innuitur : cùm filius heres inſtituendus ſit, vel exheredandus, *ut audivimus ſ. initio tit. de exheredat. liberor.* Proinde Iuriſconſult⁹ docet, nihil in teſtamento filio relicto, commiſſam eſſe ſtipulationem. Vnde concludendum videtur, ſuper hereditate paciſci licitum eſſe. Haud, *inquam.* lex iſta repugnat. Nam hæc verba : *ſi aliter eum. quàm ut filium, obſervavero* ; non apertè hereditariam ſucceſſionem inducunt. Nec enim Sempronius promiſit, ſe filium, quem ſuſcepit, heredem in teſtamento ſcripturum. Si ita conventio facta eſſet, filio poſtea in teſtamento prætetito, ſtipulatio non commiſſa, ſed potiùs inutilis eſſet, *præallegatâ l. ſtipulatio hoc modo. 61. ff. de verbor. obligationib.* Indu-
27 cunt tamen dicta verba tacitè hereditariam ſucceſſionem : eaque rata & firma eſt : quoniam multa quæ expreſſè fieri nequeunt, tacitè facta valent, *l. ſi quis Sempronium. 68. ff. de heredib. inſtituend. l. nonnunquàm 52 ff. de condit. & demonſtrat. l. expreſſa. 195. ff. de reg. jur.* præſertim ſi juſta & rationabilis ſubſiſtit cauſa, ut in propoſitâ conventione, quæ non tam ob id, ut filius ſuſceptus ſuccedat, fieri cenſetur, quam ut ſuſceptus filius exheredationis notam ef-
28 fugiat. Exheredationem quippe notam eſſe, non incognitum eſt, *l. multi non nota. 18. ff. de liber. & poſthum. heredib inſtit. l. cùm te pietatis. 18. C. de inoffic. teſtamento.* Reliqua huc facientia uberiùs explicant, *poſt alios,* Gœddæus, Iohannes Borcholt. & Forſterus junior *locis ſuprà deſignatis.* itemque Hartman. Piſtoris *d. lib. 4. quæſtionum jur. q. 1. & ſeqq.*

Quanquam autem pactio, quæ de futurâ alteri- 29
us non conſentientis hereditate conſequendâ fit, civili jure improbatur, *ut hactenus abundè oſtenſum eſt:* conſuetudine tamen receptum putatur, ut de acquirendâ etiam hereditate futurâ pactum ſubſiſtat ; quod, pluribus ad hoc citatis, teſtatur Menoch. *conſil. 1. n. 13* ubi ait, non tantùm in Italiâ, & Galliâ, ſed in Germaniâ etiam longo uſu receptum eſſe, ut de futurâ ſucceſſione paciſci liceat. Idem teſtantur *Zaſius in l. ſtipulatio hoc modo. 61 n. 18. ff. de verb. obligat. Mynſinger. obſervat. 33. verſ. contraria tamen, &c. cent. 2. Franciſc. Marc. deciſ. 136. in fin. part. 1. Antòn. Teſſaurus deciſ 225. n. 2. Hotoman. conſ. 72. Everard. conſ. 136. num. 12. Arnold. Ferron ad conſuetud. Burdigalenſ. tit. de teſtament. §. 22. Elber. Leonin. conſ. 32. num. 12. Roſenthal. de feud. c. 7. axiom. 57. Aurpach. lib. 2. ſing. allegat. cap. 21. hosq; referens Petrus Heigius quæſt. 23. num. 34. part. 1.* ubi inquit, adeò invaluiſſe ſtatuta & conſuetudines, pactis de ſuccedendo robur tribuentes, ut propemodum omnis de eo dubitatio fruſtranea videatur. *Idem noviter tradidère Franciſcus de Barry, in tract. de ſucceſſionib. &c. lib. 2. tit. 3. num. 8. Ioan. Molbec. in Diſput. de ſucceſſ. conv. th. 13. And. Scheffer. lib. 2. quæſt. jur. pract. 19. num. 14. cum ſeqq. Auctor conſilii Argent. 76. num. 1. vol. 1. fol. 128 ; & Bullæus d. diſcurſ. 6. de pacto adfirmativo. concluſ. 11. pag. 396.* Nec oberit, ſi dicatur, iſthanc pa- 30
ctionem contra bonos mores eſſe, eòque conſuetudine confirmari non poſſe, *d. l. ſtipulatio. 61. ff. de verb. oblig. & d. l. donari. 29. in fin. ff. de donationibus.* Rectè ſiquidem obtinuit, valere hujuſmodi conſuetudinem. *Vigl. l. in §. acceſſit. num. 9. ſ. de teſtament. ordinand. Valent. Forſter. lib. 4. de ſucceſſionib. ab inteſt c. 24. num. 23. Menoch. conſ 92. num. 52. Iohan. Dauth. in tract. de teſtament. cap. de mutandi teſtamenti poteſtate. 131. P. Gilken. de præſcript. part. 3. c. 3. num. 105 & ſeqq. Dn. Collega David Magirus in eleganti Diſput. de pactis ſucceſſor. th. 3. de Anno 1605. Reſpond. Ioanne Seyfrid. Fran. Tiraq. in Comment. de jure primigeniær. quæſt. 7. ubi utramque in partem complures advocat.* Sicut enim ſcriptâ lege certis in caſibus pactum iſtiuſmodi admiſſum eſt, *arg. d. §. acceſſit. ſ. de teſtament. ordinand. & d. l. licèt. 19. C. de pact. cum ſimilib.* ita etiam lege non ſcriptâ, quæ eſt conſuetudo, idem pactum æquè potuit admitti, *per l. de quibus. 32. cum ſeqq. ff. de legib. l. 1. & 2. C. quæ ſit long. conſuetud.* Et certè ſecundùm legem ſcriptam 31
multis caſibus libertas teſtandi aufertur, *per §. non tamen. 6. verſ. nam ſi ideò. ſ. quibus modis teſtamenta infirment. l. qui in poteſtate 6. ff. qui teſtament. fac. poſſ. & tit. ſ. quibus ex cauſis manumittere non licèt. l. 1. ſ. de lege Fuſ. Canin. tollend. & t. t. ff. ad leg. Falcid & ad SC.*

32 *ad SC. Trebellian.* Huc pertinet, quòd libertus ita jubetur restari, ut dimidiam bonorum partem patrono relinquat, §. 1. *infr. tit. de successione liberter.*

33 Sed & hoc pacti genus per se, & suâ (*ut ita loquar*) naturâ bonis moribus non est contrarium. Nam aliàs nullo unquam casu jure admissum esset: cùm naturâ turpe non possit non esse semper turpe. Quale enim quid suâ naturâ est, rale semper & ubique est. Nec etiam votum istud captandæ mortis omnimodo & absolutè istis pactionibus inest: cæteroquin Impp. Dioclet & Maxim. nec sancivissent *dictam l. licèt. 19 C. de pact.* nec fideicommissum valuisset, *de quo in d. l. de fidei commisso. 11. C. de tranction. d. l. 1. & d. l. cùm proponas. 16. C. de pact.* nec testamentum per æs & libram unquam substitisset: cum ideò sublatum sit, quòd contra bonos mores civitatis esset, quasi votum captandæ mortis inducens, *per notata Theophili & Viglii n. 8. in d. §. accessit f. de testam. ordinand.* Quid? quod omnia fidei commissa, omnes substitutiones, imò omnia ab intestato successionis jura ex eàdem causa è medio removenda essent. Votum namque mortis captandæ quoddam non minùs his casibus inesse, quàm in pacto de futurâ hereditate inito, intelligi potest. Sed nec etiam cum consensu eius, de cuius hereditate agitur, valere posset pactio: cùm ea etiam votum quoddam captandæ mortis continere intelligatur: quæ tamen apertè comprobata est, *d. l. fin. C. de pact.*

34 Et cùm pacta affirmativa de successione, usu diuturno recepta esse constet, *per suprà notata*: inde haud dubiè colligitur, illam quoque de voto captandæ mortis præsumptionem sublatam, eique contrariam benigniorem introductam esse: scilicet neminem tantæ fore impietatis qui benefactori suo sit structurus vitæ insidias. Nec sanè, licèt frequentissima sint huius generis pacta, tam atrocis exempla sceleris apud nos audita meminimus. Hinc doctissimus Covarruvias *de testament. 2. part. rubr. n. 15. vers. sed hæc opinio &c.* pereleganter in hæc verba scripsit: *Quòd si dixeris, occasionem captandæ mortis à lege tolli, utique improbam, bonisque moribus contrariam refelli: fatebor utique occasionem hanc lege improbari, quasi hoc ipsum Legumlatoribus utile visum fuerit, ne privatim vitæ humanæ insidiaretur: non confestim sequitur, id ita contra bonos mores esse, ut peccatum sit, pacta prædicta iniri: cùm dicta occasio non sit admodum crimini proxima, quippe quæ pravi animi præsumptionē maximam exigat; quæ in Christianâ religione non est faciliter admittenda.* Hæc Covarruvias. Et ideo cum Iacobo Rickio *in tract. de unione prolium c. 3. n. 62.* non immeritò quispiam exclamabit: Quis ille est, qui genus humanum incomperti cujusdam latrocinii reum facere aggreditur? Iste enim metus in profligatissimos tantùm & sceleratissimos homines cadit, qui insidias ob leves res facilè struere solent his, quorum pactas vel deferendas hereditates venantur: quorum etsi non desint exempla apud Suetonium *in Galba, cap. 9. & in Caligula, cap. 38. &c.* tamen heus tu,

Desine paucorum diffundere crimen in omnes. 35

Porrò tale de futurâ hereditate pactum, si juris jurandi religione corroboratum fuerit circumscriptâ etiam consuetudine, robur ac firmitatem obtinere arbitror. Potest enim sine dispendio æternæ salutis servari: nec etiam in cujusquam, præter jurantis, præjudicium redundat: & ideo servari debet, *c. cùm contingat. 28 in fin. ext. de jurejurand.* nec deniq; tale juramentum contra publicam utilitatem esse, ullâ ratione dici potest: ut ob id etiam meritò observari debeat, *arg. c. sicut. nostris. 27. ext. eod.* Sed & si personam eius, cuius gratiâ juratur, respiciamus; quamvis canones (quos hac in quæstione sectamur) ad jurantis personam respiciant, *arg. c. penult. in fin. ext. de pignorib.* similiter non animadvertim[9], aliquid subesse, ob quod servari non debeat. Nam etsi jure 36
civili contra bonos mores ille facere dicitur: tamen qui vel sensum communem sequuntur, negare non possunt, eum non contra bonos naturæ mores quicquam facere, hoc est, id quod naturâ turpe & peccatum est: sed tantùm contra politicos ac civiles mores, id est, qui ratione alicuius loci, aliarumque circumstantiarum pro malis habentur, *l. item apud Labeonem. 15. §. meminisse. 23. in fin. & §. adjicitur. 38 ff. de iniur. cum similibus pulchrè Rickius d. tract. de un. prol. c. 3. n. 28. & seq item c. ult. num. 18. & seqq.* Quapropter minimè dubitandum est: hoc pactum juramento firmari posse, *ut rectè censent Baldus in c. 1. §. moribus. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnates vasalli. tit. 26. lib. 2. feud. Corneus cons. 257. lib. 3. Capolla in tract. cautelar. caut. 112. n. 4. Aufrerius ad capellam Tholosan decis. 452. Cravet. cons. 139. nu. 8. Ioan. Campeg. in tract. de dote. q. 79. part. 5. Socin. jun. cons. 65. n. 49. lib. 1. Iason. in d. l. stipulatio hoc modo. 61. n. 11. ff. de verb. oblig. & consil. 60. col. 2. lib. 3. Decius in d. l. pactum, quod dotali. 15. n. 2. C de pact. & cons. 516. n. 5. & cons. 656. n. 12. Guido Papa consil. 31. & Menochi[9] d. cons. 1. n. 167. & 169.* ubi hanc sententiam communem pronunciat. Quod equidem (licèt eandem veriorem esse omnino existimem, *per ea, quæ jam allata sunt*) non ausim constanter affirmare. Plurimos enim tam veteres, quàm neotericos, generaliter contrarium asserere, in aperto est; *Bartol. Salicet. & Sichard. n. 2. in d. l. pactum dotali. 3. C. de collationib. Guil. Benedict. in c. Raynutius. in verb. duas habens filias. n. 191. & seqq. ext. de testament. Schurff. consil. 96. n. 20. & seq. Georg. Natta in c. quamvis. de pact. in 6. n. 97. ibiq; in addit. Matth. Boyss. & n. 100. Ernestus Cothman. resp. 8. n. 23. Ioan. Petr. Surd. cons. 133. n. 9 Anton. Faber, de errorib. pragm. decad. 41. err. 5. huiusq; individuus comes Schifordegker. d. lib. 1. tract. 29. quæst. 2. Bullæus d. discurs. 6. pag. 395. Ieremias Setser. in tract. de juramento. lib. 2. c. 5. Fachineus. lib. 8. controvers. c. 72. Ioan. Baptist. à Villalobos in suis communib. opinionib. verb. pactum. n. 1. Franc. Viv. lib. 1 commun. opin. verb. pactum. n. 5. Cacheran. decis. Pedemontan. 100. n. 12. Fernand. Vasq. de success. creat. §. 18. num. 197. Curt. jun. n. 5. Dauth. n. 15. Cagnol.*

gnol. num. 34. Bolognet. num. 27. ad d. l. fin. C. de pact. Forster senior. d. lib. 4. de success. ab intest. c. 24. num. 7. Michaël. Graff. in lib. receptar. sent. §. successio ab intestato. quæst. 9 num. 7. Barthol. Kellenbentz. de renunciation. successionum. quæst. 1. n. 2. Nicol Everhart. consil. 7 num. 21. vol. 2. Hartman. Pistor. d. lib. 3. q. 1. num. 20. qui & alios citant. Quibus etiam annumerantur, *Covarruvias in d. c. quamvis. 2. part init. n. 1. & Mynsingerus resp. 49. num. 17. & 18. decad. 5.* quibus locis uterque nescio quo errore illam inter mores naturales seu canonicos & civiles distinctionem, ceu planè
37 erroneam, explodit: cùm tamen nemo sanus possit inficias ire, peccata esse inæqualia: & aliud esse naturâ turpe, aliud lege civili: & ea, quæ solâ dispositione legis putantur bonis moribus contraria, sine dispendio salutis æternæ servari posse, *per illa, quæ præclare tradit Richius d. tract. de union. prol. c. 3. num. 27. & seq. & c. ult. num. 18. cum aliquot seqq. secutus Baldum, Iasonem, Paulum de Castro, Zasium & reliquos in l. pacta. quæ contra. 6. C. de pactis. item Gail-*
38 *lium obs. 39. num. 15. lib. 2.* Nec etiam regula juris canonici *in c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6.* (quæ vult, non esse obligatorium, contra bonos mores præstitum juramentum) alium sensum habet:
39 cùm ejusdem juris regula sit: juramenta omnia, quæ sine dispendio æternæ salutis servari possunt, custodienda esse, *d. c. cùm contingat. 28. ext. de jurejur. d. c. quamvis 2. de pactis. in 6.* Ideoque regula *dicti c.*
40 *non est obligatorium.* de iis duntaxat moribus, qui naturâ sunt turpes, exaudienda est: cùm de jure canonico dicatur id esse contra bonos mores, cujus observatio peccatum inducit. *arg. d. c. cùm contingat. in fin. ext. de jurejur. Dynus in d. c. non est obligatorium. de reg. jur. in 6. n. 7. Capolla d. cautel. 112. n. 4. Menoch. d. consil. 1. num 168. aliique per eum relati.* Et quid multis? Certissimi juris canonici est; juramentum, quod non vergit in dispendium æternæ salutis, nec redundat in alterius detrimentum, servandum esse, quicquid jus civile disponat, *argum. d. c. quamvis. in fin. de pact. in 6. Rittershus. lib. 3. different. jur. civil. & Canon cap 3 pag. 193.*

41 Quemadmodum verò secundùm jus canonicum, etiam in foro civili observandum, adeoque jus commune, pactum prædictum jurejurando confirmatum valet: ita communi jure civili pactio judicatur legitima, quâ non de totâ hereditate & omnibus bonis in universum, sed de quotâ bonorum, sive de certis quibusdam rebus vel bonis, post mortem relinquendis, conventum fuerit: cùm eo casu libera testandi facultas non auferatur, sed constringatur solùm: id quod jure prohibitum non invenitur, *Bartol. Iason & alij in d. l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verb. oblig. Baldus, Alberic. Cagnalus num. 99. & alij in l. ult. C. de pact. Franc. Bursatus cons. 136. num. 37 cum seqq. lib. 2. Curtius Iunior. consil. 81. numer. 2. Ioan. Dilect. de arte testand. tit. 2. caut. 10. Molin. consil. 15. num. 19. cum seq. Hartmannus Hartm. forensium observ. lib. 2. tit. de pact. observ. 3. ad fin. Andr. Gail. observ. 126. num. 8. & observ. seq. num. 3. lib. 2. Franc. Vivius in commun. opinion. libr. 1. verb. pactum. n. 8. Baptista à Villalobos in communibus opinionibus. lit. P in princ. numer. 4. Dn. Collega Besold. consil. 33 num. 27. vol. 2. pag. 47. Forsterus Senior. d. lib. 4. de successionibus. c 24. num 12. & 13.* ubi etiam dissentientes allegat: quibus adjiciendus est Fachineus *lib. 5. controvers. jur. cap. 84.* & Caspar Klockius *in tract. nomicopolit. de contributionib. cap. 12. num. 112. & seqq.*
fol. 255. Præterea jure civili pactum futuræ succes- 42
sionis reciprocum sive mutuum (*secundùm communem Dd. traditionem*) non improbatur: putà si inter duos pluresvè actum sit, ut alterutro sine liberis mortuo, bona ad superstitem perveniant, *argumento l. quòd autem. 7. §. si vir. 2. & l. ult. ff. de donationibus inter virum & uxorem. Marsilius singulari. 333. Francisc. Vivius in communib. opinionib. in verb. pactum. num. 12. Tiraquell. d. Comment. de jure primigenior. q 6. num. 5. ubi plures citat.* Et meritò quidem. Nam hoc casu non pactum futuræ successionis simpliciter interpositum; sed potiùs obligatio conditionalis, si alteruter sine liberis præmoriatur, contracta censetur: quæ obligatio, existente conditione, ad tempus conventionis retrotrahitur, & pro purâ habetur, *l. necessariò. 8. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. potior. 11. §. 1. ff. qui potiores in pign. vel hypoth. habeant. & l. unic. C. ut actiones ab heredibus, & cont. hered. &c.* Unde pactum tale vim & speciem permutationis obtinet, *tradente Accursio in dict. l. quòd autem. 7. §. si vir. in verb. donationum. ff. donationib. inter vir. & uxor. Roman. consil. 146. & Barbat. cons. 60. lib. 6.* aut venditionis potiùs, quàm donationis similitudinem habet, ob incertitudinem eventûs, *argum. l. ex empto. 11. (aliâs, l. emptorem.) §. ult. ff. de actionib. empto. Ioan. Fab. in l. 1. C. de inoffic. testament. Guid. Pap. consil. 214 & 217. hosque allegans Mynsing. dict. respons. 49. num. 7. & 8.* ut sic insinuatio non sit necessaria; nec revocationi etiam, ob ingratitudinem, locus sit. *Boër. decis. 355. Oldrad. cons. 139. n 14. Gail. dict. lib. 2. observ. 126. n. 4. & 5. Mynsing. dict. resp. 49. n. 5. & 6. aliique per hunc recensiti.*

Hinc quoque est, quòd pactio hodie inter conju- 43
ges frequentissima, de mutuâ ejusmodi & vicissitudinariâ successione, jure civili valere dicatur, *argum. dict. l. quòd autem. 7. §. si vir. 2. ff. de donation. inter vir. & uxorem. Oldrad. dict. consil. 139. Mynsingerus dict. respons 49. num. 4. & observ. 33. ad fin. centur. 2.* ubi scribit, hanc sententiam non modò notissimâ Germaniæ consuetudine invaluisse, sed etiam veriorem esse, & in Camerâ Imperii judicando firmatam. Idem sentiunt *Petr. Duenas reg. 539. & reg. 172. Natta & Matth. Boyt in dict. cap. quamvis. de pact. num. 149. Dn. Collega Besold. vol. 4. consil. 190. num. 10. fol. 275. Gæddæus de contrah. & committ. stipulat. c. 6. conclus. 7. num. 68. 83. & 84. Petrus Heigius præallegatâ quæst. 13. num. 34. & seq part. 1. aliique per eum laudati & dictum suprà ad §. alia autem. 2. tit. de donationibus num. 29. & seq.* Tametsi hanc senten-

tiam receptiſſimam (à quâ in judicando non facilè
44 recedendum) ſpecioſis rationibus impugnet D. Bocerus in tractat. de jure ſucced. in feud. cap. 2. queſt. 1.
pagin. 64. & ſeqq. Et hoc ſanè pacti genus eò facilius admittitur, quòd etiam aliâs ratione incertitudinis dubiique eventûs ea permittantur, quæ alioqui non permitterentur, argum. l. ſi pater. 12. in
fin. C. de inofficioſo teſtament. ubi eleganter Siebard.
45 numer. 3. l. ſi ea lege. 17. & l. eleo. 23. C. de uſur. Etſi
autem Andreas Gaillius (quem tanquam ab hac ſententiâ alienum & diſſentientem, citat & ſequitur
Fachineus dict. lib. 5. cap. 86.) diſtinguendum putet: utrùm fiat promiſſio mutua de ſuccedendo per
ſtipulationem cauſa donationis inter vivos, an verò ſimplex promiſſio per pactum de ſucceſſione reciprocâ: & hoc caſu poſteriore pactum non valere
autumet: tamen generaliter valere pactum, pro-
46 babilius eſſe cenſeo. Semper enim hominum actus
ita interpretari debemus, ut valeant potiùs, quàm
47 pereant, l. quotiens. 12. & l. ubi eſt. 21. ff. de reb. dub.
l. quotiens. 80. ff. de verborum obligat. cum ſimilibus.
maximè cùm hoc pactum ultimæ voluntatis, quæ
interpretatione omninò juvanda eſt, l. in teſtamentis.
12. ff. de regulis juris. ſpeciem præ ſe ferat. Gœdd. dict.
numer. 84. ubi plures refert. Interim verò aliud eſſe,
non diffiteor, ſi ſpeciatim pactum fraternitatis initum inter privatos appareat. Quod quidem pactum ſi poſteriore caſu contineri dixeris: admittendum ſimul fuerit, id etiam priori caſui ineſſe:
niſi verba fortè quis magis, quàm rem & mentem
48 contrahentium ſpectare velit, contra notas juris regulas, l. ſed Celſus. 6. §. 1. verſ. in emptis. ff. de contrahend. empt. l. ita ſtipulatus. 115. §. 2. ff. de verborum
obligat. c. intelligentia. 6. & c. propterea. 8. ext. de verborum ſignificat. cum juribus concordantibus, quæ diligenter congeſſit Ludolph. Schrader. in tract. feud. part. 1.
49 queſt. 5. numer. 6. Porrò de pactis gentilitiis principum & aliarum perſonarum illuſtrium ac nobilium
de ſuccedendo, & ſimilibus pactionibus videantur
Paulus Matthias Wehnerus in libro ſingulari practicar. juris obſerv. lit. E. verb. Erbeinigung/ &c. Hunnius d. lib. 3. var. reſol. jur. civil. tract. 1. queſt. 16. Nicol. Betſius in tract. famil. illuſtr c. 5. pag. 103. Gail. lib.
2. obſerv. 127. ibique Bernhardus Gravius. Dn. Collega Boter. d. tract. de jure ſuccedendi in feudum. cap. 2.
queſt. 2. & 3. Arniſeus lib. 2. relectionis Politica. c. 2.
ſect. 7. numer. 54. & ſeqq. pag. 249. Bart. Muſcul. in
diſp. Baſileenſ. de confraternitate, &c. Georg. Schönborner lib. 2. Polit cap. 13. Petrus Heigius d. pract. 1.
quaſtion. 23 aliiq; quos refert Dn. Collega Beſoldus lib.
1. regia ſucceſſionis. diſſertat. 13. & lib. 1. politicor c. 6.
§. 8. num. 41. itemque Bulleus d. diſcurſ. 6. de pacto affirmativo. concluſ. 6. cum ſeqq. pagin. 400. & ſeqq.
Plura ſunt alia, quæ de pacti, ſuper futurâ hereditate initi, genere dici poſſent: ſed hæc, quæ difficiliora videbantur, attigiſſe ſatis eſt. Jam propiùs
ad propoſitam inteſtatæ ſucceſſionis materiam accedemus.

Jure igitur noviſſimo tres ſuccedendi ab inteſta- 50
to gradus ſive ordines, veteribus ſublatis (de quibus
infrà ad §. 1. h. tit. σὺν Θεῷ nonnihil attingemus) introducti & conſtituti ſunt. I. Deſcendentium, ſeu liberorum. II. Aſcendentium, ſive parentũ. III. Collateralium, ſive agnatorum & cognatorum, Nov. 118. c. 1.
2. & 3. Quibus tam ex veteri, quàm novo jure ſucceſſio viri & uxoris, ſeu conjugum: & poſtremò Fiſci additur. tot. tit ff. & C. unde vir & uxor. & tot.
tit. C. de bonis vacantib. Atque ita in univerſum ſucceſſionis ab inteſtato ordines quinque intelliguntur: & præter hos jure noſtro civili, nulla ratio ſucceſſionem aliam ab inteſtato admittit. Ideoque à 51
ſucceſſione removentur affines, l. vitrico. 3. l. affinitatis. 7. C. communia de ſucceſſionib. Döringius in Bibliotheca Iuriſconſultorum. tom. 1. verb. Affines. num.
174. fol. 1105. & nutritores, qui alumnum ſive alumnam aliquam educarunt. l. nutritoribus. 10. C. eod.
tit. Borcholt. in tract. de gradib. c. quibus hereditas ab
inteſtato deferatur. pag. 177. Adamus Koller. in tract.
de jure ſuccedendi ab inteſt. tit. 3. n. 1. item tutores, ſi
pupillus abſque legitimis heredibus deceſſerit, argumento dictarum leg. Bartol. & Cagnol. in leg. quò tutela. 73. ff. de reg. jur. Treutler. Diſput. 16. theſ. 1. ſub
lit. f. vol 2. ubi Accurſium, Baldum, Angel. & Caſtrenſem diſſentientes citat. Ibique illud fuſiùs enodat
Bachovius in ſuis not. pag. 992. & Hunnius pag. 196.
& ſeqq. Atque eâ de re explicatiùs agetur infrà ſuo
loco. n. 504. & ſeqq Removentur præterea à ſucceſ- 52
ſione inteſtati, cognati ſpirituales, quos vocant Canoniſtæ, tot. tit. ext. de cognatio. ſpirituali. ut ſunt, ſuſceptus vel ſuſcepta ex ſacroſancto Baptiſmo, & qui
eum eamvè ſuſcepit. Nulla quippe ex hac ſuſceptione conſanguinitas contracta; ſed communio quædam, eaque ſancta, inter eos inita cenſetur. can. ita
diligere. 1. cauſ. 30. q. 3. Valent. Forſter. de ſucceſſionib.
lib. 4. c. 5. n. 1. & lib. 7. c. 19. n. 5. Volunt tamen Inter- 53
pretes nonnulli: patrinum ſive compatrem teneri
ſuſceptum ſuum egenum alere, & vice verſâ, Baldus
in Auth. niſi rogati C. ad SC. Trebellian. Ioan. Faber
in Breviario Cod. ad l. 1. tit. de alend. liber. à parentib.
&c. hosq; citans Rittershuſius in expoſitione Novell. Iuſtin. part. 7. c. 3. num. 10. Quibus adſtipulatur quoq; Petrus Cornel Brederodius hic in ſuâ Analyſi ord. ſucced.
6. pag. 229. Arcentur denique à ſucceſſione hoſpites 54
ſeu caupones, apud quos fortè peregrini vel viatores
mortui fuerint. Auth. omnes peregrini. C. commun. de
ſucceſſ. Rittersh. d. c. 3. n. 11. ubi id uberiùs explicat.

DE SUCCESSIONE DESCENDENTIUM SEU LIBERORUM.

Deſcendentes ſive liberi (qui appellantur deſcen- 55
dentes; eò quòd ſunt in lineâ deſcendenti, reſpectu ejus, de cujus ſucceſſione agitur, tradente hic
Vulteio

Fulseje num. 19.) primum obtinent in ſucceſſione locum, tàm ex lege divinâ. Epiſt. Paul. ad Galatas. c. 4. v. 7. ibi, quòd ſi filius: & heres. Levit. cap. 25. v. 47. Numer. c. 27. v. 8. Deuteron. c. 21. v. 16. quàm naturali, l. ſcriptu. 7. §. fin. ff. ſi tabul. teſtam. nulla extab. unde
56 liberi l. cùm ratio naturalis. 7. in princ. ff. de bonu damnator. Novell. 1. in præfat. §. primum itaque. ibi, ſecundum ipſam naturam. & Nov. 18. c. 1. verſ. & natura primo, &c. & civili, §. ſui autem. 2. ſ. de hered. qualit. & different. §. 1. infr. hoc tit. ubi habetur, quòd ... ex ex lege duodecim tabular. quæ pars & fundamentum juris civilis eſt, ad parentum hereditatem admittantur, init. tit. infr. de ſucceſſ. cognat. init. tit. infr. de Senatusconſulto Orphitian. Auth. in ſucceſſione. C. de ſuis & legit. liber. l. 1. & dict. l. 7. ff. ſi tab. teſtam. nulla ex tab. dict. l. cùm ratio. 7. in princ. ff. de bon. damnator. l. 1. ff. quis ordo in poſſeſſ. ſervet. l. 1. §. 2. & ſeqq. ff. de ſuis & legit. heredib. l. in ſuis. 11. ff. de liberis & poſthum. & ſimilibus. Anton. Gomez. tom. 1. var. reſolut. cap. 1. de hered. quæ ab inteſt. defer. num. 2. Sunt autem liberi (ſic dicti, quaſi liberalitate Deorum dati, vel quòd liberâ conditione & naturâ liberi è nobis naſcuntur. Tiraquell. ad l. ſi unquam. verb. ſuſcepit. numer. 16. C. de revocand. donat. eumq; laudans D. Beſold. in theſauro practico lit. K. num. 16. pag. 464.) varia in differentia. Quidam enim ſunt naturales & legitimi ſimul: quidam legitimi tantùm: alii naturales tantùm: ſpurii alii, ſeu vulgò quæſiti: nonnulli denique ex damnato coitu nati. Cunradus VVelſius hîc in ſuis erotemat. Rittersh. in expoſitione Novellar. part. 4. c. 12. num. 2. pag. 241. Ioan. Schneidevv. hîc in cap. de primo ordine ſuccedendi. num. 5. & Heigius cap. 5. num. 6. de quibus omnibus ſigillatim diſpiciendum.

DE SUCCESSIONE LIBERORUM NATURALIUM ET LEGITIMORUM SIMUL.

58 NAturales & legitimi ſimul (hoc eſt, ex juſtis nuptiis ſeu legitimo matrimonio procreati, l. 3. & l. filium. 6. ff. de his, qui ſui vel al. jur. ſunt. Et dicuntur naturales: quia ſecundum naturam ex parentibus ſunt nati: legitimi verò; quia iſta parentum conjunctio, ex quâ nati ſunt, à lege divinâ, humanâ, civili & canonicâ approbata eſt, gloſſ. in princ. ſuper verb. matrimonium. ſ. de jur. nat. gent. & civil. Schneidevvin. hic in cap. de ſucceſſ. filior. natural. & legitimor. n. 1.) primi gradûs, omnibus aſcendentibus & ex latere venientibus excluſis, ad parentum ſuorum hereditatem æqualiter admittuntur; nullo habito reſpectu, maſculi ſint, an fœminæ; ſui juris, an patriæ poteſtati ſubjecti. Sublata namque hac in materia eſt ſexûs, patriæ poteſtatis & emancipationis, ut & cognationis atque agnationis, differentia. Novell. 118. cap. 1. & 4. dict. Auth. in ſucceſſ. C. de ſuis & legit. liber. Forſter. lib. 8. de ſucceſſionib. ab inteſt. cap. 9. numer. 6. Guilielm. Ranchinus (in poſteriori edition. de Anno 1603. eſt Iohannes Wineus) in tract. de ſucceſſionib. ab inteſt. §. 4. num. 3. & 4. Donell. libr. 9. Commentar. de jure civil. cap. 2. pag. 401. Roberus Diſput. 13. th. 3. Nicolaus de Bruxella hic in ſuo Compendio. Timeus Faber diſp. 21. ad Inſtitut. Imperial. th. 4. lit. b. Paulus Æmil. Gallus in tract. de except. in ſucceſſ. tam ab inteſt. quàm ex teſtam. part. 1. tit. 3. except. 1. num. 2. fol. 97. Arumæus Exercit. Inſtin. 11. theſ. 7. latè Heigius dict. cap. 5. num. 7. cum plurimis ſeqq. Tametſi diſ- 59
ſentiat Andreas Alciatus lib. 3. paradox. c. 10. & Cujacius ad dict. Novell. 118. Et meritò quidem liberi, ex juſtis nuptiis nati, primas in ſucceſſione legitimâ tenent: quia, vivis etiam parentibus, quodammodo domini bonorum paternorum exiſtimantur: & poſt mortem patris, hereditatem non percipere; ſed magis liberam bonorum adminiſtrationem conſequi cenſentur. dict. §. ſui autem. 2. ſ. de hered. qual. & different. dict. l. in ſuis. 11. ff. de liber. & poſth. l. 1. §. largius. 12. ibi, qui penè ad propria bona veniunt. ff. de ſucceſſor. edict. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. 7. ff. ſi quis, omiſſâ cauſa teſtamenti ab inteſtato vel alio modo poſſideat heredit. Georg. Acacius Enenkel. in tract. de privileg. parent. & liber. privileg. 3. cap. 1. numer. 8. cum ſeqq. & privileg. 14. part. 1. cap. 1. numer. 1. & ſeqq. Iſta autem ratio cum generalis nō ſit, ſed ad ſuos tantùm pertineat heredes, non ad emancipatos liberos, ut jura adducta arguunt: idcirco & hæc generalis ratio adjicienda eſt; quòd naturę ſimul & parentum commune votum liberos ad parentum hereditatem vocet. l. ſcripto. 7. §. ult. ff. ſi tabul. teſtam. nulla extab. l. cùm ratio. 7. ff. de bonis damnator. D. Becer. hîc n. 11. pag. 61. Georg. Schultz. in expoſit. arboris conſang. & affinitatis. cap. 10. memb. 1. num. 5. pag. 257. & ſeq. Ambroſ. Schurer. in tract. de heredit. quæ ab inteſt. deferunt. titul. 8. reg. 1. ſpeciali. ubi plures rationes cumulat.

Cæterùm ut liberi primò ſuccedere valeant: non 60
neceſſariò requiritur, ut nunc lucem aſpiciant, auràque humanâ fruantur: ſed eos in utero (quoties enim de partûs commodo agitur, fœtus jam natus & editus eſſe fingitur, l. qui in utero. 7. & l. 26. ff. de ſtatu homin. l. cùm quidam. 30. §. 1. ff. de acquir. vel omit. heredit. l. ſed etſi ad tempus. 20. ff. ad Senatusconſultum Trebellianum) eſſe ſufficit, §. ſui autem. 2. verſ. poſthumi quoque. §. & licet. 8. infrà hoc titul. l. vel ſi vivo. 7. ff. de ſuis & legitimis heredib. l. inteſtato. 4. C. de ſuis & legit. liber. dummodo non monſtroſâ aut prodigioſâ formâ, converſo modo, παρ ἰ τῆς φύσεως ἀρχῆς procedant, l. quod certatum. 3. in fin. C. de poſthumis heredibus inſtituend. Etenim (Paulo auctore) non ſunt liberi, qui contra formam humani generis converſo more procreantur. l. non ſunt liberi. 14. ff. de ſtat. homin. l. oſtentum. 38. & l. quæret aliquis. 135. ff. de verborum ſignificat. & utrobique pereleganter Gœddæus.

61 Nihil autem refert, an fœtus poſt ſextum menſem,
ſub exordium ſeptimi , an verò perfecto ſeptimo
menſe, vel octavo, vel nono, vel decimo, vel etiam
circa principium undecimi menſis, foràs prorumpat.
Omnibus ſiquidem his modis illum vitam vivere
poſſe, compertum eſt, *l. ſeptimo 12. ff. de ſtat. hom. l.
inteſtato. 3. §. ult. ff. de ſuis & legit. heredib. l. Gallus.
29. in princ. ff. de liberis & poſthum. Novell. 39. cap. 2.
ibique in §. 1. Gothofredus ad lit. f. Gell. lib. 3. Noct. At-
ticar cap. 16. Ariſtotel lib. 7. de hiſtor. animal. cap. 4.
Varro lib. 14. rerum divinar. Hippocrates in lib. περὶ
τροφῆς. Eberhard. Speckhan. cent. 1. quaeſt. 77. Ran-
chinus ſive Wineus in dict. tractat. de ſucceſſ. ab inteſt.
§. 8. num. 2. Stephanus Ranchinus in ſuis deciſionibus.
part. 2. concluſ. 206. Ioan. Iacob. Plobſt. Diſputat. 4.
ad jus topicum* Württemberg. *theſ. 77. edit. 2. Menoch.
conſil. 284. num. 19. & ſeq. Peregrin. de fideicommiſſ.
artic. 43. num. 29. & ſeqq. Dn. Collega Bocer. bis nu-*
62 *mer. 36. & multis ſeqq. pag. 61. & ſeqq.* Verùm hæc
peritis Medicis & Phyſicis plenius exactiùsque diſ-
cutienda relinquo : quos prudens & circumſpectus
judex iſtis & ſimilibus caſibus ſtudioſè conſulet;
adeoque boni & innocentis viri officio fungetur. *l.
cæteræ. 4. §. 1 ff. famil. erciſc.* & æquitatem diligenter
ante oculos habebit. *l. quòd ſi Epheſ. 4. in fin. ff. de eo,
quod certo loco, &c. l. placuit. 8. C. de judiciis.* Præter-
63 ea nihil intereſt, liberi ſeculares ſint, an clerici. Nam
& hos (modò non ſint ingreſſi religionem bonorum
incapacem, ut ſunt mendicantes ex ſuâ regulâ, Fran-
ciſcani ſcilicet, ſeu fratres minores, *de quibus eſt tex-
tus in c. exiit. 3. §. quia verò. de verborum ſignificat.
in 6. & in Clement. exivi. §. quia igitur in ſucceſſioni-
bus. de verborum ſignificat.*) parentibus ſuis ſuccede-
re poſſe, non incognitum eſt, *l. Deo nobis. 56. §. hoc
etiam cognitum. C. de epiſcop. & cleric. Matthæus Mat-
theſyllanus in tract ſucceſſion. ab inteſt. in princ. n. 3.
& artic 3. princip. num. 40. cum ſeqq. Covarruv. ad
tit. Decretal. de teſtam. cap. 1. num. 21. Vaſq. lib. 3. de
ſucceſſ. progreſſu. §. 26. numer. 4. Graſſus in lib. recept.
ſentent. §. ſucceſſio ab inteſtato. quaeſt. 8. Hackio. man.
quaeſtionum illuſtrium. diſput. 8 theſ. 2. ad lit. f. Mat-
thias Stephani cent. 3. quaeſt. 4. ſub lit d.* Eaque de re,
poſt Capiolum lib. 1. de ſucceſſ. ab inteſt. num 305. fu-
ſius diſſerit Franciſcus de Barty *in tract. de ſucceſſio-
nib. lib. 18 tit. 6.*

64 Porrò in iſthac ſucceſſionis lineà propior non ex-
cludit remotiorem, ſed omnes ſimul admittuntur,
hac differentiæ ſaltem notâ adjectâ : quòd ſi omnes
in primo exiſtant gradu, æqualiter (*ut ſu erius num.
57. monitum*) & in capita ſuccedatur : ſi verò qui-
dam ulterioris gradûs ſint, quidam autem primi :
horum reſpectu in capita, illorum intuitu in ſtirpes,
repræſentationis jure, hereditas diſtribuatur. Pro-
indeque nepotes quotquot ſunt, unum eundemque
defunctum parentem repræſentant & referunt : &
ob id ex hereditate plus ferre aut capere non poſ-
ſunt, quàm defunctus parens, ſi viveret, ferret aut
caperet. *§. cùm filius. 6. & §. penult. infr. hoc tit. l. 1.
§. ſi filius. 4 & §. non minus. 6. ff. de ſuis & legit. he-
redib. l. 2. & 3. C. de ſuis & legit. liber. Auth. in ſuc-
ceſſione. C. eod. tit. Novell. 118. cap. 1. Cajus lib. 2. In-
ſtit. tit. 8. Ulpian. titul. 26. §. 1.* Fürſtl. Würtemb.
erneuert Landrecht. *tit.* von Succeſſion. der Deſcen-
denten. §. So aber fürs ander. *pag. 472. Olivarius
Textor in tractat. de ſucceſſ. ab inteſt. num. 14* Cæte- 65
rùm ſucceſſio in capita fieri dicitur : cùm tot æqua-
les fiunt hereditatis partes, quot ſunt ſuccedentium
perſonæ. *l 2. §. hac hereditas. 2. ff. de ſuis & legit. he-
redib. dict. Novell. 118. cap. 2. §. ſi verò ibi, ſecundùm
perſonarum numerum, &c* Aſt in ſtirpes fieri dicitur
ſucceſſio : cùm pro numero ſtirpium, unde perſonæ
ſuccedentes deſcendunt, partes hereditariæ conſti-
tuuntur : ita ut quælibet ſtirps partem ſuam ferat,
non habita ratione multitudinis vel paucitatis per-
ſonarum. *Exempli gratiâ* : Titius habens decem vel
plures liberos, moritur. Hi omnes avo ſucceden-
tes, eam tantùm partem accipiunt, quam parens il-
lorum Titius, ſi vixiſſet, habiturus fuiſſet. *dict No-
vell. 118. cap. 1. verſ. ſic tamen &c. Mynſinger. We-
ſenbec Schneidevvin. & communiter Dd. in d. §. cùm
filius. 6. infr. hoc tit Donell. lib. 9. Commentar. de jur.
civil. cap. 2. pag. 402. lin 20. Forſter. in tract. de ſuc-
ceſſ. ab inteſt. lib. 3. cap. 34. Henningus Wenner. Di-
ſput 9. ad Inſtit. theſ. 1. ad lit. I. & L. Ioachimus Schop-
litz. in not. ad promptuar. tam jur. civil. quàm feud.
Balthaſaris Klammeri. titul. 24. de heredit quæ ab in-
teſt. defer. § 4. numer. 2. idque fuſius declarat Ritters-
huſius in expoſitione Novellar. Iuſtin part. 7. cap. 1.
num. 8.* Repræſentationis autem jus antiquiſſimum 66
eſt, utpote ex duodecim Tabul. ortum, *dict §. pen-
ult. infr. hoc titul. & dict. l. 3. Cod. de ſuis & legit. li-
ber.* ejusque ratio perhibetur æquitas naturalis, *dict.
l. 1. §. ſi filius. 4. ff. de ſuis & legitim. heredibus.* Æ-
quum enim eſſe videtur ; nepotes neptesvè, item 67
pronepotes proneptesvè, in patris ſui locum ſucce-
dere, *d. §. cùm filius. 6. infr. hoc titul.* cùm pater & fi-
lius eadem perſona penè intelligantur, *l. fin. C. de
impuber. & al. ſubſtitut* & filius ſit portio ac caro
patris : imò ut unus cum patre. *can jam itaque. 8.
cauſ. 1. quaeſt. 4. Bald. in l. ultim. C. de ſervis fugit.
Paul. Caſtr. conſ. 264. col. 3. vol. 2. Tiraquell. de jure
primigenior. quaeſt. 40. numer. 31. D. Beſold. in delibat.
jur. ex lib. 37. ff. quaeſt. 7. pag. 133.*

Sed nunquid etiam abnepotes, & reliqui re- 68
motiores, hoc ſucceſſionis ſeu repræſentationis
jure fruantur & gaudeant, opportunè quæritur?
Et quamvis nonnulli ultra pronepotes locum non 69
eſſe repræſentationi opinentur, *Bartol in dict. l. 1.
§. ſed ſi quis. 5 ff. de ſuis & legit. heredib. Angel & Fab.
in dict. §. cùm filius. 6. infr. hoc titul. & id genus alij* :
verius tamen eſt, jus illud in omnibus omninò de-
ſcendentibus, ſicque in infinitum habere locum,
per textum in §. ultim. infr hoc titul. ubi apertè
dicitur ; nepotes, pronepotes, & alias deinceps
perſonas,

personas, adeòque etiam abnepotes & reliquos re-
motiores descendentes, in infinitum parentum suo-
rum locum subintrare, & ad successionem ascen-
dentium cum propinquioribus descendentibus ad-
mitti. Deinde eadem sententia confirmatur *dictâ No-
vell. 118. c. 1. vers. sic tamen, &c.* ubi Iustinianus diser-
tè inquit: si quem descendentium filios relinquen-
tem mori contigerit, illius filios aut filias, aut alios
descendentes, in proprii parentis locum succedere.
Quibus utique verbis Imperator Iustinianus repræ-
sentationem non restringit ad certos descendentes:
sed illam in omnibus sortiri locum, indefinitè & ge-
neraliter statuit. Eandem quoque assertionem
corroborat *l. 1. §. liberos. 7. ff. de conjungend. cum eman-
cipato liberis eius. & dict. Auth. in successione. ibi, nepo-
tes & ulteriores, &c. C. de suis & legitimis liber. nec non
jus renovatum Topicum Wirtemberg. dicto tit.* Von
Succession der descendenten. §. vnd sol solches / *&c.
pag. 4-2.* Adhæc geminum potest desumi argu-
mentum *ex d. §. cum filius. 6. infrà h. t.* Primò enim
eius principium indicat: in lineâ descendente pro-
ximiorem non excludere ulteriorem sive remotio-
70 rem. Ergo nunquam ille hunc excludet. Oratio
siquidem indefinita universali æquipollet, *l. quod
dicitur. 4. ff. de tutel. l. statua. 45. in pr. & l. seq. in princ.
ff. de legat. 2.* Dein *eodem in §.* subjicit Imperator:
æquum esse, nepotes neptesque in patris sui locum
succedere. Ast eandem æquitatem in cæteris quo-
que subesse quis non dixerit? imò subesse arguit
Pauli ratio *in leg. cum ratio. 7. in princip. ff. de bonis
damnator.* Liberis, *inquit:* naturalis ratio paren-
tium hereditatem addicit, vel ut ad debitam suc-
71 cessionem eos vocando. Si liberis addicit: certè
non tantum nepotibus ac pronepotibus: sed & ab-
72 nepotibus & cæteris remotioribus addicit. Libero-
rum enim appellatione non solùm nepotes & prone-
potes, verùm etiam cæteri, qui ex his descendunt,
continentur, *l. liberorum 220. ff. de verborum signi-
fication. D. Bejold. in thesauro pract. lit.* K. *num. 16. pag
463. & seq.* Quin imò pronepos, decedens ante
apertas tabulas, transmittit à proavo sibi relictam
hereditatem in suos liberos, *l. unic. C. de his, qui an-
te apertas tabulas hereditatem transmittunt.* Ergo
73 multò magis se ipsum repræsentabunt: cùm repræ-
sentatio facilius, quam transmissio inducatur. *l. ut
intestato. 3. C. de suis & legitimis liber. l. emancipata. 4.
C. qui admitti ad bonor. possess. possunt.* Denique hanc
suis calculis decisionem Interpretes plerique com-
probant: *Antonius Gomezius tomo 1. variarum re-
solution. cap 1. num. ultim. Valentin. Forsterus libro. 4.
de successionibus cap. 2. num. 2 6. & seqq. hujusque fi-
lius Guiselm. Forster. libro. . disputat. 15 thes. 5. Ran-
chin. in tractat. de successión. ab intest. § 3. num. 6. pag.
27. Bercholt. in tractat. de gradibus. tit de successión.
descendent. pag 1 2. cum seq. Grassus libro recept. sent.
successio ab intestato. quæstion. 2. numer. 13. Schneide-
winus hic in. ap. de success. liberorum naturalium & le-
gitimorum simul. num. 17. Vultejus hic num. 33. Bocerus n. 32. pag. 64. Heigius capite. 5. num. 51. Wesenbe-
cius ad dictum §. cum filius. 6. num. 3. & ibi Mynsinge-
rus num. 6. hoc titulo. & ibidem Theodorus Marcilius
& Antonius Matthæus in suis Not. Roberus Disputat.
13. thes. 2 Trentler. vol. 2. disp. 16. th. 1. lit. H. ibiq. in suis
not. Bachovius pag.* 1000. *& Hunnius ibidem quæst.
12. pag. 203. idemq. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ.
tract. 1. quæst. 6. Paulus Bereus disput. ad Institut. 8.
them. 1. quæst. 1. Rittershus. in exposit. Novell. Iustin.
part. 7. c. 4. num. 15. Andreas Gerhardi. Decad. 11. quæ-
stion. 2. Schurerius in tractat. de hereditatib. quæ ab in-
test. deferun.* 8. *regul. 1. ampliat. 5. Schröter. diatrib.
domesticar. decad. 6. quæst. 10. Ungepaur. Exercitatior.
Iustin. 14. quæst. 9. Arumæus Exercit. Iustin. 11. thes. 5.
Hahonius Disputat. 12. controvers. 2. Plebst. dict. Dispu-
tat. 4. ad jus Topicum Wirtemberg. thes. 80. ed. 1. Ole-
mannus libro. 3. disputation. juris civil. Giphanii. disp.
23. n. 4. & 5.*

Non adversatur isti conclusioni, quòd *in dict. §.* 74
cùm filius. 6. infr. hac tit. nepotum tantùm & pro-
nepotum, non etiam cæterorum fit mentio. *Nam id*
exempli causa factum est. Exempla autem regu-
lam non arctare aut restringere, sed duntaxat decla-
rare, trallatitium est, *arg. §. hactenus. 7. infr. de gra-
dib. cognation. l. regula. 9 §. ult. ff. de jur. & fact. ignor.
l. damni infecti stipulatio. 30. § fin. ff. de damno infect.
l. prætor. 3. §. Iulianus. 2. ubi exemplo manifestius fiet.
ff. de collat. bon. Za. lib. 1. singul. respons. cap. 2. num.
fin. Thoming. decis. 22. num. 4. Card. Tusch. tom 3 con-
clus. 548. in princ. lit. E.* Quin & aliàs unius inclusio 75
non est protinus exclusio alterius: sed quod unâ in
lege est omissum, id suppleri debet ex aliâ lege: cùm
sit incivile, de sententiâ totius juris judicare, unâ
saltem particula eius lectâ aut inspectâ, *auctore
Celso in l. incivile. 24 ff. de legib.* Atqui ex prædictis,
tam veteribus legibus, quam Novellâ Iustiniani
constitutione apparet: jus repræsentationis non
solùm nepotibus & pronepotibus, sed deinceps et-
iam aliis descendentibus concedi. *d. l. 1. §. liberos. 7.
ff. de conjungend. cum emancip. liber. d. §. ult. infrà. hoc.
tit. d.* Novell. 118. *c. 1.*

Minùs obstat *l. si libertus. 23. §. 1. ff. de bonis libert.* 76
ubi nepotes patroni ad liberti successionem non ad-
mittuntur, quamdiu filius patroni adest: hac addi-
tâ ratione: quia proximum quemque ad heredi-
tatem liberti vocari, manifestum est. *Etenim* illud
in jure patronatûs cùm specialiter receptum sit: ad
consequentiam non est producendum, *l. quod verò
contra. 14. & l. seq ff. de legibus, &c.* Ratio autem spe-
cialitatis est: tum quia jus patronatûs non defertur
jure hereditario. *l. ut iurisjurandi. 7 §. si liberi. 6. ff de
operis libertor. Icon. Fab. in d. §. cùm filius infr. hoc tit.* 77
num. 2 tum quia jus patronatûs est personale: ac
proinde non ita facilè transmittitur, ut nepotes cum
patruis in locum defuncti veniant, *Christophorus
Castellionensis in l. si duo patroni. 11. in pr. ff. de jurejur.
Iason cons. 215. lib. 2. Forst. d. lib. 4. c. 22. n. 5. & 7. Tima-
us Faber d. disput. 21. ad Instit. Imperial. sub. th. 6.*

 Nec.

78 Nec præterea aliquid momenti habet, si objiciatur: ociosam hanc esse, & nimis supervacuam disputationem; propterea quòd nunquam ferè accidere soleat, ut ad id ætatis nostro quis seculo perveniat, ut moriens abnepotes, remotioresve descendentes relinquat. Quandoquidem in materiâ fideicommissi, per testatorem descendentibus sive familiæ relicti, disquisitio illa utilitate non caret.

79 Hoc namque fideicommissum devolvitur ad eos, qui post mortem unius è familiâ, qui primus id obtinuit, ab inrestato tanquam proximiores defuncto succedunt, *l.cùm ita legetur (in Gothofredi corpore est l.omnia) 32.§.fi.ff de legat.2.* Quare si ponas: fideicommissum ad nepotem, ceu ad proximiorem, devolutum esse: isque postea moriatur, superstitibus pronepotibus & abnepotibus defuncti, à quo fideicommissum procedit: hic profectò abnepotes unà cum pronepotibus fidei commissum consequentur. Intrant enim (*ut antè num. 69. ostensum*) locum parentum suorum, eosque repræsentant.

80 Et sanè quòd repræsentatio non solum in dispositione legis vel statuti, locum habeat, *per notata Alexandri cons.88.incip quod concurrere. vol.1. Jason.cons.59. incip. Odericus. col. 4. vers. quintò & ultimò. vel. 4. & Decii in l. 1. col. 6. in 14. notab. C. de secund.nupt.* sed etiam in feudis, emphyteusi & fideicommissis, atque ita in dispositione hominis tenent *gloss. in d.l.cùm ita legatur. 32.§.ult.ff. de legat.2. & ibi Bartol. Angel. de Periglis, & Castrens. Imola in l.Gallus.29.§.1.ff. de liber, & posthum. heredib. instit. Tiberius Decian.respons. 1.num.350.& seqq. vol. 1.& resp. 9.vol.2. hosque citans Bosch.in d. tract. de gradib pag. 185.edit.1.Franc. Mantica in tract. de conjectur.ult volunt.lib.8.c.11 num.2. Heigius hic cap. 5.num. 53. Rudinger.lib.1.var.lect.jur feud. c. 19. Consil. Marpurg. 18.num.96.& seqq. vol. 1. & Chassenæus in consuetudinib. Burgund. fol. 150.* quem refert Forsterus *d. lib. d desuccessionib.ab intest.c.12.num.5.* qui tamen *n.2.* hanc Accursii opinionem à plerisque Interpretibus, quos recenset, communi suffragio rejectam esse, asserit.

81 Etsi autem omni iam luce est evidentius: non nepotes tantùm, & pronepotes; sed inferiores etiam descendentes jure repræsentationis cum propinquioribus ad successionem ascendentium admittendos esse: id tamen dubitationis haud est expers: ecquid nepos ex filio primogenito, in successione Regni vel Electoratûs patruo suo secundogenito sit præferendus? Sed huic illum præferendum esse constat ex aureâ Bullâ Caroli IV. *tit. 7.* quæ in dignitate Electoratûs apertè præfert primogeniti filium patruo. Ergo & in regali successione idem statuendum erit: eò quòd electoralis dignitas regiæ æquiparetur. *Daniel. Moller. lib. 1. semest. c.40.num. 1. Paul. Berent disput.ad Institut. 8. them. 1.quæst.4.vers. Quartò jus primogenituræ, &c.pag. 175.* Hujusque enunciati rationes potissimæ hæ sunt: I. Quia unius Regis plures primogeniti esse nequeunt, sed unus solummodo, & quidem natu maximus, ac heres suus *argumento l. quod contra,141. in fine. ff. de reg.jur.* Atqui nepos est primogenitus heresque suus: quia in patris sui mortui locum succedit,& communi & feudorum jure, *l.si nepotes. 7.ff.de collat.bonor. tit.8. in princ. ibi, nepotes ex filio loco sui patrus.lib.1.feud.* Imò nepos mortui patris sui locum adeò repentè occupasse dicitur, ut ne momento quidem ullo vacasse patris locus intelligatur, *arg.l.2. in fine principij. ff. de bonis libertor. & l. 3. §. ult. ff. de donat. inter vir. & uxor* Ergo meritò 82

nepos eodem, quo pater, jure utitur, *l.qui in jus. 177.ff. de reg.jur.* II. Quia naturâ pater & filius eadem ferè persona reputantur, *l.ult. C.de impuber. & al.substitut.* Unde vox patris,tanquam vox filii est *authore Iustiniano in §. si quis alij.4. vers. si verò. infr. de inutilib.stipulat.*& una cato probantur pater & filius. *can.condradicimus.21.§ hac authoritate.caus. 35.q. 3.* Hinc pater,cui commissa est à Republicâ legatio,filium legationi expediendæ substituere potest, *l. sciendum.4. §. legati. ff. de legationibus.* Quare ut pater primogenitus,sic & eius filius ad primogenituræ jus admitti, & in eo patruo suo præferri debet. III. Quia filius primogenitus vivo quoque patre, jus suum primogeniæ perfectè acquisitum habet: quippe cùm illud fatri suo, etiam vivente adhuc patre, vendere & cedere possit, ut jus divinum & canonicum testantur, *Genes. 25. v. 31. can. quàm periculosum 8.caus.7.q.1.* Quod autem perfectè cuiusque est, id ad suos quoque transmittit heredes,ut qui in omne jus defuncti succedunt, *l. heredem.59.& l.hereditas. 62. ff de reg.jur.* Quocirca primogenitus filius jus suum primogenituræ ad propriam suam sobolem transmittit: præsertim cùm illud (*ut modò dictum*) alii cedere possit: & id, quod cessibile est,ad heredes etiam sit transmissibile, *arg. l.ex pluribus. 42. ubi Bartol.n. 1. & alij.ff. de administrat. & perie.tutor.* Verùm an & quatenus jus primogenituræ vendi possit à filio primogenito, uberiùs exponit Tiraquell. *in Commentar de jur.primogen. quæst. 29.* eumque citans D. Martin. Rümelin. *Dissert. 6.part. 1. ad Aur. Bull. Caroli IV. Imp. th. 10.* IV. Quoniam in odiosis etiam eadem jura, quæ filius habebat,nepori dantur. *l.si quis filium.34. circa med. ibi, jubemus in tali specie eadem jura nepoti dari, qua filius habebat. &c. C. de inofficioso testam.* Quapropter jus quoq;,quod primogenitus obtinet, eo mortuo soli ipsius filio dabitur. V. Quia jus ordini & loco alicui concessum, ei tantùm, qui ordinem & locum illum occupat, debetur, *arg. l. imm unitates. 4. & l.semper. 5.§.quibusdam.11 ff de jure immunitat. l.1.in princ.l.3.§.1. & l 4.§. quan uam, 3 ff de censib.* Quod vel maximè in regali procedit dignitate: quæ cùm uni ordini sive stirpi acquisita est, quamdiu in eâ masculus superest, tamdiu ad alteram non transfertur. *tit.1.§ 1.tit.14 § 1.& tit.18.§.si quis miles. lib. 1.feudor. & tit.11.lib.2.feudor.* Atqui verò ius primogenituræ ordini & loco filii nato maximi tributum est.

(Right-column margin numbers: 83, 84, 85, 86, 87)

Ideòque jus illud ei debetur tantùm, qui in locum & ordinem filii natu maximi successit, qualis est nepos, *argum. l. filius. 28. §. 1. ff de liberis & posthum.* ex quâ elucet; quòd, priore subducto de familiâ suo herede, ulterior in proximum locum succedat. VI.
88 Quia jura magis subveniunt damno vitando certanti, quàm lucrum captanti. *l. Proculus. 26. ff. de dam. no infect. L. 2. §. item Varus. 5 ff. de aqua, & aqua pluv. arcend. l. si is, cui. 71. in fin. ff. de furtis. & l. un. C. pœnis fiscalib. creditores præferri. lib. 10.* Sed nepos in nostrâ specie de damno vitando certat: quoniam spem succedendi in patre suo radicatam habet, quæ jam ad ipsum transmissa est. Patruus autem de lucro captando laborat: quia, quod petit, nunquam habuit: ita ut si id consequeretur, tanquam merum lucrum ipsi obtingeret. VII. Denique hæc sententia exemplis etiam seu judicatis probari illustrariq;
89 potest. Nam Angli Eduardo Regi, Richardum nepotem, ex Eduardo filio ejus primogenito, suffecerunt; postpositis aliis tribus Ipsius Eduardi Regis filiis, *referente Polydore in histor. Anglic.* Similiter tempore Caroli Pulchri, Regis Galliarum, Anno 1331. per Proceres Regni Comes Nivernensis declaratus Flandriæ Comes, & Patruo prælatus fuit, *ut tradit Paulus AEmilius.* Idem & sub Ottone Magno, deinde sub Henrico I. Impp. in Germaniâ contigisse: & Patruos à fratris filiis duello superatos legitur apud Witekindum, *lib. 2. histor. Atque his, aliisq; pluribus argumentis & exemplis hanc conclusionem firmant Tiraquellus in Comment. de jure primigenior. quæst. 40. num. 19. & aliquot seqq. Hotoman. illust. quæst. 3. Mynsinger. cent. 3. obs. 23. D. Collega Bocer. in tract. de jure succed. in feud. c. 3. quæst. 48. pag. 323. D. Collega Besoldus lib. 1. de reg. success. dissertat. 7. num. 4. & lib. 1. Politicor. c. 6. e. §. 5. num. 30. Knichen. in Comment. de Sax. non provoc. jur. ad verb. Electorum. c. 3. Nicolaus Betsius. in tract. de pactis famil. illustr c. 8. pag. 459. & seqq. Iacobus à Saà, Eques Lusitanus, in tract. de primogenit. per discursum. Ludovic. Molin de majorat. tract. 2. quæst. 626. & 632. Arumæus Exercit. Iustin. 11. th. 6. Fachin. lib. 6. controversiar. jur. c. 2. Iohan. Andrea in additionib. ad Speculator. super rubricâ, de feudis. versic. redeundo ad individuum, & circa finem. Oldrad. consil. 214. incip. Ista sunt allegationes, &c. Freder. Schenck. Baro ad tit. 14. de feudo Marchiæ lib. 1. feudor. num. 14. Heigius hic cap. 5. n. 72. Petr. Greg. de Republ. lib. 7. c. 10. Henning. Arnisæus polit. lib. 1. c. 9. pag. 220. & lib. 2. de Republ. c. 2. sect. 10. Hunn. lib. 3. var resol. jur. civ tract. 5. quæst. 26. Lipsius monit. polit. lib. 2. c. 4. num. 2. & 3. Chassanæus de gloria mundi. part. 5. considerat. 42. Ranchin. de success. ab intest. §. 10. num. 8. & seqq. Buxtorff. disp. ad Auream Bull. th. 85. lit. e. Iohan. Lauterbach. in suo Principe Christiano c. ult. numer. 132. Quirinus Cubach. lib. 2 Iurisprud. publ. c. 31. num. 7. & seqq. Arnold. Engelbrecht. in Disquisit. de success. in Elector. th. 15. Iohan. Wolffgang Hiller. in Resolut. tit. 7. Aur. Bull. th. 3. & seqq. D. Martinus Rümelinus, Gener meus, filii instar, Charissimus, d. Dissertat. 6. part. 1. ad Aur. Bull. Caroli IV. Imp. th. 2. & 4. ibique Speidel. in addit. ad lit A. pag. 170. Ioan. Georg. Majer. etiam Gener mihi exoptatiss. in Synopsi Iurisprud. Beneficiar. sect. 2. cap. 9. num 102. pag. 63. egregiè Illustris Enenkel. in tract. de privileg. parent. & liber. privileg. 3. cap. 1. num. 23. & cap. 4. num. 4. & seqq. Matthias Stephani cent. 3. quæst. 5. aliique ab his allegati.* Tametsi (*post multos alios, quos cumulavit Tiraquellus d. q. 40. numer. 15.*) dissentiant *Cujacius ad tit. 11. libri 2. feudor. Ioan. Petr. Surdus consil. 403. num. 34. & seqq. lib. 3. & Goldastus, in Discursu exoterico d. tractat. Iacobi à Saà, & Ludovici Molinæ præfixo, prout illum allegat D. Besoldus d. lib. 1. Politic. c. 6. §. 5. numer. 30. in fine.*

Conclusioni nostræ primò non obstat, quòd jus 90
repræsentationis hanc vim tantùm habeat, ut eo jure fretus remotior cum proximiori in successione concurrat, non etiam ut proximiorem prorsus excludat: id quod in proposito casu contingit. *Nam* præterquam quòd dispar est causa hereditatum privatarum & regalis dignitatis, in quam jure singulari primogenitus tantùm exclusis cæteris, succedit: haud perpetuum est, quòd repræsentationis jus non pertineat etiam ad excludendum aliquem, qui pari sit gradu cum eo, qui repræsentationis jure ad successionem admittitur. Fratrum namque filii Germani, qui pares sunt gradu defuncti fratribus, præferuntur in successione ejusdem defuncti patruis, & aliis similibus. *Novell. 118. c. 3. & Auth. post fratres autem. vers. hi autem. C. de legit. heredib.*

Secundò non obest, quòd ubi valet proximitatis 91
ratio, non possit etiam valere ratio repræsentationis; eò quòd invicem pugnent. *Quia* hoc falsum esse, *ex d. Novell. 118. c. 3.* liquidò constat: ubi fratris præmortui filiis successio sive jus repræsentationis ita conceditur, ut simul cum fratre superstite, patruo suo, qui propinquior est, admittantur. Unde manifestum est, quòd illo casu jus repræsentationis cum propinquitatis jure concurrat. Et quamvis jus 92
repræsentationis tantùm in ordine descendentium sive liberorum, & non collateralium, sit receptum unus tamen duntaxat ille casus exceptus reperitur, quem introduxit Iustinianus *d. Novellâ 118. c. 3.* ubi etiam in transverso limite solis fratrum filiis hoc tribuit, ut in successione patres suos repræsentarent; atq; ita patruo succederent una cum patruis. *Forster. lib. 4. de successionib. ab intest. c. 21. Wesenbec. in d. §. cùm filius. 6 inf. hoc tit. num 2. & 3.*

Tertiò non adversatur, quòd filii non debeant 93
esse deterioris conditionis, quam nepotes. *l. si viva matre. 3. vers. nam licèt. C. de bonis maternis.* Atqui si nepos admitteretur ad regnum, excluso patruo, seu defuncti filio: melior esset cõditio nepotis, quàm filii; & hujus deterior, quam illius. *Respond.* enim: filii melio-

meliorem, quàm nepotis debere esse conditionem, si eadem sit ratio utriusque. Ast in proposito diversissima est ratio nepotis & filii. Nepos siquidem refert ac repræsentat patrem suum defunctum, adeóque pro primogenito habetur. *l. 3. C. de suis & legit. liberis d. §. cùm filius. 6. infrà hoc t. d. Novell.* 118. *c.* 1. & 3. & consequenter ejus in locum succedit, jure & privilegio utitur fruitur. *d. l. qui in jus.* 177. *ff. de reg. jur.*

94 Quartò nihil ad rem facit hæc ratiocinatio: Si nepos, jure primogenituræ, in successione avita antefertur patruo suo: succedet vel ex consuetudine, primogenitum secundogenito anteferente: aut verò succedet, illique præferetur jure communi. Atqui non præfertur nepos patruo ex consuetudine, primogenitum ad successionem vocante, eundemque secundogenito præferente: quia non est primogenitus, utpote quem genitura præcedit patruus: nec etiam ex jure communi patruo præfertur: cùm hoc jure beneficio repræsentationis, æqualiter cum patruo succedat. *d. §. cùm filius. 6. infr. hoc tit.* Igitur consequens est: nepotem ex primogenito, jure primogenituræ, patruo suo non præferri. Hæc *inquam*, ratiocinatio nihil ad rem facit. Quia respondendum: nepotem ex filio primogenito, jure primogenituræ, succedere & patruo præferri non tam ex jure communi, quam ex statuto vel consuetudine, primogenitum secundogenito anteferente. Licet enim nepos ex primogenito natus non possit, propriè & accuratè loquendo, dici primogenitus: utitur tamen jure primogeniti, patris nimirum sui, cuius in locum repentè succedit, cuiusque personam repræsentat, sustinet, & occupat, *per rationes & jura superius allegata.*

95 Quintò non refragatur hoc argumentum: Quod in spe tantùm est, id utique transmitti non potest. *l. sed si pluris. 10. in princ. & l. qui habebat. 47. ff. de vulgari & pupill. substitut. l. Sempronius. 26 ff. de usu & usufruct. legat. l. si cùm heres. 4. ff. quando dies legator. vel fideicomm. ced. l. heres meus. 79. §. 1. ff. de condit. & demonstrat.* Atqui jus primogenituræ filio primogenito defuncto, cùm adhuc viveret, in spe duntaxat competebat. Ergo id ad filium suum transmittere non potuit. Hoc *inquam*, argumentum non refragatur. Respondetur etenim: illud, quod dicitur, spem non esse transmissibilem, simpliciter verum non esse: sed tum demum procedere, cùm spes non satis firma aut radicata est, nec certa: cujusmodi non est hæc, de quâ hic agitur, quæ primogenito a nemine auferri potest. Ideóque haud dubiè transmittitur. Quinimò quòd spes etiam ad heredes extraneos transmittatur, luculenter patescit *ex §. sub conditione. 4. infr. de verb. obligationib.* ubi Iustinianus in hæc verba scribit: *Ex conditionali stipulatione tantùm spes est debitum iri: eamq; ipsam spem in heredem transmittimus, si priùs, quàm conditio extet, mors nobis contigerit.*

96 Sextò nihil nostræ decerpit sententiæ hæc argumentatio: Si jus primogenituræ in nepotem transmittitur: tunc fit illud aut actu, aut potentiâ. At primum dici non potest: quia filius primogenitus vivo patre, non habet jus actuale: ac ea propter nec illud transmittere potest. *l. si quis filium 34. C. de inoffic. testam.* Secunda namque causa debet effectum 97 suum agere ex vi primæ causæ, *arg. l. tutor. 69. ff. de fidejussorib. & l. qui id, quoq. 33. in pr. ff. de donationib.* A primordio quippe tituli posterior formatur even- 98 tus. *l. unic. in fine. C. de imponenda lucrat. descript.* Et omnis derivatio præsupponit vim derivantis in 99 alterum, sine quo nulla potest fieri derivatio, *arg. l. 2. ff. de stipulat. servor.* Alterum quoque, quod de potentiâ est, fieri non potest: quia talis potentia effecta est caduca morte filii: atque ideo nec transmitti potest. *l. un. §. in novissimo. 5. & §. sin autem. 7. C. de cadue. tollend.* Hæc, *ajo*, nostræ senten- 100 tiæ argumentatio nihil decerpit. Quia jus compe- 101 tens beneficio legis (cuiusmodi est jus primogenituræ (transmittitur etiam, antequam fuerit delatum: ut patet in arrogato, qui legis beneficio habet quartam in bonis arrogatoris, quam & in heredem transmittit, nondum delatam. *l. si arrogator. 22. in princip. ff. de adoptionib. l. 1. §. si impubere. 21 ff. de collat. bonor.* Sic & querela inofficiosi testamenti 102 non nascitur ante aditam hereditatem. *l. Papinianus. 8. §. si conditioni. 30. vers. quoniam. ff. de inoffic. testam.* & tamen si filius moriatur ante aditam hereditatem ab herede instituto, transmittit in suum filium querelam, licèt nondum natam, nec præparatam, *per textum expressum in l si quis filium. 34. C. eod.* cuius rationem glossa ibi, in verbo, *caveam*, hanc reddit: *quoniam pater spem habuit.* Igitur etiamsi concedatur, primogenitum vivente patre nihil juris ex primogenitura habere: tamen ratione spei, & ejus quidem certæ ac indubitatæ, & quæ tolli non potest, hoc jus ipse in filium transmittit. Sed & illud dici poterit quòd potentia succedendi transmittatur etiam in nepotem à filio mortuo ante patrem, *per Novell. 118. c. 1.* Idque expressè voluerunt Bartol. & Paulus Castrens. *in l. is potest. 18. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* eosque referens Tiraquellus *d. quæst. 40. num. 125.*

Septimò non frangit opinionem nostram, quòd 103 in jure patronatûs filius non repræsentat patrem, sed a patruo excluditur, tam in tutelâ, quam in successione liberti *l. tutela. 3. §. proinde. 7. ff. de legitimis tutorib. l. si libertus. 23. §. 1. ff de bonis libertor.* Nam aliud statutum est in successionibus libertorum: aliud in successionibus sanguinis. In illis nepos non succedit loco filii, *per jura modò allegata*: in his secus. *d. §. cùm filius 6. infrà hoc tit. d. l. 3. C de suis. & legit. liber. Auth. cessante. C. de legitimis heredib.* Ra- 104 tio differentiæ hæc est: tum quia jus patronatûs jure hereditario non defertur. *l. ut jurisjurandi. 7. §. si liberi. 6 ff. de operis libertor. & dictum suprà num. 76.* Tum quia favore libertatis, libertus plures patronos habere non debet. *Ioan. Faber in §. ult. infr. de suc-*

de ſucceſſ. libertor. Iaſon. in l. ſi avia. 2 colum. 2. C. de
105 *ſucceſſor. edicto.* Cæterum ad tutelam quod attinet:
dici poteſt, quòd & ea jure hereditario ad alium
tranſire nequeat, *per textum apertum in l tutela. 16.
§. 1. ff de tutelis,* ſicuti nec alia officia & dignitates.
*l. non diſtinguem. tit. 32. § quæſitum. 16. ff. de receptis, qui
arbi. rium. &c. c. uno delegatorum. 42. ibique gloſ. de
offic & poteſt. judic. delegat.*
106 Octavò nihil negocii faceſſit, quòd ceſſante cau-
ſa, ceſſat effectus *l. adigere 6. §. quamvis. ff. de jure
patronat. c. cùm. ceſſante. 60. de appellat.* & propterea
ceſſante cauſa privilegii, ceſſat ipſum privilegium.
*Lex facto. 43. in. pr ubi Bartol. & Bald. ff. de vulg. &
pupill. ſubſtitut.* Atqui in nepote ex primogenito
ceſſat & deficit primogenitura, quæ cauſa eſt hujuſ-
modi juris & privilegii, prælationis in ſucceſſione.
Ergo & ipſum privilegium, quod primogenitura
107 tribuit, ceſſat & deficit. Nihil *inquam*, negocii
iſtud faceſſit. Major ſiquidem propoſitio non pro-
cedit, quando reliquiæ quædam cauſæ remanent &
ſuperſunt. Tunc quippe licèt ceſſet cauſa: non ta-
men ceſſat effectus, propter reliquias illius cauſæ,
arg. l. 2. & 3. ff. de act. rer amotar. Aſt in noſtro caſu
adhuc reliquiæ primogenituræ ſuperſunt. Siqui-
dem ex prædictis conſtat, jus primogenituræ à filio
in nepotem tranſmiſſum ac translatum eſſe. Et ſa-
nè cùm nepos primogenitum, patrem nempe ſuum,
repræſentet, & cum eodem una eademque perſona
habeatur: non poteſt dici, jus primogenituræ de-
ficere & ceſſare. *d. ult. C. de impub & al ſubſtitut.*
108 Nonò & ultimò nihil movet, quòd jus primoge-
nituræ ſit privilegium perſonale: proindeque ad
heredem non tranſeat, *l. in omnibus cauſis id obſer-
vatur. 68 ff. de reg. jur. c. privilegium. 7. de regul. jur. in
6.* Etenim id noſtram potiùs confirmat, quàm e-
vertit ſententiam: quippe cùm ex eo evidenter ſe-
quatur, quòd jus primogenituræ nec ad patruum
tranſeat: quoniam pars patris in filio remanet, vi-
vit, vigetque; ita ut mortuus dici nequeat, *per tex-
tum rotundum in d l. ult. C. de impuber. & aliis ſubſti
109 tutionib.* in quá dicitur, quòd naturâ pater & filius
eadem eſſe perſona penè intelligantur. Ubi pro-
bè ponderandum eſt verbum, *naturâ*: quod arguit
id ita eſſe non tam ex fictione, quàm ex veritate i-
pſius juris naturalis. Eſt ſiquidem verè filius portio
patris, in eoque eſt ſubſtantia & caro patris: imò
unus eſt cum patre ipſo, *ut ſuprà num 67. dictum ex
110 can. jam itaq; 8. cauſ. 1. q 4.* Et (*ut rectè ſcripſit Pau-
lus de Caſtro conſ. 164. col. 3. lib. 2*) caro filii, eſt veluti
caro patris aucta: ita quidem, ut licèt efficiatur
novus homo, propter novam animam: non tamen
dicatur primus homo omnino extinctus. Sicuti in
ſimili arbor haud ob id mortua dicitur; quòd, an-
tiquis radicibus mortuis, quæ loco animæ
ſunt, cùm vitam ſuppeditent, novas egerit, *argu-
mento l. adeò. 7. §. ult. & l. qua ratione. 9. in princ. ff.
de acquir. rer. dom.* quamvis alio reſpectu dicatur
alia arbor, propter novas illius radices. *l. ſed ſi meu.*

26. §. arbor ff. eod tit. Ex quo conſequitur: quòd pri-
mogenitus non dicatur prorſus extinctus, cum ne-
pos ex eo ſupereſt, in quem caro & ſubſtantia patris
transfuſa fuit. Quod & apertè ſignificat illud Ec-
cleſiaſtici *cap. 30. v. 4. Mortuus eſt pater ejus, & qua-
ſi non eſt mortuus. Similem enim reliquit ſibi poſt ſe.
&c.* Præter hæc modò allata, complura ſunt alia,
pro patruo contra nepotem quæ facere videntur, ar-
gumenta; ſed ad ea latè abundeque reſpondit Ti-
raquellus *in d. tract. de jure primigenior. d. q. 40. num
100. & multis ſeqq. itemq; noviter Hunnius d. lib. 3.
var. reſol. tract. 1. q. 26. pag. 779. ſeqq.* Quia porrò
jam ſæpicule primogeniti facta eſt mentio, & dein-
ceps quoque ejuſdem jura paulò latiùs declarare
animus eſt: idcirco priuſquam longiùs progredi-
ar, quis dicatur primogenitus, breviter exponam.
Primogenitus igitur is dicitur, qui primus natus
eſt, ſive alii poſt eum nati ſint, ſive nulli ipſum ſecu-
ti fuerint. *Ioſeph. 5 ext. de verb. ſignificat.* Idq; ver-
bi etymon ſive notatio apertè indicat. Primogeni- 111
tus quippe is appellatur, qui primus eſt genitus. At-
qui & eum primum eſſe genitum, poſt quem nulli
alii ſunt nati, quique unigenitus eſt, plus quàm ma-
nifeſtum eſt. *Carol. Molin. in Commentar. in con-
ſuetud. Pariſ. titul. 1. §. 8. gloſ. 1. numer 1. Balthaſar To-
maſius tract. b. tit. 1. fol. 537. & ſeqq.* Eandem ſen-
tentiam dilucidè confirmat textus *in c. 8 v. 16. & c.
18. v 15. Numeri item in c 13. v. 2. Exod.* quibus in 112
locis primogenitum dicitur omne, quidquid pri-
mùm aperit vulvam, vel quicquid primùm erumpit
è vulvâ: nec diſtinguitur, utrùm id unigenitum
ſit, an minus. Eòdem non parùm confert exem- 113
plum Chriſti, qui primogenitus dicitur Mariæ fili-
us, etiamſi poſt Chriſtum ea nullos ampliùs liberos
pepererit. *Matth. c. 1. v. ult.* Et nullo modo ſtatuen-
dum eſt, Ioſephum poſt miraculoſam Chriſti nati-
vitatem, cognoviſſe Mariam, eamque plures edidiſ-
ſe liberos. Qui enim in ſcripturâ (more Hebræo- 114
rum:) fratres Chriſti vocabantur: ejus cognati
erant, non fratres. Neque vocabulum (*donec*) ſem- 115
per brevem alicujus rei durationem ſignificat, *ut li-
quet ex Geneſ c. 8. v. 7.* ubi ita legitur: *Aperiens Nòe
feneſtram arcæ, quam fecerat, dimiſit corvum, qui e-
grediebatur, & non revertebatur, donec ſiccarentur a-
quæ ſuper terram.* Ubi ex adverbio *donec* minimè
colligere licèt, quòd ſiccatis aquis, corvus deinde
reverſus ſit in arcam. Sic *in Pſalm. 110. v 1.* dicit Pa-
ter cœleſtis ad filium ſuum Ieſum Chriſtum: *Sede
à dextris meis: donec ponam inimicos tuos. ſcabellum
pedum tuorum.* Ex quo certè non rectè infertur:
quòd cùm inimici poſiti fuerint ſcabellum pedum
Chriſti in noviſſimo die vel ei ſubjecti fuerint, non
ampliùs ſeſſurus ſit ad dextram Patris. Sic quoque
non rectè infertur *ex d. c. 1. v. ult. Matthæi* Mariam
non manſiſſe virginem poſt natum Chriſtum: ſed
potiùs ibi ſignificatur: Mariam ante Chriſtum pri-
mogenitum, nunquam anteà fuiſſe imprægnatam:
ut benè ibi uterq; Oſiander, Pater & Filius annotavit.

116 Unde meritissimè in Ecclesiâ Dei refutatus & dam-
natus est Helvidii error, qui Mariam plures peperis-
se liberos contendebat. Et hoc ipsum jam olim
adversus Helvidium, ejusque asseclas, scripsit Di-
vus Hieronymus *in d.c.5. ext. de verb. significat. Io-
seph*, inquiens, *non cognovit Mariam, donec peperit
filium suum primogenitum. Ex hoc loco quidam per-
versissimè suspicantur, & alios Mariam habuisse: cùm
mos divinarum scripturarum sit, ut primogenitum non
vocent, quem fratres sequuntur, sed eum, qui primò
117 natus fuit.* Denique huc facit, quòd *in l. ex duobus.
34. in fine principii. ff. de vulg. & pupill. substitut.* pri-
mus intelligitur non solùm is, qui ante aliquem est,
sed etiam is, ante quem nemo est: *& in l. qui duos.
9. in fine princ. ff. de reb. dubiis.* dicitur quis primus
decessisse, licèt post eum nemo decesserit. Sic &
primum decretum appellatur, licèt secundum non
interveniat, aut subsequatur: *quemadmodum scribit
Speculator in tit. de primo & secundo decreto. §.1. in fi-
ne eumq; laudans Tiraquellus in Commentar. de jure
118 primigeniorum. q. 1. num. 5.* Hujusque disquisitionis
usus insignis est. Si enim legatum fuerit primogeni-
to Titii relictum: Titius verò præter eum, quem
habuit tempore legati relicti, alios non susceperit:
debebitur legatum unico isti filio Titii; siquidem
primogenitus est, quem alii non sunt subsecuti.
Non autem debebitur, si primogenitus solùm is di-
citur, quem nulli præcesserunt, sed alii subsecuti
sunt, *tradente Hunnio lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract.
1. q. in fine.* Primogenitus itaque verè & naturali-
ter habetur, qui primus ex utero matris exivit, sive
119 alius post eum, sive non, natus sit: adeò, ut si duo
simul uno eodemque partu edantur, is, qui primus
ex utero prodiit in lucem, quamvis confestim &
momento temporis alter eum fuerit secutus, jure
primogenituræ nihilominus gaudeat, *per textum
satis apertum Genes. c. 25. v. 25. & 33.* ubi Esau prior
egressus, & protinus, nullo temporis intervallo in-
tercedente, secutus est Iacobus illius plantam pedis
manu tenens: ex isto temporis puncto jus primo-
genituræ consecutus est, quod postmodum fratri
120 Jacobo vendidit. Sed & aliâs in jure nostro ratio-
ne brevissimi temporis quid dicitur altero prius, vel
posterius: & ita præponitur, vel postponitur. *l. si
quis enim. 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substitut.* ubi te-
stamentum dicitur prius, quod unâ saltem horâ an-
te aliud confectum fuit. Atque hoc ipsum plurium
Doctorum auctoritatibus confirmat Tiraquellus, *d.
121 Comment. de jure primigenior. q. 2. n. 2.* At quid di-
cendum, si is, qui primus genitus erat, illico, nullâ
etiam editâ voce, ab hac luce subtractus & mortuus
fuerit, an primogenitus censebitur? Et primoge-
nitum censeri, verius est: non solùm quia primus
ex utero materno exiit, vulvamque primus aperuit:
sed etiam quia pro nato habetur qui in hanc lucem
editus statim decessit, *per textum clarissimum in l.
quod certatum. 3. C. de posthum. heredib. instit.* in cujus
fine Iustinianus Imp. rescribit: non inspiciendum
esse, an natus vocem emiserit: sed hoc tantummo-
do requirendum, an vivus perfectè sit natus ad nul-
lum declinans monstrum vel prodigium. Etenim 122
non sunt liberi, qui contra formam humani generis
converso more procreantur, *respondente Paulo in l.
non sunt. 14. ff. de statu homin.* Haud quippe satis est 123
ad hominis propagationem, ut ex spermate huma-
no oriatur: sed forma quoque humana requiritur,
à cujus perfectione, ut cæteræ res; ita & homo no-
men suum accipit, sine quâ rationis particeps reddi
nequit. *l. Iulianus. 9. §. sed si quis. in fine. ff. ad exhibend.
l. si is, qui. 80. §. 1. ff. ad leg. Falcid. Idque latiùs expli-
cat Hunnius d. lib. 3. var. resolut. tract. 1. q. 10.*
Porrò de monstrosis partibus multa scitu perdigna
collegit Speidelius *in Notab. jurid. histor. polit. lit. M.
num. 51. verb. Mißgeburt. pag. 657. & seqq.*

Quanquam autem, per rerum naturam fieri non 124
potest, ut duo pluresve simul, uno impetu, ex utero
matris erumpant. *l. Arescusa. 15. ibi. nec enim natura
permisit. ff. de stat. homin.* cùm tamen interdum vel
per incuriam obstetricis, vel aliam ob causam igno-
retur (Id siquidem nonnunquam ignorari, relucet
*ex l. si fuerit. 10. in princ. & §. 1. ff. de reb. dubiis. item ex
Genes. c. 38. v. 27. & seqq.*) uter ex gemellis, aut et-
iam ex fratribus non geminis, prior ventrem mater-
num exierit: idcirco intricata modum & anceps
quæstio exoritur, uter illorum jure primogenituræ
gaudere debeat; De hac quæstione tot ferè extant
Interpretum opiniones, quot illorum sunt capita
Alii namque utrumque admittunt: alii neutrum
primogenituræ prærogativâ uti debere, statuunt:
alii gratificationi Superioris locum esse, censent: alii
vel formosiorem, vel robustiorem primogenitum
esse, præsumendum existimant: alii patris esse ele-
ctionem, utrum sibi volit esse primogenitum, arbi-
trantur: alii eum, qui in possessione est, pro pri-
mogenito habendum putant: alii eum, qui primus
juris primogenituræ possessionem nactus est post
mortem patris, etiamsi tempore litis contestatæ non
possideat, alteri præferendum esse, autumant: alii
totum hoc negocium sorte dirimendum conclu-
dunt: alii denique in alia sententiarum divortia ab-
eunt. *Quas opiniones copiosissimè & diligentissimè
referunt & examinant Ioannes Ciriecus in tract. pri-
mogenitura. lib. 1. q. 6. & aliquot seqq. Molineus d.
Comment. in consuetud. Paris. t. 1. §. 8. gl. 1. n. 3. cum
seqq. Tiraquellus d. Comment. de jure primigenior. q.
17. Hunnius d. lib. 3. tract. 1. q. 21. D. Rumelin d. dissert.
6. ad Aur. Bull. th. 8. & Hieronymus de Cavallos tom.
1. opinion. commun. contra com. q. 248.* In isthac In- 125
terpretum dissensione totum reor ego probandam
sententiam, qui sorte ritè pièq; instituta rem termi-
nari, dirimique debere, affirmant. Quæ sententia
confirmatur per omnia jura, quæ rem dubiam sorti
committendã esse volunt. *l. sed cùm ambo. 14. ff. de ju-
dic. l. si qua sunt cautiones. 5. ff. famil. ercisc. l. generali-
ter. 24. §. quid ergo, si plures. 17. ibi, aut sortiri eos opor-
tebit. ff. de fideicommissar. libertatib. l. ult. in princ. C.*
com-

communia de legat. §. optionis. 23. in fino. supr. de legat.
& l. 2. post principium. C. quando & quib. quarta pars
126 debetur, &c. Eidem sententiæ non parum roboris
addit, quòd non solùm Deus ipse terram promissam
inter tribus populi Israelitici sorte dividi jusserit.
Numer. 26. v. 55. & seq. cap. 33. v. 54. c. 34. v. 2. & 13.
cursusque cap. ult. v. 2. Deuteronom. c. 1. v. 38. & c.
31. v. 7. Iosue. c. 1. v. 6. 13. & aliquot seqq. 1. Paralipom.
c. 24. v. 5. & Psalm. 77. v. 55. verùm etiam Sacerdotes,
Levitæ, Ianitores, Clerici, Apostoli, & cæteri
sacris rebus præfecti, sortibus olim deligi soliti fuerint:
ut videre est ex 1. Paralipom. cap. 24. 25. & 26.
Actor. cap. 1 v. 26. can. non statim. 2. & can. non ex-
127 emplo. 4. caus. 26. q. 2. can clerec. 1. Distinct. 21. Quin
& exemplis admodum illustribus nostra assertio
corroboratur. Nam refert Livius lib. 1. ab Vrb. condit.
Romulum & Remum, cùm essent gemini, nec
ætatis verecundia discrimen facere posset (ignorabatur
enim, uter eorum esset major natu) forte augurii
diremisse, uter nomen novæ urbi daret quique
conditam imperio regeret. Sed & post mortem Romuli
Interrex sorte delectus est. Patricii siquidem
in Senatum conscripti à Romulo ducenti numero
cùm essent: divisi sunt in decurias, posteaque immissâ
sorte, illi, quorum sors prima exibat, Urbi
præsidebant, Imperatorium magistratum agentes,
ut tradit Dionysius Halicarnassæus lib. 2. Darius primus
Persarum Rex, regnum sorte adeptus est. Eo
namque regno vacante, mortuo Cambyse, Smerdeque
fratre occiso, septem ex Persis, & ii quidem
prudentiores, successionem, regni sorti fortunæque
commiserunt: ita scilicet, ut sub ortum solis consensis
equis, eos ante regiam producerent, & cujus
equus vocem sive hinnitum primus edidisset,
is regno potiretur: quod & factum est, Dariusque
eo pacto, quoniam scilicet ejus equus primus omnium
adhinnivit, regnum obtinuit, referente Herodoto
lib. 3. Ammiano Marcellino lib. 23. post medium. Orosio
lib. 2. c. 9. & Polyano lib. 7. stratagematon. Præterea
successores quoque Alexandri Magni regnum
sorte inter se divisisse, scribit Iustinus lib. 13. Hujusque
rei exempla ferè innumera ex probatis Historicis
& Scriptoribus accumulavit Tiraquellus
prædictâ quæst. 17. Quæ profectò exempla, cum juri
& divino & humano, sortitionem licitam approbanti,
congruant: omnino contemni, aut flocci-
128 pendi non debent. Nec ad rem facit, quòd in nostro
præsenti casu nulla lex, nulla Principis constitutio
sortem admittat: ac proinde ex suprà adductis tex-
129 tibus nil quicquam firmiter inferri queat. Quicquid
enim in jure expressè prohibitum non est, id
censetur permissum & concessum arg. l. 1. §. 1. ff. de testibus.
Cùm igitur sors, in quâ nullus dolus aut
fraus sive captio intervenit, nullibi reperiatur in nostro
casu prohibita: utique permissa ac concessa
130 intelligetur. Quò confert etiam, quod in l. neque
leges. 10. & tribus seqq. ff. de legibus. à Iuliano & Vlpiano
respondetur: neque leges, neque senatuscon-
sulta ita scribi posse, ut omnes articulos, aut casus,
qui quandoque inciderint, sigillatim comprehendant.

Nihil quoque movet, aut urget, quod objectatur
à plerisq; quæstionē præsentē (uter ex gemellis sit pri- 131
mogenitus?) esse potiùs facti, quàm juris. l. idem ori. 16
ff. de statu hom. Commune a. esse & vulgarum Doctor.
axioma: quæstionem tantùm juris, non quæstionem
seu dubium facti sortitione terminari debere: sed
factum allegantem ad ejus probationem obligatum
esse l. 2. eum. qui. 22 ff. de probationib. l. actor. 23. C. eod.
Gloss. in. l. unic. in verb. prohibebit. in fin. ibiq; Cynus.
Bartol Bald Salicet. Angel & cateri. C. uti possidet. Iason.
Alexand. Corneus, & alii in l. ult. C. commun. de
leg. Ioan. Andr. Panormit. & Ioan. de Anania in c. ult.
ext. de sortilegis. idem Panorm Felinus, & omnes fermè
Canonista. in c. licet causam. 9. ext. de probationib.
Etenim respondetur: illud axioma nullo jure probari;
& rationes easdem, quibus in dubio juris ad
judicium sortis recurritur, æquè militare in dubio
sive incertitudine facti, quod aliter non potest ita
commodè explicari, purà ut ambitionis vel gratiæ
suspicio auferatur, arg. d. l generaliter. 24. §. quid ergo
17. ff. de fidei commissar. libert. & ut altercatio finiatur
d. l. ult. C. Communia de legat. Ita tenent Philippus Decius
in d. c licet. causam 9. num. 28. de probat. Carol.
Molinaeus d. Comment: in consuetud. Paris. t. 1. §. 8. gloss. 132
1. n. 8. cum seqq. & novissimè Clariss. Dn. Collega Besoldus
lib. 1. de regia successione. dissertat. 4. num. 14.

Dubia quoq; & notabilis controversia est: utrùm
descēdentes ad avi vel proavi hereditatem admittā-
tur, quando parens eorum prædefunctus paternæ
vel avitæ hereditati nondum delatæ, legitimè renunciavit?
Cujus quæstionis sive controversiæ, ut
meliùs ea intelligatur, familiare hoc fit exemplum:
Nobilis quædam virgo, cùm nuptui collocaretur,
acceptis in dotem mille florenis, hereditati paternæ
renunciavit cum juramento, juxta formam c. quamvis.
2. de pactis. in 6. Postea decessit relictis aliquot
liberis. Quæritur, an ejus liberi ad defuncti avi
hereditatem, tanquam nepotes, cum avunculis suis
sint admittendis? Et sanè si filia, quæ renunciavit
post patrem suum mortua fuerit: unanimis & expedita
Doctorum conclusio est: nepotes, propter
renunciationem istam juratam, cum avunculis avo
succedere non posse. Bellon. consil. 15. num 14 Baptista
à Villalobos in communib. opinionib. verbo, filia.
num 150. Roderi: us Zuares in repetit l. quoniam in
prioribus. 32. limitat. 4. numer. 9. C. de inoffic. testament.
Graffius in libro receptar. sentent. §. legitima. quæst.
4. num. 3. aliiq; per hunc adducti. Eâdem de re videatur
Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tr. 1. q. 17. &
18. itemq; Rittershusius in exposit. Novell. Iustin. part.
7. c. 9. num. 3. Illud autem perplexum est: si filia,
quæ paternæ (acceptâ dote) renunciavit hereditati
vivo adhuc patre, mortem obierit: nunquid
eiusdem liberi cum avunculis vel materteris suis,
avi, qui post filiam decessit, hereditatem petere

 possint?

possint? Et (nil remorante contrariâ opinatione
Ludovici Romani in l. qui superstitu. 94. num. 3. ff. de
acquir. vel omitt. heredit. Decij consil. 181. colum. pen-
ult. Guilielmi Bened. in c. Raiantius. vers. duas habet
filias. num. 181. de testament. Socini junioris, cons. 67.
num. 59. vol. 2. Berei, consil. 49. num. 38. vol. 1. Bellons
consil 15. numer. 6 cum seqq. & aliorum quorundam)
posse verisimilior est, eaque receptior traditio. Quæ
133 quidem sequentibus potissimùm innititur rationi-
bus ac fundamentis. Primùm quia ubi filia renun-
ciat hereditati paternæ, & dotem accipit, non dici-
tur accipere dotem loco hereditatis: sed dote con-
tenta dicitur hereditati adhuc sibi debitæ renuncia-
re. Pater siquidem filiæ dotem dare tenetur. *l. ult. C.*
de dot. promiss. Et nihilominus filia patri succedit,
conferendo tamen dotem. *l. illam. 19. C. de collatio-*
nib. Ergo non videtur hereditatem consecuta, seu
loco hereditatis accepisse dotem: sed acceptâ dote,
non amplius succedere potest: quia renunciavit. Fi-
lii igitur ejus, quibus hereditas avi non ex personâ
matris, sed ex jure proprio defertur, illam vindicare
queunt: cum neque renunciaverint, neque ex perso-
134 nâ renunciantis veniant. Deinde isthæc filiæ renun-
ciatio censetur facta sub hac conditione: *si hereditas*
paterna ad ipsam viventem devoluta sive delata fuerit.
Atqui si filia ante patrem decedat: hereditas pater-
na ei non defertur. Ergo nepotes, utpote deficiente
conditione, renunciationi tacitè inserta, ab avi suc-
cessione non excluduntur. Qui enim sub unâ con-
ditione renunciatis sub contrariâ conditione non
renunciasse, sed hereditatem sibi, suisque posteris
reservare voluisse intelligitur, *argumento l. quotiens.*
14. in fin ff. de novationib. l. si ita sit scriptum. 45. §. 1.
ff de leg. 2 & l. Titio usufr. 96. ff. de condit. & demon-
strat. Adhæc renunciatio strictissimi juris est: nec
egreditur personas renuncianrium: neque etiam ad
jus porrigitur, quod verbis ejus palàm non est com-
prehensum. *l. quicquid adstringenda. 99 ff. de verb. ob-*
ligat. Socin. consil. 96. viso processu in fin. lib. 1. At fi-
lia suo tantùm juri, non verò liberorum suorum re-
nunciavit: imò ne renunciare quidem potuisse vi-
detur, *arg l. si unus. 27. in pr. ff. de pact. & totius c. C.*
ne filius pro patre &c. Quocirca liberi, non obstan-
te matris renunciatione, ad successionem avi hoc ca-
su pervenire poterunt. Quando enim mater renun-
cians moritur, superstite patre: liberi illius statim
subintrant locum matris, iisque successio debetur,
non quidem intuitu matris, sed provisione seu bene-
ficio legis, tradito *in Auth cessante. C. de legitimis he-*
redib. quod beneficium ipsis adimi non debet, *arg. l.*
si arrogator. 12. §. 1. ff. de adoptionib. & l. si quis filium.
34. C de inoffic. testam. Præterea aliquid firmamenti
nostra sententia habet *ex l. si ex patronis. 10. §. 1. in fin.*
ff de bonis libertor. & l. si quis, filio. 6. in princ. ff. de in-
justo, rupt. irrito facto test. ubi expressum est; quòd, si
pater exheredet filium suum, qui moritur ante testa-
torem, isthæc exheredatio non noceat nepotibus ex
illo filio: siquidem pro non factâ habeatur. Ergo eo-
dem modo non nocet nepotibus in propositâ specie
renunciatio, per matrem facta; quo minùs ad suc-
cessionem avi perveniant: quia validè sumitur argu-
mentum ab exheredatione ad renunciationem, *do-*
cente Paulo Castrens. ad d. l. qui superstitu. 94 ff. de ac-
quir. vel omitt. heredit.

Nec adversatur, quòd liberi, tanquam heredes, 135
promissionem sive factum & renunciationem matris
ratam habere teneantur; eique, petendo avitam he-
reditatem, contravenire nequeant, *l. filium. 31. ff. de*
liberali caus. l. ex qua persona. 149. ff. de reg. jur. l. cùm
à matre 14. C. de rei vindicat. Nam liberi, si post ob-
itum matris, ante avum defunctæ, ad bona avita a-
spirant: matris, cui heredes extiterunt, renunciatio-
nem promissionemvè minimè impugnant. Illa si-
quidem, ut antè dictum, tacitàm hanc conditionem
annexam habet: *si successio seu hereditas matri deferá-*
tur. Unde facile intellectu est, in eum eventum, si
fortè mater ante patrem suum, atque sic ante dela-
tam sibi hereditatem, vitam cum morte commuta-
verit, renunciationem factam non esse. Ea quippe 136.
conditionis natura est, ut prius impleri, quàm emo-
lumentum ex illâ quæri debeat, *l. pecuniam, quam.*
36. ff de reb. credit. si cert. petet. l. necessariò. 8. in prin-
cip. vers. quòd si pendente. ff. de peric. & commod. rei
vend. l. Titius 41. §. Stichus. 11. ff. de fideicommiss. li-
bertatib. l. Maevius. 55. ff. de condit. & demonstrat. l. hoc
jure. 10. ff. de verbor. obligationib. & nisi in veritate
impleta fuerit, nihil (*uti nostri Dd. loquuntur*) ponit
in esse, *argum. l. si insfamilias. 114. § cùm erit. 13 ff. de*
legat. 1. l. si quis sub conditione. 8. ff. si quis omissa caus. te-
stament. l. si post diem. 5. §. 2. ff. quando dies legator. ce-
dat. l. Arescus. 16. ff. de statu homin. l. ult. §. ex hoc ap-
paret. 8. ff. de verb. oblig. l. cedere diem. 213. ibique Al-
ciat. num. 12. ff. de verb. signif. l. si ea conditio. 3. & l.
seq. C. de conditionib. insert Cern. cons. 79. n. 11. vol. 3.
Paris. cons. 32. num. 45. & 17. vol. 1. Bursat. cons. 44.
num. 28. vol. 1. Gail. lib. 2. obs. 132. num. 3. Idque non 137
tantùm in expressâ, sed & tacitâ conditione locum
habet, *per textum in l. item quia. 4. §. hujus rei. 2. &*
ibi gloss super verb. cauto. & Dd. communiter. ff de
reb. cred. si cert pet. l. si qui. 9. vers. nam quadam in ser-
mone tacitè excipiuntur. ff. de servitutib. & l. res in do-
tem. 42. ff. de jure dot.

Nec hanc assertionem turbat *l. conditiones. 99. ff.* 138
de condit. & demonstrat. ubi Papinianus ostendit,
quòd ea, quæ tacitè insunt, legatum vel obligatio-
nem conditionalem non faciant: ut, fructus fundi si
legati fuerint, quamvis hi sub hac conditione, *si nati*
fuerint, relicti intelligantur: nihilominùs tamen, si
legatarium ante horum proventum decedere con-
tingat, ejus heredi debentur, *l. cùm illud. 25. ad fi-*
nem. ff. quando dies legator. cedat. Sic eâdem ratione
asserendum videtur: quòd renunciatio, licèt condi-
tio ejus tacita in vitâ renunciantis non extiterit: ni-
hilominùs post hujus obitum, in personâ heredis
impleri possit. Hoc, *inquam*, assertionem nostram
non turbat. Nam in conditionibus potissimum lo- 139
cum

eum voluntas tenet, earumque sensus magis, quam verba, amplectendus venit, *respondente Vlpiana, in l. si quis ita. 3 §. conditio. 9, ff. de adimend. vel transfer. legat.* Quod utique in tacitis conditionibus maximè dicendum est: cùm ex non verbis exprimi, sed ex solâ disponentium voluntate colligi soleant. Quamobrem hac etiam in parte si disponentium mentem pensiculatè consideraverimus: ingens horum casuum differentia & discrepantia apparebit. Testatore enim fructus purè legando, hosce omnino legatario, ejusque heredibus acquiri voluit: nec illam proculdubio, si mortis tempore extitissent, conditionem adjecisset. Ideoque ex præsumptâ disponentis voluntate, legato istiusmodi nullam conditionē, sed præstationi morā duntaxat injectā esse, Paul⁹ respondit, *l. quod pure. 6. §. 1. ff. quando dies legat. cedat.* Aliter se res habet in conditione istâ tacita: *si hereditas paterna filiæ renuncianti delata fuerit.* Omnis namque renunciationis vis & efficacia in illâ consistit: eaque ut subintelligatur, ipsâ rei natura ac
140 subjecta materia suadet, dictatque. Alias enim hoc renunciationis pactum non subsisteret: cùm nulla viventium hereditas aut successio esse, & consequenter de eâ nulla pura renunciatio fieri possit, *l. 1. ff. de hereditate vel act. vend. d. l. qui superstitis. 94. ff de acquir. vel omitt. hered.* Neque etiam negocium facessit, quòd liberi heredes matris, ejusdem juri sint obnoxii, non activè tantùm, sed & passivè. *l. hereditatis. 119. ff. de verb. significat. l. heredem. 59. & l. hereditas 62. ff. de reg. jur.* Cùm enim mater nullum jus habuerit in vivi patris futura hereditate: cùm non entium nulla sit qualitas. *l. dicem. 16. ff de verbor. obligat.* proindeque renunciationis illius effectus re ipsa dilatus sit in futuram patris mortem: in eam autem mater non supervixerit: sequitur inde, quòd matris renunciatio isthæc nihil officiat liberis: quippe cùm patris hereditas & renunciatio illa se mutuò arguant, ut subjectum & adjunctum: & subjecto deficiente, ipsum quoque adjunctum deficiat: ac ea propter renunciatio illa perinde habenda sit, ac si non esset facta à matre, vivo patre defunctâ. Cùm ergo renunciatio illa, & effectus ejus non continebatur sub jure matris tempore mortis ipsius: haud dici potest, quòd ea liberis obesse queat. *D. Collega Bocer. in hoc tit. num 41. & seq. part. 66.*

141 Nihil quoque obstat, quòd heres & defunctus habeantur pro unâ eâdemque personâ: proindeque quod defunctus pepigit, & heres pactus censeatur, *Novell. 48. in fine præfationis.* Quandoquidem illud ex fictione juris venit: siquidem in rei veritate diversæ sint personæ. Sed & illud procedit in his, quæ heres immediatè à defuncto habet, tanquam heres. Atqui in nostrâ quæstione filii successionem avitam non tanquam heredes matris, sed ex proprio jure obtinent. Ergo quoad illam non repræsentant matrem: nec eadem persona cum matre dici possunt.

142 Præterea non obsistit *cap. 1. An agnatus vel filius defuncti possit retinere feud. & c. tit. 45. lib. 2. feudor.* ubi filii non possunt habere feudum ex pacto & providentiâ, & repudiare hereditatem patris: & tamen illud feudum habent ex personâ propriâ, videlicet ex providentiâ primi domini, concedentis feudum, & dispositione legis. Sic etiam proposito in casu licèt filii veniant ex personâ propria: tamen cum sint heredes matris, pactum matris approbare debent. Hoc, *inquam*, non obsistit. Quia renunciationis pactum à matre factum, propter non impletam conditionem pro non facto habetur. Renunciatio enim (*ut jam suprà inculcatum numer. 133. & 135.*) sub eâ conditione videtur facta: *si matri hereditas paterna delata fuerit.* At verò hereditas illa matri non fuit delata. Quapropter renunciatio, tanquam deficiente conditione, pro non factâ habetur, *argum. l. qui heredi. 44. & l. Mævius 55. & similium. ff. de condit. & demonstrat.* Concludendo ergo intrepidè statuendum est: cùm vinculum renunciationis per obitum matris, adeoque per conditionis defectum penitus sublatum sit: & nepotes avitam successionem non ex matris, sed propriâ personâ agnoscant: maternam renunciationem, cujus virtus in eos descendere non potuit, nullâ ratione iis, in avitâ hereditate obtinenda, obesse aut præjudicare posse. Et hanc, utpote frequentioribus calculis receptam sententiam, tenent & plenius explicant *Bartolus & Paulus Castrensis in d. l. qui superstitis. 94. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Baldus, Alexander, & cæteri in l. pactum. 4. C. de collationibus. Idem Baldus in l. fin. C. de pact. Natta in c. quamvis. de pact. in 6. & ibidem Matth. Brys. part. 2. numer 124. cum seqq. ibidemq; Covarruvias. §. 2. num. 4. & rursus §. 3. num. 7. Maranta Disput. 10. VVesenbec. consil. 11. num. 14. & cons. 71. n. 16. & aliquot seqq. Cephalus cons. 308. num. 51. consil. 334. & cons. 610. num. 78. Cravetta cons. 84. numer. 5. & cons. 127. cent. 1. Gezadin. cons. 75. in fin. Grassus d. §. legitima. quæst. 4. num. 3. & 4. Kirchovius communium conclus. cent. 6. conclus. 100. Tiraquell. in Comment. de jure primigen. r quæst. 40. num. 113. & 120. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 18. Villalobos in commun. opin. litera F. numer. 151. Stephan. Ranchin. in annotat. ad Guid. Pap. quæst. 598. Fachineus lib. 3. controvers. jur. cap. 23. Ludovic. Morot. consil. 22. num. 1. cum seqq. Hartman. Pistoris lib. 4. quæst. 7. num. 4. & seqq. Beslichius part. 2 conclusion. practicabil. conclus. 43. numer. 17. cum seqq pag. 925. & seq. Dominicus Card. Tuschus tom. 6 practic. conclusion. lit. R. conclus. 181. num. 36. & seq. D. Besold. in delibatis jur. ex lib. 2. Pand. titul. 14. numer. 19. pag. 225. cum seqq. & in thesauro practico. lit. V. num. 23. pag. 809. Paul. Æmil. Gall. in tract. de exceptionib. in success. tam ab intest. quàm ex testam. part. 1. tit. 2. except. 1. fol. 73. cum seqq. Forsterus junior in tract. de pact. c. 6. pag. 168. cum seq. & Barthol. Kellenbentz. de renunciatione succession. quæst. 33. pluresq; alij, ab his cumulatim citati.* Quò faciunt etiam valde, quæ tradita sunt à Georgio Beato *in decisionib. antinomiar. quæstion. 26.*

D 3.

*stion.*26. Item à Dn. Nicolao Varenbülero, *consil.*13. & Francisco Husmanno *consil.*14. *vol.*1. *Consiliorum D. Besold. fol.* 286. *& multis seqq.* nec non Doctore Marta *tom.* 3. *digestorum novissimorum tit. renunciatio.cap.*7. *& seqq. fol.*292. Et de renuntiatione filiæ juratâ, plura notatu digna tradit Rittershusius *lib.* 3. *different. juris civ. & can. cap.* 5. *pagin.* 201. *& seqq.* Porrò an & quatenus filius primogenitus juri primogenituræ renunciare queat, ubertim explicant *Tiraquellus d. Commentar. de jur. primog. quæst.* 26. *&* 27. *Arnoldus Engelbrecht. in Quæst. de Success. in Electorat.th* 21. *&* D. Rümelin. *d. dissertat.* 6. *part.* 1.

143 *ad Aur. Bull. Caroli IV. th.* 7. *&* 9. Cæterùm quod suprà *num.*57. dictum est, descendentes vel liberos parentibus æqualiter succedere: id procedit quidem in liberis, qui ex eodem matrimonio, iisdemque nuptiis procreati sunt: at secus est, si liberi diversi matrimonii fuerint. Tunc enim unaquæque soboles donationem propter nuptias, vel dotem sui parentis præcipuam habet: in aliis bonis illi æqualiter succedunt, *l. cùm aliis.* 4. *C. de secund. nupt. Novell.*22. *cap.*29. *Brecholt. d. tract. de gradib. tit. de success. descendent. in fin. pag.* 186. *& in Commentar. ad consuetud. feud.cap.*7. *de successione. num.*16. *Graff. d. lib. sententiar. §. successio ab intestato. quæst.* 17. *& Heigius hic cap.* 5. *num.*83. *& subsequenti.*

144 Planè non solùm jure civili, sed & feudali liberi æqualiter succedunt, *cap.*1. *§. & quia vidimus. de his, qui feud. dare poss. titul.* 1. *lib.* 1. *feud. cap.* 1. *de successione feud. titul.* 8. *lib.* 1. *feud.* beneficio repræsentationis retento, ut nimirum primi gradûs liberi in capita; ulterioris verò, in stirpes succedant, *dict. tit* 8. *ibi, nepotes ex filio, loco sui patris &c. lib.*1. *F. Roland. à Valle cons.* 68. *num.* 22. *& seqq. vol.* 1. *Henningus Göden cons.* 21. *num.* 1. *Antonius Gabriel. Roman. libr.* 4. *conclus. tit. de successionibus ab intestato. conclus.* 1. *numer.*7. *Hunn. in suis resolut. ad Treutler. vol.* 2. *disput.* 16. *(vel* 15. *ut ipse numerat) th* 1. *quæst.*

145 13. *pagin.* 205. Et possunt liberi inter se feudum suo arbitratu dividere: nisi feudum sit regale, quod ex lege Friderici Imperatoris, propter conservationem dignitatis & splendoris familiarum, dividi nequit, *per textum apertum in tit.* 55. *de prohibitâ feudi alien. per Frider. §. præterea ducatus. lib.* 2. *feudor. latè Andreas Gail. observ.* 153. *libr.* 2. *Leopoldus Northoff in chronic. comitum de Marcka, huncque referens Goldast. lib.* 2. *de majorat. cap.*17. *numer.*15. *Theodor. Reinkingk in tract. de regim. secul. & ecclesiast. libr.* 1. *clas.* 4. *cap.* 17. *numer.* 10. *& Borcholt. d. Comment. feudal.c.*7. *num.* 40. *& seqq. ubi plures citat.* Quamvis enim feudum per se & suâ naturâ sit individuum; ut & usufructus, cæteræque servitutes: utilitatis tamen causâ inductum est, ut materia feudi instar usufructûs, id est, fructus ipsi dividantur. *d. titul.* 55. *§. præterea ducatus. libr.* 2. *feudor. junctâ l. usufructus & ab initio.* 5. *ff. de usufruct.* D. Bocer. *class.* 5. *Disputat.*18. *thes.* 19. *ad lit. b. edit.*2. Hincque Günther. *libr.* 8. *de rebus gest. Friderici I. Imp. ferè circa finem ita canit:*

> *Marchia seu Comitis possessio, sive Ducatus,*
> *Integra permaneant. Feudalia cætera multis*
> *Participanda patent.* ————

146 Cùm autem Imper. Friderici constitutio feudum regale, veluti regnum, ducatum, marchionatum & comitatum, dividi disertè vetet: in quæstionem non immeritò vocari potest: ecquid primogenitus in successione feudi regalis, & dignitatem annexam habentis, cæteris suis fratribus præferri debeat? Et

147 debere præferri, non sine ratione affirmatur, *argum. Aureæ Bullæ Caroli IV. tit.* 24. *§. si cæteros Principes. & § seq. D. Bocer. in tract. de jure succed. in feud. c.* 3. *quæst.* 48. *Goldastus d. libr.*2. *de Majorat. cap.*25. *eosq; referens D. Rümelin. Gener mihi charissimus. Dissert.* 4. *part.* 3. *th.* 4. Sed & jus primogenituræ evidenter satis ex ipso jure divino constat, *Deuteron. cap.* 21. *vers.*17. *Genes.cap.*27. *vers.*29. *Paralipom. lib.* 2. *cap.* 21. *v.*3. *& alibi* Quinimò ordo non solùm naturæ ac divinæ legis, sed etiam omnium ubique gentium jus istud approbat. Naturâ siquidem comparatum est, ut majores natu imperent, præsint, dominentur: juniores serviant, subsint & obediant: idque vel inter bruta animalia observari videmus. *Arist. libr.* 6. *histor. animal. cap.* 18. *Plinius lib.* 11. *cap.* 40. *Ælian. lib.* 3. *de natura animant.* Ac certè olim tam apud Ægyptos, Moabitas, Albanos, Græcos, Athenienses, Macedones, Trojanos, Persas, Numidas, quàm Germanos, omnesque gentes consuetudo fuit, hodieque est, & ea quidem à jure approbata: ut in his, quæ dignitatis sunt, primogenitus cæteris præferatur, *uti videre est ex exemplis, quæ allegant Petrus Gregor. Tholos. lib.* 7. *de Republic. cap.*5. *Bodinus lib.* 6. *de Republic. cap.* 5. *Tiraquell. in præfat. Commentar. de jure primigenior. numer* 22. *& multis seqq. D. Besold. lib.*1. *de regia success. dissertat.* 4 *&* 6. *n.* 15. *item lib.* 1. *Politic cap.*6. *num.*27. *Ernest. Cothman. consil.*1. *num.* 102. *&* 284. *& seqq. vol.*5. *Adde Ioannem Georg Major. Generum mihi itidem dilectiss. in Synops. Iurisprud. Beneficiaria sect.*3. *cap.*9. *num.*101. *pag.*63. Hinc natu

148 majores sive seniores anteponendos esse minoribus, haud obscurè innuit Callistratus *in l. semper.* 5. *ff. de jure immunit.* Hinc etiam Alexander Imperator Ulpianum Jureconsultum, parentum suum vocavit, eò quòd esset senior. *l. ex divi.* 4. *C. de locato & conduct.* Hinc quoque seniores primo loco sedere debere, arguit *l.* 2. *C. de Præfectis Prætorio, &c.* Et, illo jure naturæ inter Principes violato, sæpius contigit; ut gravissima bella, funestissimaque parricidia sint secuta. *Bodin. & Petr. Gregorius Tholosanus locis præallegatis. Iustin. libr.*16. *& Livius libro.* 10. *belli Maced. Sed consulatur* D.

Hunnius

Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 22. & seqq. ubi eleganter ostendit : jus primogenituræ non solum ex jure naturæ & gentium descendere : verùm etiam consuetudine & statuto rectè induci posse. Eàdem de re plenissimè differtat Andreas Tiraquellus d. Commentar. de jure primogenitor. quæst. 4. & seqq.

149 At quid judicandum, si primogenitus sit ignavus, iners, deformis, balbus, luscus, claudus, gibbosus? numné ideo sceptra de manibus illi extorquenda? Minimè hoc fieri posse, rectè statuitur. Quia nullæ corporis aut animi deformitates tantæ esse debent : ut propter eas ab hoc jure omnium gentium communi discedatur. Ac meliùs utique est, sub gibboso, aut claudo esse Principe, cui consilium probum adjungi potest, quàm sub Principe integro, cui malum consilium esset. Ideoque memoriæ prodidit Herod. *lib. 5.* quòd apud Lacedæmonios Agesilaus, etsi claudus, tanquam proximior, ad regnum sit vocatus. Sic Vngariæ Comitia Colomannum primogenitum, Almo fratri secundogenito prætulerunt : tametsi gibbosus, claudus, luscus & balbus fuerit, *referente Henning. in geneal. reg Vngar.* Similiter Carolo VIII. Regi Gallorum, quamvis corporis totius effigies fuerit deformis, regni administratio commissa fuit. *Paul. Aemil. libr. 10. histor. Franc. Pontan. lib. 2. cap. 34.* Nec præterea propter ignaviam & inertiam primogenitus est repellendus : cùm per procuratores aut vicarios, si per se nolit, aut nequeat, administrare possit. Quamobrem retineantur ex successione Principes primogeniti, vel in memoriam priorum, vel ex lege, vel quia etiam tales, per se non valentes imperare, sint utiliores Reipublicæ quàm si novâ electione cardines totius pacis ac Reipublicæ essent commovendi. *Petr. Gregor. d. Lib. 7. de pub. c. 6. Bodin. d. libr. 6. de Republica. c. 5.* Verùm an & quatenus primogenitus, qui ad regnandum inhabilis videtur, à successione sit removendus, latius explicant *Tiraquellus d. Comment. de jure primogen. quæst. 23. Molineus in Comment. ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 8. gloss. 1. quæst. 2. num. 26. KecKerman lib. 1. Polit. c. 4. Dn. Besold. d. lib. 1. de regia success. dissert. 10. edit. 2. Ludovic. Molin. lib. 3. de jur. prim. cap. 2. Georgius Ritter. in dissertat. de homagio subjectionis cap. 3. concl. 56. & Arnisaeus. lib. 2.*
148 *relectionis politica. c 2. sect. 8. num. 62. pag. 295.* Illud hoc loco breviter admonendum : quòd pater secundogenitum primogenito præferre haud possit : propterea quòd jus primogenituræ à lege delatum & quæsitum primogenitus obtineat : ac proinde ei à patre illud auferri nullo modo queat, *arg. l. id quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.* cùm nec ipse Imperator de plenitudine potestatis, alteri jus quæsitum adimere valeat, *ut fusiùs demonstravimus suprà ad princip. tit. de rer. divis. num. 95. & multis seqq.* Illudque copiosissimè explicant *Tiraquell. d. Comment. de jur. primogenit. q. 21. Arnold. Engelbrech. in Quæst. de success. in Electorat. th. 21. eosque laudans D. Rumelin. Dissertat. 6. ad. Aur. Bull. Caroli IV. th. 6.*

Sed non minùs ardua, quàm pulchra hic emergit 150
quæstio : an & is primogenituræ jure fruatur, qui
alios quidem nativitate præcessit : eo autem tempore pater illius regnum, de cujus successione agitur
nondum acquisierat? Ei affirmatæ sententiæ firmissimum positum est fundamentum *in l. senatoru. 5. ff. de senatoribus.* ubi Ulpianus respondit : senatoris filium non solùm accipiendum esse eum, qui naturalis est, verùm adoptivum quoque : nec referre,
in senatoriâ dignitate constitutus eum susceperit,
an ante dignitatem senatoriam. Quam legem cùm 151
nonnulli ex adversariis videant nostram firmiter stabilire sententiam : in voculâ *susceperit* receptaculum quærunt, dictitantes ; ibi per *susceptum* non significari natum, sed conceptum. At frustrà. Siquidem hoc loco per *susceptum* denotari natum, dilucidè probatur *l. filium emancipatus. 25. ff. de ritu nupt.* ubi susceptus filius dicitur avo heres esse : quod sine absurditate dici non posset, si acciperetur
pro concepto. Posthumus enim, antequam nasci- 152
tur, neque homo. *l. in Falcidia. 9. in fine. ff. ad leg. Falcid.* neque in potestate patris. *l. ule. ff. de collat. bonor.* neque pupillus est. *l. non est pupillus. 161. ff. de verb. signif.* multò minùs heres dici potest. *l. posthumi. 3. §. 3. ff. de injust. rub. irrit. fact. testam.* Hæcque inter conceptum & susceptum differentia ad oculum patet *ex l. ex facto. 17. §. ex facto. 5. ff. ad senatusconsult. Trebell.* quæ luce aut declaratione non indiget. Non igitur *in d. l. senatoru. 5 ff. de senatorib.* à propriâ verbi significatione recedendum est. *l. non aliter. 69. in prine. ff. de legat. 3.* præsertim cùm ipse contextus & comparatio filii naturalis & adoptivi id exigant. Verbum etenim *susceperit* non tantùm ad filium naturalem, sed etiam ad adoptivum est referendum : quod certé sine absurditate fieri nequit, si *susceptum* dicimus pro concepto. Nemo quippe adoptivum dixerit concipi. Quò conferunt etiam haud parùm. *l. filii. 22. §. senatores. 5. ff ad municip. l. quæ ad tempus. 2. §. in filiu decurionum. ff. de decurionibus. & si . cor. l. moris. 9. §. sed utrium. 14. ff. de pœnis l. cùm advocatio. 8. ibi, cum liberis quandocunque genitis. C. de advocat. divers. judicior. l. 2. C. de advocat. divers. judicum. l. neque Dorotheum. 61. l. neminem. 64. & ll. seqq. C. de decurionib. l. si senator. 11. C. de dignitat. c. ad extirpandas. &c. adnac. extr. de filiis presbyt.*
Et ratio esse poterit : quoniam bona patris libe- 153
ris contingunt, quia sunt liberi ; & non quia parens in dignitate fuit positus, aut non ; nullâ habitâ etiam ratione temporis, sed solius mortis. Proinde meritò Imp. Antoninus ad id tempus referret considerationem officiosi & inofficiosi testamenti paterni. *l. cùm quæritur. 6. C. de inoffic. testam.* Præterea licet natus ante regnum patris, interim dum pater est privatus, non dicatur filius Regis :

attamen cùm primùm pater Rex fuit, is quoque filius Regis fuit, *per jura suprà allegata*, & ita continuò incipit esse primogenitus Regis. Si enim filius Regis est, & nemo illum præcedit: consequens est, ut sit primogenitus Regis. *cap. Ioseph. ext.*
154 *de verborum significat.* Adhæc nisi hæc admitteretur sententia: ingens absurditas inde sequeretur? videlicet, quòd si Rex decederet, relicto unico filio, qui natus esset ante regnum partum, is non succederet. Sequeretur item & alia absurditas, quòd præferrentur in successione regni aut comitatus, nati post dignitatem illius, de cujus successione agitur, exclusis antè natis proximioribus fortè in gradu, contra jura, quæ primo loco admittunt proximiores. *l. 2. §. hac hereditas. 2. ff. de suis & legit. heredib. §. si plures. 5. infr. de legit agnat. success. l. 1. §. si qui igitur. 7. ff. unde cognati.* Itemque sequeretur, quòd filii non succederent in quibuscunque rebus, post eorum nativitatem acquisitis, sed eos excluderent postea nati: quod nullo jure cautum reperitur.
155 Quin ex jure communi liberi omnes nullo delectu æqualiter succedunt. *l. inter filios. 11. C. famil. ercisc. l. penult. in fin. C. communi divid. l. ut liberis. 17. C. de*
156 *collationib.* Denique isthæc decisio exemplis quoque sive præjudiciis firmari poterit. Darius enim ipse sic judicavit, cùm duo ipsius filii, Artaxerxes & Cyrus natu minor, de regni successione contenderent: quorum ille ante regnum patri quæsitum; hic verò postea natus erat: Artaxerxem, utpote natu majorem, Cyro prætulit: quamvis nihil non ageret mater Cyri, ut ipsum Artaxerxi præferret. *Plutarch in Artax. à princ.* Idem fuit judicium Herodis, cùm Antipatrum, ante principatum de privatâ uxore sibi genitum, Alexandro & Aristobulo, se Rege natis, anteponeret, *I seph. lib. 16. Antiq. c. 3.* Sic & Peiga apud Ungaros, à Bela II. adhuc privato genitus, sine controversia, de consensu populi, exclusit Ladislaum, Stephanum & Almum, post adeptum regnum procreatos. *ut à Michaële Riccio in Regibus Ungariæ, scriptum est.* Sed & in Germania nostrâ Ottoni Magno frustrà se opposuit Henricus frater: quòd Eberhardus, Comes Palatinus, & Giselbertus Lotharingiæ Dux, ipsi suggessissent, potiorem sese regni heredem esse, quòd à patre in Imperio, Otto verò, antequam Imperium Henrico Aucupi à Conrado I. traderetur, natus esset. *Sibert. in Otton. H. Mutius Chron. Germ lib. 13.* Quin & novissimé habemus exemplum in Electorati Saxonico, scilicet in Christiano II. excellentis recordationis. Is enim natus erat Anno Christi 1583. vivente adhuc Avo Augusto Electore; quo tempore Christiani II. Pater Christianus I. Electoriâ dignitate nondum fulgebat. Anno Christi 1585. Electore Patre Iohannes Georgius natus est. Patri verò Christiano I. rectè successit ipse filius primogenitus Christianus II. Quo mortuo demùm, Iohannes Georgius, qui hodie rerum potitur, ad Electoratum admissus est. *Anton. Coler. de jur. Imper. German. sect 52. Atque ita sentiunt Cirierus in tract. primogenituræ. lib. 1. quæst. 12. Tiraquell. in Commentar. de jure primigenior. quæst. 31. num. 12. & 27. & per notata ejusdem de Nobilitat. cap. 15. num. 7. Forster. lib. 4. de successionib. cap. ultim. num. 36. cumseqq. Hotom. illustr. quæst. 2. Heigius hic cap. 5. num. 71. Hackelman illustrium quæstion. Disput. 18. thes. 5. Treutler. Disputat. 19. thes. 16. vol. 1. ibique videatur Bachovius in junct. pag. 258. & seq. Illustris Dn Enenkel in tract. de privileg. Parent. &c. privil. 3. cap. 5. Hœnonius Disput. 12. ad Inst. sub thes. 4. Henning. Arnisæus polit. libr. 1. cap. 9. pag. 222. & d. lib. 2. relectionis Politica. c. 2. sect. 11 per tot. D. Collega Besoldus d. lib. 1. de regia success. dissertat. 7. item lib. 1. Politicor. c. 6. §. 5. num. 29. Paulus Berens disput. ad Instit. 8. thes. 1. quæst. 3. Menoch libr. 5. de præsumptionib. præsumpt. 33. numer. 38. & consil. 677. numer 5.* ubi duos & viginti Doctores recenset, probantes; hodie magis receptam esse sententiam, filium Regis haberi & nominari qui natus est, antequam pater regnum nancisceretur, ad hoc, ut tanquam primogenitus Regis ad regnum pervenire queat. Eum refert & sequitur Andreas Knichen *in Commentar. de Saxon. non provoc. jur. c. 3. num. 51. cumseqq.* Idem tenent *Molinæus in Commentar. ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 8. gl. 1. quæst 11. num. 55. Bod. in lib. 6. de Republ. c. 5. num. 714. Nicolaus Betsius in tract. de pacti famil. illustr. c. 8. pag. 468. Hunnius d. lib. 3. var resol. tract. 1. q. 15. sum. 4. Ioan. Cammannus disput. 4. de jurib. majestat. thes. 29. cum seq. Thomas Michael. in disput. de jurisdict. th. 132. Gerlac. Buxtorff. ad Auream Bull. c. 7. conclus. 85. lit B. Ioan. Schr. terus diatrib. de mistic. decad. 6. quæst. 8. Andr. Gerhard. ad cap. 7. Aur. Bull. apud Arumæum Discurs. Acad. 21 th. 11. & seq. Quirin. Cubach. d. lib. 2. Iurispr publ lib. 2. c. 31. num. 11. Marti. Rumelin. d. dissertat. 6. ad Aur Bull. th. 5. ibique Speidel. in addit. ad lit. a. pag. 172. Wurmser. in exercit. juris publ. 2. quæst 14. pag. 79. Petr Greg. libr. 7. de Republic. cap. 1 Covaruv. libr. 2. variarum. resolut. cap. 8. numer 5. vers. tertiò opinioni, &c. ubi utramque in partem plures adducit.*

Huic decisioni nihil refragatur *l. si senator 11. C.* 157
de dignitatib. lib. 12. ex cujus principio apparet; si quis filium procreaverit, antequam senator factus sit, eum hominem privatum & plebeium, non verò filium senatoris esse. *Nam (rejectis diversis aliorum conciliationibus, Duareni lib. 2. disputat. anniversar. cap. 29. & Pacii cent. 1. ἐναντιοφανῶν. quæst. 39.)* lex ipsa de speciali quodam senatorum privilegio intelligenda est, scilicet de immunitate functionis glebalis, id est, pensionis, quæ ex possessionibus ærario infertur: à quâ pensione & canone immunes sunt senatores, & eorum liberi. *l. 2. C. de pretorib. & honore preturæ, &c.* Veruntamen ab isthac functione glebali immunes non censentur senatoris filii, qui nati sunt, antequam pater senatoriam dignitatem suscepisset. Atque illud est, quod *in d. l. si senator. 11. in princ. C. de dignitatib.* rescribitur; privatos esse senatoris filios, id est, plebejos,

plebejos, qui editi sunt, priusquam pater senator esset: *quemadmodum ex Cod. Theodosiano istam legem interpretatur Cuiacius ibidem, eumque referens Dn. Collega Bocer. in tract. de regalibus cap. 2. num. 11.* Sic decurionis filius, ante patris decurionatum natus licèt dignitate patris gaudeat: non tamen omnibus sui patris privilegiis lætatur, *uti arguit textus in dict. l. 2. §. in filius. vers. & quidem quantum pertinet. ff. de decurionibus.* Sic quoque illustrium virorum filii, ante dignitatem parentum editi, quamvis dignitate paternâ potiantur: non tamen à curiali conditione & functione liberi pronunciantur. *l. Dobius. 63. §. 1. & l. seq. l. penult. & ult. C. de decurionibus. libr. 10.* nisi quædam familia ex speciali privilegio conditione & functione istâ, libera reperiatur, *d. l. neque Derotheum. 61. C. eod.* Cùm ergò de speciali duntaxat functione, nimirum curiali, prædictæ leges agant: malè inde colligitur, quòd illustris filius non sit, qui ante illustrem patris dignitatem est
158 natus. Verùm ut omnis difficultas removeatur faciliùs, dicendum videtur: quòd filii, ante patris dignitatem suscepti, fruantur quidem eâdem dignitate, maximè quoad pœnas quasdam evitandas; non autem, quoad onera publica sustinenda: & de pœnis evitandis est textus *in dict. l. 2. § 2. ff. de decurionibus. & in severam. 10. C. de dignitatib. D. Bocer. d. tract. de regalib. c. 2. num. 13.* Ad alia, quæ opponi nostræ sententiæ solent, respondent Arnisæus & Hunnius *locis praallegatis.* De eâdem quæstione vide quoque latè disputantem Erasmum Ungepaur. *exercit. Iustin. 2. quæst. 13. pag. 69. & seqq. edit. ult. nec non D. Befoldum in delibatis juris, ex lib. 1. Pand. tit. 9. de senatorib. num. 39. pag. 135. & seqq.* itemque Ieremiam Reusnerum *in methodo juris feudalis disp. 6. th. 54.*

159 Quanquam pòrrò jure civili liberi utriusque sexus succedunt. *Novell. 118. cap. 1. § item vetustas. 15. infr. hoc tit. & attigimus suprà num. 57.* jure tamen feudali regulariter masculos tantum, non etiam fœminas succedere, indubitatum est. *tit. 1. §. hoc autem notandum. 3. & tit. 8. de successione feudi. §. filia verò libro 1. feudor. t. 11. de successione fratrum. §. 1. vers. ad filias verò. & tit. 50. de naturâ successionis feudi. lib. 2. feud.* Hujusque multiplex affertur ratio: Tum
160 quia fœmina ab omnibus civilibus officiis remota est. *l. 1. §. 1. & l. 2. §. 1. ff. ad Senatusconsultum Vellejan. l. 2. ff. de regul. jur.* nec militaria munera sive servitia (ob quæ concedi feuda solent. *tit. 24. §. item qui dominum. lib. 2. feudorum.*) obire, & dominum armis in pugnâ juvare & defendere potest. *Bald. in l. ult. num. 1. & 7. C. de suis & legit. Roland. à valle consil. 41. num. 11. vol. 4. Iacobin. de S. Georg. in tract. de feud. in verb. Marchio in Italia. num. 4. Alexander consil. 10. viso instrumento. num. 2. vers. sed præmissis. vol 5. Cravett. consil. 6. num. 77. volum. 1. Borcholt. de feud. cap. 1. num. 19. Vult. lib. 1. de feud. cap. 4. num. 3. & cap. 9. num. 26.* Quò spectat, quod Homerus tradit *lib. 6. Iliades*: Telam & colum, & ancillarum curam, esse mulierum propria; bella autem virorum, his verbis:

> ἀλλ' εἰς οἶκον ἰοῦσα, τὰ σαυτῆς ἔργα κόμιζε,
> ἱστόν τ' ἠλακάτην τε, καὶ ἀμφιπόλοισι κέλευε
> ἔργον ἐποίχεσθαι, πόλεμος δ' ἄνδρεσσι μελήσει
> πᾶσι.

Et illud Ovidii *lib. 12. Metamorph.*

> ———————————— *Columq;*
> *I cape cum calathis, & stamina pollice torque:*
> *Bella relinque viris.* ————

Item illud Virgilii *lib. 7. Aeneidos*:

> *Bella viri pacemque gerant, queis bella gerenda.*

Tum quia ratione verecundiæ naturalis, ac honestatis publicæ, mulier cœtibus virorum, maximè si illustris fuerit, immiscere se non potest, *arg. l. 1. §. secundo loco. 5. ff. de postuland. l. si qua illustris. 5. C. ad SC. Orfit. l. optimam. 13. vers. cùm itaque C. de contrah. & commit stip. Bl. in d. l. ult. num. 7. C. de suis & legit. Borch de feud. d. c. 1. num. 19. Schurer. in tract. de hered. quæ ab intest. defert. t. 9. Plebst. disp. feud. 7. th. 34. sub. lit. a.* 161
Tum quia ob sexûs imbecillitatem seu fragilitatem (propter quam multis casibus supposita & objecta est, *d. l. 2. §. verba. ff. ad Senatusconsultum Vellejan.*) & futilitatem levitatemque naturalem, secreta domini sibi commissa retinere, adeòque ea præstare nequit, quæ fidelitatis forma, feudorum jure præscripta, à vasallo exigit. *tit. 5. 6. & 7. lib 2 feudor. Curtius junior de feud. part. 3. membr. 1. num. 1. Decian. consil. 58. num. 45. & 48. Sonsbecc. in Commentar. ad usus feud. part. 9 num. 120. Vultejus dict lib. 8. de feud. cap. 9. num. 26. Gregorius Rolbagius in certaminis masculo fœminei acie virili. cap. 13. num. 13. & cap. 13. n. 9. pluresq; alii ab eis relati.* A quo non multùm abludit Johannes Posthius, *part 5. delitiar. Poëtarum Germanor. illustr. pag. 224.* ita canens: 162

> *Quàm vaga, quàm levis est pictarum turba volucrum,*
> *Liberior magnum quæ per inane volat:*
> *Tam leve, tamq; vagum genus est muliebre; nec ullis*
> *Legibus adstringi carceribusq; potest.*

Ut & Johannes Sprengius *part. 6. delitiar. Poëtar. Germ. illustr. pag. 305.*

> *Fœmineo generi nemo concredere quidquam*
> *Audeat: inconstans & leve pectus habet.*
> *Omnia nosse cupit mulier: secreta revelat:*
> *Et, nisi quod nescit, nil retinere potest.*

Tum etiam quia feudi successio pendet à domini concedentis voluntate, quæ verisimiliter hæc est: ut soli masculi in feudum succedant. *D. Bocer. class. 5. Disput. 18. thes. 13. sub lit. a. edit. 2. & in tract. de jure succedendi in feudum. cap. 3. quæst. 3. pag. 125.* 163
Tum denique quia vasallus inter pares ejusdem curiæ judicare debet, *secundum cap. un. de controvers. feud. ap. par. termin. titul. 16. lib. 2. feudor. & cap. un. an apud judic. vel cur. domini quæst. feud. deb. term. titul. 46. lib. 2. feudor.* à quo tamen officio fœminas publicâ 164

lege remotas constat. d. l. 2. ff. de reg. jur. l. fin. C. de
recept. arbitr. Wilhelmus Fornerius Aurel. in Com-
mentar. feud. sub tit. diversa filior. parent. succed. ge-
165 nera. vers. jure civili filia, &c. Quamvis ergo filia
vasalli armis adsueta, & militiæ dedita sit: in feu-
dum tamen succedere nequit: sicuti (contra An-
dream de Isernia ad tit. 1. §. hoc autem notandum. nu-
mero 20. & tit. 8. de successione feudi. §. hoc quoque. li-
bro 1. feudor. & Hieronymum Gurzon. in tract. de fœ-
min. ad feud. recip. col. 24. vers. vigesimò primò, &c.)
Doctores communiter existimant: Martinus Lau-
dens. Matthæus de Afflict. Leriottus & Alvarott. in §.
& quia, de his, qui feudum dare poss. tit 1. libro 1. feu
dor. Petrus Ravennas in §. hoc autem notandum. eo-
dem titul. Zasius in epitom. feudal. part 8. de feudi suc-
cessione. n. 36. Ioann. Thomas de Marinis. titul. 11. de
feudo fœmineo. num. 22. & hos, aliosq; referens Hart-
mannus Pistoris lib. 2. quæstionum jur. quæstion. 34. nu-
166 mer. 3. Neque juvat dissentientium opinationem,
quòd lex de his constituitur, quæ frequenter, non
quæ rarò contingunt. l. 3. & trib. seqq. ff. de legibus.
proindeque dicendum; sub lege feudali, quâ arcen-
tur à successione feudi fœminæ, non intelligi fœmi-
nas armis adsuetas. Cùm enim legis illius feudalis
ratio sit non modò, quòd fœmina ad militiam &
arma minùs apta est: sed & quòd consilia domino
suggerere, & secreta ejus conticere nequit: quæ duo
etiam sub fidelitate feudalitià continentur, titul. 5.
6. & 7. libr. 2. feudor. patet inde luculenter, quòd
mulier armis adsueta succedere lege feudali prohi-
beatur. D. Bocer. in tractat. de jure succedendi in feud.
cap. 3. quæst. 31. in fine. Henric. à Rosenthal. in tractat.
167 totius jur. feudal. cap. 7. conclus. 14. numer. 14. Licèt
prætereà feudum generaliter sit concessum primo
acquirenti, & ejus heredibus: attamen filia primi
acquirentis, ut quæ hac concessione non compre-
168 henditur, in feudum non succedit. In feudis enim
appellatione heredum intelliguntur tantùm heredes
feudales, qui mares sunt, non fœminæ, per textum
expressum in titul. 13. de alienatione feudi. §. etsi clien-
tulus. libr. 1. feud. & titul. 34. de lege Corradi. § simi-
liter. libro 2. feudorum. Forsterus libro 3. de successioni-
bus. cap. 24. numer. 4. & seqq. Fachineus libro 7. con-
troversiar. jur. cap. 3. 4. 7. 42. & 43. Mynsinger. cen-
tur. 5. observat. 72. numer. 6. Hænon. Disput. 12. sub
controversia. 5. Zasius consil. 11. numer. 5. & consil. 13.
numer. 25. volum. 1. Decian. consil. 45. numer. 14. vo-
lum. 2. Besold. & Wiebel. in Dissertat. de jure mulier.
169 singular. part. 2. conclus. 75. & seqq. In tantùm au-
tem à feudi successione fœmina excluditur: ut ne-
que illo casu, quo feudum alicui, & heredibus ejus
quibuscunque datum fuit, admitti videatur: cùm
appellatio heredis, jure feudorum ad filios duntaxat
vasalli pertineat, ut modò ostensum: & dictio, qui-
170 buscunque, restringenda sit ad personas habiles, &
intelligenda juxta materiam subjectam, argum. l.
ult. & ibi gloss. C. sine censu vel reliquis fundum com-
parari non posse. l. 2. ibi, unusquisque. C. de SS. Eccle-
siis. l. 1. ibi, quibuscunque. ubi gloss. C. de fide instru-
mentor. cap. 1. § ultim. de jurejurando. in 6. Baldus in
cap. 1. §. donare. num. 4. qualiter olim poterat feudum
alienari. titul. 9. libro 2. feudor. & ibidem Martinus
Laudens. Præpositus & Schenck Baro. Alexander con-
sil. 30. num. 11. volum. 1. Cornous consil. 199. num. 69.
volum. 2. Rubeus consil. 110. numer. 9. Decius consil.
171. numer. 6. & consil. 185. vers. secundò respondetur.
& consil. 193. numero 5. in fin. & consil. 208. num. 11.
Beccius consil. 101. numer. 38. Cephalus consil. 2. num.
15. Barbat. consil. 63. numer. 11. lib. 1. Menoch. consil. 1.
numer. 456. Zasius dict. epitom. feud. part. 8. num. 61.
vers. quod autem, si feudum. Vultejus dict. libro 1. de
feud. cap. 9. numer. 29. in fine. D. Bocer. d. tractat. de
jur. succed. in feud. cap. 3. quæst. 39. At quia longo 171
usu, communique applausu recepta est opinio eo-
rum, qui feudum hereditarium esse volunt, quoties
in investiturâ heredis facta est mentio: ac proinde
illud etiam ad fœminas, & quoscunque alios here-
des transire, asserunt: certè ab isthac opinione in
praxi recedendum non erit. Eamque comprobarunt
Baldus sibi non constans in leg. 1. quæst. 45. & 48. ff. de
rerum divis. & in cap. in præsentia. numer. 20. de pro-
bat. & in cap. 1. in princ. numer. 19. de prohibit. feudi
alienat. per Fridor. Curt. Iun. in tractat. feud. part. 3.
numer. 62. Iason in leg. 2. num. 198. Cod. de jur. em-
phyteut. Albertus Brunus consil. 16. vers. quintus est
etiam casus. Socin. senior. consil. 297. volum. 2. Socin.
junior. consil. 72. numer. 23. volum. 1. Gozadin. con-
sil. 6. numer. 43. & consil. 8. num. 25. Roland. à val-
le consil. 3. numer. 65. & consil. 60. numer. 49. & con-
sil 96. numer. 37. volum. 1. & consil. 79. numer. 34. vo-
lum. 2. & consil. 1. numer. 47. volum. 3. Riminald. con-
sil. 65. numer. 19. Cravett. consil. 256. Bursat. consil. 22.
volum. 1. Molineus in addit. ad Alexandrum. dict. con-
sil. 30. numer. 15. volum 1. & consil. 195. numer. 4. vo-
lum. 6. Fachineus dicto libro 7. controversiarum jur.
cap. 6. Ioann. Baptista à Villalobos in communibus opi-
nionibus lit. F. numer. 2. & Soarez. in thesaur. recept.
sent. lit. F. num. 99. aliiq; plures, quos referunt & se-
quuntur Ludolphus Schraderus in tractat. feud. part. 7.
cap. 3. n. 1. & Hartm. Pistoris lib. 2. quæst. jur. quæst. 1.
num. 39.

De feudo franco, id est, à servitiis libero, an in 172
illud filia succedat, mirè controvertitur? Et quam-
vis opinionem affirmativam amplectantur Baldus in
cap. 1. §. & quia. numer. 19. de his, qui feudum dare
poss. titul. 1. lib. 1. feudorum. Roman. singulari 178. in-
cipiente, hodie fœmina. &c. & consil. 33. & consil. 367.
n. 12. Alexand. consil. 29. numer. 1. & dict. consil. 30.
numer. 24. volum. 1. Wurmser. de feud. observat. 14.
vers. sicut etiam videmus. Paris de puteo, de reinte-
grat. feud cap. 108. num. 7. Ruin. consil. 24. numer 9.
vers. & similiter. & consil. 38. num. 7. volum. 1. Grat.
consil. 9, numer. 155. vol. 1. Iul. Clarus in §. feudum.
quæst. 74. num. 7. & alii memorati & probati à Vultejo
libr. 1. de feud. c. 9. num. 41. pagin. 410. & Hartmanno
Pistor.

Pistor. dict. libr. 2. quæst. 34. num. 29. 33. & seqq. con-
trariæ tamen sententiæ, ut pote de jure veriori, sub-
scribunt, *Martinus Laudensis in dict. cap. 1. §. & quia.
num. 29 de his qui feud. dare poss. Iacob. de S. Georg. de
feud. super verb. & fœminis. num. 5. Duar. de feud. c. 10.
num. 7. Hanneton libro. 2. feud. c. 8. Franc. Curtius
Iunior in tract. feud. parte. 3. num. 5. Zasius dict. epitom.
feud. part. 8. num. 44. Schrader. dict. tractat. feud. part.
7. cap. 4. num. 11. Borcholt. de feud. cap. 7. num. 68.
Henricus à Rosenthal. in synopsi juris feud. cap. 7. con-
clus. 87. & d. tract. totius jur. feud. c. 7. conclus. 34. num.
10. cum seq. D. Bocerus prædictâ class. 5. Disputat. 18.
thes. 13. ad lit. d. & d. tract. de jur. succed. in feud. c. 3.
quæst. 29.* Ejusque ratio non difficilis aut obscura
est: Tum quia generaliter placitis feudorum defi-
nitum est, fœminas à feudi successione arceri. *dict.
tit. 1. §. hoc autem notandum. & dict. tit. 8. §. filia. libr.*
173 *1. feudorum. cum similibus suprà citatis.* Generali au-
tem regulæ inhærendum est, donec ejus exceptio
demonstretur, *arg. l. ab ea parte. 5. ff. de probationib.
l. filius quoque. 4. §. puto. ff. de heredibus. instituend. cap.
ad decim. 2. in fin. de restitut. spoliat. in 6. Decius in l. 1.
num. 7. de regul. jur. Tiraquell. in tractat. de utroque*
174 *retract. part. 1. §. 1. gloss. 9. num. 211.* Tum quia feudo-
rum in libris duæ tantùm exceptiones proponuntur,
quibus etiam fœmina ad feudi successionem admit-
titur. Prima est: si eo pacto specialiter datum sit
feudum, ut & filia sive fœmina in illud succedat.
*dict. tit. 1. §. hoc autem. & d. tit. 8. § filia lib. 1. F. &
tit. 11. §. ad filias. & tit. 50. in princ. lib. 2. feudor.* Altera:
si feudum sit fœmineum, id est, à fœminâ primò ac-
quisitum. *tit. 30. in princ. & dict. tit. 50. in pr. lib. 2.
feudor. Schrader. d. [illegible]t. 7. cap. 4. num. 48. & Borcholt.
dict. cap. 7. num. 69. pag. 158. quibus in locis plures alle-*
175 *gant.* Unius autem, vel alterius casus exceptio, est
reliquorum omnium casuum inclusio. *l. quæsitum. 12.
§. idem respondit, domo instructa. 43. ff. de instructo, vel
instrument. legat. l. cùm prætor. 12. in princip. ff. de ju-
dic. l. nam quod liquida. 4. §. fin. ff. de penu legatâ.* Tum
quia licèt feudum francum in eo, quòd à servitiis li-
berum est, à communi feudorum natura recedat;
eandem tamen in cæteris retinuisse, existimandum
est. *tit. 48. & tit. 26. §. penult. lib. 2. F. Zasius d. Epi-
tom. feud. part. 12. num. 3. Sonsbec. in Commen. ad usus
feud. part. 4. num. 6. Curtius junior dict. tract. feud:
part. 1. quæst 6. Molineus in consuetud. Paris. tit. 1. §. 30*
176 *num. 100. in fine.* Tum etiam quia non ea solum-
modò causa est, cur mulier à successione feudi remo-
veatur: quòd ipsa dominum armis juvare in bello
non possit: sed & alias ejus rei esse causas, jam su-
pra expositum est, *num. 160. & seqq.* Quamvis er-
go feudum à servitiis sit liberum: haud tamen li-
berum putatur ab aliis oneribus, vasallo incumben-
tibus, quæ sub formâ fidelitatis comprehenduntur,
in tit. 5. 6. & 7. lib. 2. F.

Hanc decisionem negatam non evertit textus *in
tit. 104. casus, quibus fœmina in feudo succedit. in
capitulis extraordinariis.* ubi in fine principii ex-
pressè fœmina ad feudi successionem admittitur,
cùm id sic datum est, ut nullum pro eo servitium
fiat. Nam extraordinaria ista capitula in expli- 177
cando quidem jure feudorum dubio, alicujus mo-
menti esse possunt: at cum reliquis duorum libro-
rum juris feudistici titulis parem authoritatem non
habent: sed apocrypha & suppositia appellitantur,
adeòque authentica esse negantur. Ideoque contra
juris feudorum placita, aut eorum rationes allega-
ri nequeunt: *ut, post Bald. ad tit. de successione fra-
trum. §. ad filias. libr. 2. F. sentit Alexander consil. 29.
in fin. vol. 1. Iacobinus de S. Georgio in tract. de feudis.
in verb. & fœminis. num. 5. Curt. Iun. eodem tract.
p. 3 memb. 1. num. 5. vers. nec obstant, &c. & num. 14.
& Duarenus in Commentar. in consuetud. feud. cap. 10.
num. 7.*

Similiter nihil resistit, quòd fœmina à feudi suc-
cessione arceatur, eò quòd servire feudum non va-
leat, *per textum in tit. 36. an mutus vel aliàs imper-
fectus feudum retineat. in fin lib. 2. F.* ut proinde si 178
liberum sit feudum, nullique servitio obnoxium,
ad feudi successionem fœmina admitti debeat. Ete-
nim servire feudum non tantùm est, armis juvare
dominum in bello, aut quod aliud manuarium mi-
nisterium illi præstare; sed & fidem, consilium &
taciturnitatem ei exhibere: *quemadmodum arguit
forma fidelitatis proposita sub d. t. 5. 6. & 7. lib 2. feudor.*
Cùm autem fœmina ob sexûs fragilitatem inops sit
consilii: & propter loquacitatis, garrulitatis, [illegible]u-
tilitatis vitium, ne secreta domini pandat, suæque
fidei commissa atque concredita propalet, vehemen-
ter metuendum sit: meritò à feudorum successio-
ne eliminatur, & repellitur.

Nihil item adversatur, quòd ubi plures sunt dis- 179
positionis alicujus causæ, cessante eâ, quæ inter il-
las est potissima (qualis in proposito est servitium
manuarium, & quidem militare) cesset etiam dis-
positio, *argum. c. quoniam. 5. §. porrò. & §. si autem.
ext. ut lite non contestatâ non procedatur ad testium re-
ceptionem, &c.* Quandoquidem illud obtinet, si
cæteræ causæ sint merè accessoriæ: quia semper
ejus, quod principale est, ratio habetur, non etiam
ejus, quod accessoriè & secundariò sive in conse-
quentiam venit, *l. 1. ibi, prima enim ratio, &c. ff. de
auctorit. & consens. tutor. cum similibus, collecta à Ti-
raquello in tractatu regula, cessante causa, cessat effe-
ctus. limitat. 22. num. 22. & seq.* Quando autem cæ- 180
teræ causæ etiam per se, vel conjunctim necessariò
considerantur; licèt potissima cesset causa: non
tamen cessat effectus, *arg. §. affinitatis. 6. & §.
seq. J. de nuptiis. & l. si non lex Aelia Sentia. 83.
ubi Bald. & Iohan. de Imol. ff. de heredib. insti-
tuend. Nicol. Everard in locis legalib. in loc. à cessatione
rationis. num. 5. vers. secundò istiud limitatur, &c.*

 Cùm

Cùm ergo, præter servitia manuaria, vasallus domino suo etiam fidem, consilium & taciturnitatem debeat: in tantum, ut his non præstitis, feudum amittat: mulier verò, propter sexûs imbecillitatem, mentis inconstantiam, & futilitatem naturalem isthæc præstare non valeat: certè nec in feudum francum succedete poterit. Adde, quòd, licèt esset in feudo franco servitium: non tamen cessat primi concedentis voluntas, qui tribuendo feudum masculo, voluit: ut in id mares duntaxat, non etiam fœminæ succederent.

181 Ex modò allatis & declaratis pendet quoque decisio illius quæstionis: an fœmina patri suo succedat in feudum, pro quo servitium ejusmodi est præstandum, quod fœmina non minùs decenter & commodè, quàm masculus, explicare posset. Quamvis enim *in extraordinariis capitulis, dicto tit. 104. ca sus. quibus fœmina in feudo succedit.* fœmina ad hujusmodi feudum aspirare valeat, non tantùm si fuerit sola, sed & si cum fratre concurrat: attamen eidem jus succedendi etiam in tale aliquod feudum placitis feudorum denegari, abundè evincunt rationes, paulò antè in patrocinium proximæ quæstionis adductæ, & refutatio argumentorum, quibus Doctores opinionem suam affirmatam fulcire & confirmare conantur *Atque ita sentiunt Andreas de Isern. ad tit. 23. in quib. caus. feud. amitt. lib. 2. F. Curt. Iunior in tract. feud. part. 3. num. 12. Zas. in epitome feud. part. 8. num. 49.* Duaren. *de feud. d. c. 10. num. 7. Schraderus de feud. d. part. 7. cap. 4. num. 10. D. Bocerus d. class. 5. Disput. 18. th. 13. ad lit. o. aliiq. ab his allegati.* Tametsi plerique alii contradicant, *quos referunt & sequuntur Hartmannus Pistoris d. lib. 2. quæstionum jur. q. 34. num. 17. & Vultejus d. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 42.*

182 De feudo emptitio, an in hoc fœmina succedat, non levis etiam est Doctorum nostrorum contentio? Et sanè non desunt, qui in eo fœminam succedere opinantur, *Odofredus in sua summâ. tit. qui poss. succed. in feud. Iason in l. 1. numer. 51. C. de jure emphyteut. conf. 57. num. 3. vol. 1. Roman. cons. 367. num. 12. & ibid. Mandes. in addit. & singul. 184. Ruinus cons. 18. numer. 18. vol. 1. Gozadin. cons. 9 numer. 55. & cons. 56. numer. 19. Campeg. inter Brun. consil. 11. numer. 7. Bologn. cons. 9. numer. 55. & cons. 10. numer. 47. Natt. cons. 216. num. 3. & seq. vol. 1. & cons. 393. num. 8. vol. 2. Roland. à Vall. consil. 2. num. 3. & 33. & cons. 48. num. 7. & cons. 90. num. 13. vol. 4. Anton. Rubeus cons. 110. num. 3. Decius cons. 208. num. 2. & consil. 269 num. 4. & cons. 424. num. 14. & consil. 398. num. 14. Cephal. cons. 3. num. 115. & cons. 173. num. 8. Decian. cons. 58. num. 50. Matthæus Gribald. in thesaur. commun. opin. lit. F. in verb. in feudo empto. Schürerius in tract. de heredit. quæ ab intest. defer. titul. 9. limitat. 5. Iul. Clarus lib. 4. sententiar. §. feudum. quæst. 73. numer. 6.* ubi hanc opinionem sibi magis placere, magisque communem & veriorem esse dicit. Atque tandem, ut de jure veriorem, ac melioribus fundatam rationibus, judicando sequendam, & secundùm eam in Camerâ Imperiali judicatum & observatum esse, testatur *Andreas Gail. lib. 2. observ. 159. num. 5. vers. & hanc partem affirmativam, &c.* Verùm ego cum aliis non contemnendæ auctoritatis Interpretibus longè tum verius, tum receptius esse censeo, fœminam neqnaquam succedere in feudo empto. Tum quòd generaliter fœmina in feudum succedere jure feudorum vetatur, duobus casibus exceptis, quorum superiùs *num. 174.* mentio facta est: inter quos hic non reperitur. Tum quòd fœmina præstare ea nequit, quæ forma fidelitatis à vasallo desiderat atq; exigit. Et licèt feudum pecuniâ comparatum, ob id, quòd contra communem feudorum naturam gratuitum non est, improprium videri possit: in reliquis tamen, quæ de naturâ feudi esse dicuntur, sicque etiam, si de ejus successione quæratur, propriam suam naturam retinet, per tritam illam ac vulgatam regulam: quòd feudum in unâ sui parte alteratum, 183 in cæteris suam naturam retineat, *Secin. in l. Gallus. 19. §. & videtur. 12. in verb. etiamsi parente. col. 2. vers. quam conclusionem limita. ff. de liber. & posthum. heredib. instit.* Quòd autem Doctores præallegati pro confirmatione suæ opinationis afferunt; feudum emptum esse instar bonorum allodialium, atque in eo succedi jure contractûs emptionis-venditionis, non jure feudi: id ipsum est, de quo quæritur, & (*ut Logici vocant*) petitio principii, & probatur incertum per æquè incertum: imò verò jam non feudum, sed allodium esset dicendum. Huicque sententiæ subscripserunt non inviti *Andreas de Isern. Martinus Laudens. & Præpositus num. 61. in d. c. 1. §. & quia de his, qui feud. dare poss. in usibus feud. Zas. in epit. feud. part. 8. num 37. & part. 12. num. 21. Hanneton. lib. 2. de feud. cap. 8. Sensbeec. in Commentar. ad usus feud. part. 9. numer. 122. Pistoris. lib. 2. quæst. 34. num. 8. & q. 38. n. 47. Molin. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 30. n. 100. Menoch. cons. 1. n. 427. & cons. 443. n. 69. Alciat. respons. 170 n. 3. Wesenbec. cons. 2. numer. 91. Mynsinger. cent. 5. observ. 73. Borcholt. de feud. cap. 7. n. 65. Garzon. in tract. de fœmin. ad feud. admitt. &c. restrict. 6. Kirchovius in thes. commun. opin. cent. 3. conclus. 46. num. 14. Schrader. in tract. feud. part. 7. c. 4. n. 5. Vultejus lib. 1. de feud. cap. 9. n. 44. aliiq. plures ab iis relati.* Quibus etiam novissimè accedunt *D. Bocerus d. class. 5. Disput. 18. thes. 13. lit. f. & copiosius d. tract. de jure succed. in feud. cap. 3. q. 26. Gothofredus Antonius Disput. feudal. 6. thes. 1. lit. f. Nellius disput. feud. 5. thes. 3. sub lit. a. & D. Wolff in Prodromo responsor. & consilior. jur. n. 212. & multis seqq.*

De feudo item ligio (quod à ligando ita dictum 184 videtur: quia id habens arctiore fidelitate domino suo obligatus & obstrictus est, adversus omnes homines, *Alvarott. in proœm. feud. n. 32. Duaren. de feud. cap. 4. n. 3. Sensbecc. in d. Comme. tar. ad usus feud. part. 4. num. 26.*) an in eo succedat fœmina, variant Interpretes? Affirmativam certè partem secuti sunt numero non pauci, *Curtius jun. in tractat. feud.*

*feud part.1. quæſt.8. num.26. Iohannes Ferrarius Mon-
tanus lib.1. feudor. cap.6. verſ. ſextam ſpeciem. Thomas
de Marin. titul.11. de feudo fœmineo. num.24. Alexand.
conſil.30 numer.2. vol.1. Alciat. reſponſ.176. num.3.
Forſter. lib.4. de ſucceſſionibus ab inteſtat. cap.23. nu-
mer.58. Decius conſ.139. num.1. Ripa reſponſ.1. n.75.
vol 1. Gozad. conſ.56. num.21. Socin. jun. conſ.77. nu-
mer 11. vol.1. & conſ.1. numer.36. vol.4.* Sed neque
iſtud feudum ad filiam ſive fœminam eſſe tranſito-
rium, arguunt ſufficienter rationes ſuprà propoſitæ,
*& idem luculenter tradunt Menochius conſil.1. n.473.
vol 1. Borcholt. de feud. d. cap.7. numer.70. Schrader.
d. tract. feud. part.7. cap.4. num.9. Roſenthal. in ſyno-
pſi juris feudal. cap.7. concluſ.101. & in tractat. totius
jur. feud. cap.7. concluſ.34. num.12. D. Bocer. d. tract.
cap.3. quæſt.30. Vultejus d. lib.1. de feud. cap.9. num.
43. Gothofred. Anton. d. diſput. feud.6. th.1. ad lit. d.*
185 *aliiq; per hos deſignati.* Nec affirmantium opinio-
nem tuetur, quod ajunt: ligii vaſalli non modò per-
ſonam, ſed & bona omnia poteſtati & juriſdictioni
domini ſubjici: ac proinde juſtum eſſe, & æquum,
ut in hoc feudum etiam fœminæ ſuccedant: ne pro-
pius quoque vaſalli bonis priventur. Falſum nam-
que eſt, ligii vaſalli perſonam & bona etiam non
feudalia ſubmitti jurisdictioni ac poteſtati domini:
quippe cùm vaſallus ſubſit domino ratione tantùm
feudi, non generaliter in omnibus, *per text. in Cle-
ment. Paſtoralis. ibi, ratione regni. tit. de ſentent. & re
jud. item in tit.54. de allodiis. circa finem. ibi, pro quan-
titate feudi, &c. & tit. ſeq. § firmiter. lib.2. feudor. Bo-
cer. d. quæſt.30.* Enimverò ſi alicubi recepta ſit con-
ſuetudo, ut fœminæ in ligium ſuccedant feudum:
admittuntur etiam fœminæ vi conſuetudinis illius;
*uti tradiderunt Curtius Iun. d. tract. de feud. part.1.
cap.9. numer.26. Iaſon in prælud. feudor. num.11. Me-
noch. conſil.1. numer.474. Sonsbecc. in Commentar. in
uſus feudor. part.4. num.26. Roſenthal. d. tract. feudali.
cap.7. concluſ.34. num.12. aliiq; ab eo relati.*

186 Quemadmodum verò filia patri ſuo in feudum
non ſuccedit: ita nec ejus liberi maſculi in illud
ſucceſſionem ſibi vindicare poſſunt, *per textum ex-
preſſum in titul.1. §. hoc autem notandum. lib.1. F. &
titul.11. de ſucceſſione fratrum. §. ad filias. libr.2. F.
D. Bocer. d. claſſ.5. diſput.18. theſ.13. lit. b. edit.2.
D. Beſold. in tract. de ſucceſſ. reg. lib.1 diſſertat.12. num.
1. & 2* Cujus juris rationes hæ reddi ſolent. I. Quia
fœminâ ſemel à ſucceſſione feudi excluſâ, filii ex
eâdem nati, tanquam in alienam familiam, patris
ſcilicet ſui recepti, *l. familiæ.196. §.1. ff. de verbor. ſi-
gnif.* propter corruptam radicem non admittuntur.
187 Radice ſiquidem infectâ, infectum etiam cenſetur
omne id, quod ab eâ deſcendit, *argument. l.3. C. de
bonis matern. l.1. §. hujus rei ff. de officio ejus, cui
mand. eſt jurisd. l. tria prædia.31. ff. de ſervitut. ruſti-
188 cor. præd.* II. Quia impedimentum obſtans defun-
cto, obſtat ejuſdem etiam ſucceſſoribus: cùm ſuc-
ceſſor melioris conditionis eſſe non debeat, quàm
ipſius anteceſſor, *l. quod ipſis.143. ff. de reg. jur. d. l.3.
§. nam licèt. C. de bon. matern.* III. Quia nemo plus 189
juris in alium transferre poteſt, quàm ipſe habet. *l.
nemo.54. & l. nemo plus commodi.120. ff. de reg. juris.*
IV. Quia filius eo ipſo, quòd vult ſuccedere, ſurro- 190
gatur in locum matris. Atqui ſurrogatum ſapit na-
turam ejus, cujus in locum ſurrogatum eſt, *argum.
l. ſi eum.10. §. qui injuriarum. ubi Bartol. Bald. &
Iaſon. ff. ſi quis cautionibus in judic. ſiſtendi cauſ. fact.
non obtemp.* V. Quia ſucceſſiones fiunt non per ſal- 191
tum, ſed gradatim & ordine juris ſervato, *l.1. §. prius.
ff. de ſucceſſ. edict l. penult. ff. unde cognati. §. placebat.
7. infr. de legit. agnator. ſucceſſ. Erneſt. Cothman. con-
ſil.26. num.89. lib.1. Rittershuſ. d. expoſit. Novell. Iu-
ſtin. part.7. cap.1. num.12.* ideoque neceſſe eſt, ad hoc,
ut gradus ſequens admitti poſſit, gradum præceden-
tem ſucceſſionis eſſe capacem, *argum. l. meminimus.
15. C. de legitimis heredibus & l. Divo Marco.11. Cod.
de quæſtionibus.* VI. Quia deſtructo antecedente, 192
deſtruitur & conſequens, *argum. d. l.1. §. hujus. ff. de
offic. ejus, cui mandata eſt jurisd.* Nicol. *Everh. in To-
pic. legal. loc. à deſtruct. antecedentis, &c.* VII. Quia 193
in ſucceſſione fideicommiſſi ſi mater excluditur, ex-
cluſus quoque cenſetur ipſius filius, qui ex matris
perſonâ vult ſuccedere, *Iohan. Andr. in addit. ad
Speculat. de teſtament. in fin. Alexand. conſ.56. num.4.
vol.5. Corn. conſil.124. num.14. vol.2. Ruin. conſ.39.
num.11. & conſ.120. numer.13. vol.1. Grat. conſil.120.
num.11. vol.2. Natt. conſil.187. in fin. volum.1.* Argu-
mentum autem à fideicommiſſis ad feudum, rece-
ptum eſſe, oſtendit Menochius *conſil.89. numer.65.
lib.1. & conſil.400. num.42. lib.4. & Vultejus lib.1. de
feud. c.9. num.27. ubi hanc ſententiam pluribus Docto-
rum auctoritatibus confirmat.*

Inſignis & ſpinoſa, diverſisque diverſorum Inter- 194
pretum opinionibus utramque in partem quaſi flu-
ctibus agitata, quæſtio eſt: utrùm fœmina ſemel
per maſculum à ſucceſſione feudi remota, per-
petuò maneat excluſa: an verò, deficiente ma-
ſculo, jus adhuc ſuccedendi in feudum habeat?
Facti ſpecies talis ſit: Cajus Sempronium de
feudo aliquo inveſtivit, addito hoc expreſſo pa-
cto: ut ipſe Sempronius, & ejus deſcenden-
tes heredes maſculi & fœminæ id obtinere poſ-
ſint. Sempronius poſtmodum moritur, relictis
filio Pamphilo, & filiâ Julianâ. Pamphilus fi-
lius feudum illud ſucceſſione acquirit: adeo-
que ſororem ſuam Julianam excludit. Sed feu-
do acquiſito, Pamphilus poſteâ ſine liberis de-
cedit: proindeque Juliana in feudum iſtud ſuc-
cedere intendit. At Cajus, dominus feudi, morte
Pamphili ad ſe feudum reverſum; ipſamque Ju-
lianam per Pamphilum fratrem ſemel excluſam,
in perpetuum cenſeri excluſam & repulſam à feu-
di ſucceſſione, aſſerit. Quæritur modò, ecquid
feudi dominus Cajus ipſi Julianæ, an verò Ju-
liana Cajo, feudi domino, jure præferatur? Et 195
multi, iique magni nominis Juriſconſulti, tam
veteres, quàm recentiores, omnino exiſtimant:

in proposito themate Julianam Cajo præferri, sicque
fœminam per masculum à feudo semel exclusam,
non perpetuò intelligi à feudi successione remotam,
Iacobus de Belviso, Martinus Laudensis & Cujacius
in titul. 6. §. quin etiam. lib. 1. feudor. Iacob. de Ardi-
zone in summâ feud. part. 3. titul. de feudi success. vers.
unde videtur, &c. Petrus de Monte forti, quem refert
Matth. de Afflict. in d §. quin etiam. Sonsbecc. in Com-
mentar. ad usus feud. part. 9. num. 130. & seqq. Guer-
rin. Piso in prælud. feud. cap. 40. vers. quarta species.
numer. 27. Wesenbec. de feudis cap. 6. num. 23. Iul. Clar.
in §. feudum. quæst. 80. num. 2. Ioan. Fichard. in addi-
tionibus ad Ioannem Baptistam à Villalobos. libr. com-
mun. opin. lit. F. n. 60. Hartman. Pistor lib. 2. quæstion.
jur. quæst. 36. n. 5. & seqq. Rosenthal. in synops. feud.
cap. 7. conclus. 96. Vultejus lib. 1. de feud. cap. 9. num. 52.
& seq. Mynsinger. cent 5. observ. 74. n. 8. Forsterus lib. 3.
de successionib. cap. 14. in fine. Petrus Heigius. part. 1.
quæst 26. Loriott. in tit. de his, qui feud. dar. poss. §. &
quia. vers. sed dubium. Matth. Stephani cent. 3. q. 6.
ad lit. b. Hœnonius Disp. 12. sub controvers. 5. ad fin.
Iohan. Iacob. Plebst. disp feud. 7. thes. 42. Arumæus disp.
feud. 6. thes. 13. ilico Vmmius disp. de process. 18. in co-
roll. Rudinger. quæst. feud. 4. lib. 1. D. Besoldus lib. 1. de
regia success. dissertat. 11. numer. 17. & ibi in fine istius
Tractatûs Valentinus Veltzius in suo consil. per tot. edit.
2. Idem Besoldus part. 1. consil. 2. & part. 4. consil. 171.
num. 178 fol. 171. itemque part. 6. cons. 265. numer. 35.
cum seqq. fol. 63. Paulus Berens disputat. 8. ad Institut.
them. 1. quæst. 7. Niellius Disp. feud. 5. th. 4. sub lit. c. in
fine. Wurmser. d. exercit. 2. de jure publ. quæst. 12. pag.
196 71. & si qui sint alii, ab his allegati. Cæterùm senten-
tiam contrariam, quòd videlicet fœmina, propter
masculi existentiam à jure succedendi in feudum
semel exclusa, in perpetuum exclusa reputetur, o-
mnium ætatum Doctores & Feudistæ antiqui, mo-
derni (hoc est, mediæ ætatis Jurisconsulti) & recen-
tiores, numero ferè infiniti, Viri sanè legalis scien-
tiæ laude maximè conspicui & celebratissimi, in le-
cturis, consiliis, decisionibus & Disputationibus
suis amplexi atque tutati sunt: Andr. de Isern. Feu-
distarum auriga, Bald. num 3. Alvarott. num. 3. & 4.
Præposit. Afflict. Schenck Baro & Paulus Picus n. 12. in
d. tit. 6. §. quin etiam. libr. 1. F. Iohan. Blanc. in sum.
sub tit. de success. feud. vers. vel dic, quòd masculus, &c.
Odofred. in summa, sub titul. qui poss. in feud. succed.
Zas. in epit. feud. part. 8. numer. 58. Michael Graff. in
lib. sententiar. §. successio ab intestato. quæst 4. num 2.
Wilhelm. Hannetonius libr. 2. de jur. feud. cap. 9. sub
fin. Tiraquell. in repetitione l. si unquam. ad verb. su-
sceperit liberos. numer. 193. & seqq. C. de revocand. do-
nat. Gail. libr. 2. observat. 148. Francisc. Curt. jun. in
tractat. feud. 3. part. princip. in princ. numer. 32. vers.
vigesimo septimò quæro. Duaren. de feud. cap. 10. nu-
mer. 12. Ioan. Thom. de Marin. in tract. feud. titul. 11.
de feud. fœmin. numer. 38. & seq. Raphael Cuman.
consil. 99. incip. quadam possessio. volum. 1. Angel. de
Perusio consil. 321. incip. pro decisione. col. 3. Franc. de
Aret. consil. 50. incip. copiosè & eleganter. & consil. 158.
incip. viso puncto. col. fin. vers circa secundum. Stepha-
nus Wernandus consil. 276. incip. viso casu mihi exhi-
bito. Hugo Celsus consil. 26. incip cùm ex facto jus ori-
tur. numer. 48. Ioan. de Imola consil. 27. incip. viso
quodam instrumento. post medium. Ioan. Rubeus con-
sil. 57. incip. præsupponitur. num. 2. Franc. Bursat. con-
sil. 80. incip. dominus Ludovicus. num. 9. Claud. Can-
tium. consil 35. numer. 42. Ioan. Cephalus consil. 20. in-
cip. investiturs. Tiber. Decian. consil. 98. incip. vide-
batur prima fronte. num. 21. volum. 1. Iacob. de Rimi-
nald. consil. 678. incip. præsens casus. numer. 17. vol. 4.
Lud. Zanthus Parmensis in consil. suo pro uxore consil.
2. numer. 948. Anton. Henrichman. consil. 37. incip.
Wilhelmus quondam. tom. 3. Thom Grammat. decis. 63
incip. honorabilis. Marant. disput. 10. numer 15. & a-
lii, quorum longum catalogum recenter exhibuit Adria-
nus Gylmannus tom. 2. Symphorematu supplicationum.
part. 1. vot. 21. numer. 16. & seq. Quibus meritò et-
iam accensentur Ioannes Borcholt. de feud. c. 7. part. 2.
numer. 36. Schrader. tractat. feud. part. 7. cap. 4. nu-
mer. 83. Mozz. de natural. feud. numer. 99. Menoch.
consil. 1. numer. 458. volum. 1. & idem consil. 400. nu-
mer. 15. volum. 4. Fachineus lib. 7. controversiar. jur.
cap. 45. D. Bocerus class. 5. Disput. 18. th. 16. edit. 2 &
idem exquisitiùs in tractat. de investitura feudi. cap. 5.
n. 62. cum multis seqq. & in tractat. de jure succed. in
feud. cap. 3. quæst. 4. Andreas Knichen pars. 1. de vesti-
turarum pactionibus. cap. 3. numer. 23. & pluribus sub-
seqq. Ioan. Georg. Majer. in Synops. Iurisprud. Benefi-
ciar. sect. 3. cap. 9. reg. 33. pag. 66. & Gothofredus An-
tonius Disputat. feud. 5. thes 6. ad lit. a. Quorum o- 197
mnium traditio cùm non solùm communissima sit
& receptissima: verùm etiam solidissimis urgentis-
simisque argumentis & rationibus (quas mox ordi-
ne percensebo) suffulta; ab eâ in judicando mini-
mè recedendum esse, autumo, argum. l. 1. in princ.
ibi, sanè crebrior apud veteres opinio est. ff. de officio
quæstor. l. athletas. 4. in pr. ibi, & generaliter ita om-
nes opinantur. ff. de his, qui not. infam. l. ita vulnera-
tus. 51. in princip. ibi, dicitur vulgò ff. ad l. Aquil. l.
quod dicitur. 5. §. penult ff. de impens. in res dot. fact.
& l. 1. §. sed neq. 6. C. de vet. jure enucleando.

Primum autem argumentum sumitur ex textu 198
tit. 6. Episcopum vel Abbatem, &c. §. quin etiam lib. 1.
feudor. ubi JC. Feudista, Quinetiam, ait, si quis eo te-
nore feudum acceperit, ut ejus descendentes masculi &
fœmina illud habere possint: relicto masculo, ulteriùs
fœmina non admittuntur. In quo textu per dictio-
nem ulteriùs apertè ostenditur, quòd relicto & suc-
cedente masculo, fœmina nunquam ampliùs admit-
tatur. Est etenim ista dictio ulteriùs adverbium tem- 199
poris perpetuò exclusivum, ut arguit c. cùm accessis-
sent. 8. vers. fuit insuper. ibi, ne primiceriatus digni-
tas esset ulteriùs in Ecclesia. ubi Bald. ext. de constitu-
tionibus

tionibus & l. 3. in fin. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. & innuit, poſt alios, Tiraquell. in d. l. ſi unquam. in verb. revertatur. numer. 129. C. de revoc. donationibus, atque adeò eandem poteſtatem continet, quam vox *ampliùs* aut *deinceps*: & denotat privationem ſeu ſummotionem perpetuam, non ſuſpenſivam aut moratoriam: ſicuti dicitur de ſtipulatione, ampliùs vel deinceps non agi vel peti, *l. eadem dicemus. 4. §. Cato. ff. de verbor. obligationibus. l. ampliùs non peti. 15 & l. procurator. 23. ff. rem ratam haberi.* Nec movet quicquam, quòd cùm verbum illud, *admittuntur*, in textu poſitum ſit præſentis, non futuri temporis: ſecundùm hujus verbi tempus accipiendum quoque ſit adverbium *ulteriùs*:
200 proindeque de præſenti, non verò de futurâ ſucceſſione in feudum, textus ille intelligendus ſit: eò quòd qualitas adjuncta verbo, ſecundùm tempus verbi exaudiri debeat *l. in delictis. 4. §. ſi extraneus. ff. de noxalibus. ad l. Titius. 25. ff. de teſtamento milit. Alexand. conſil. 83. numer. 11. vol. 3. conſil. 5. n. 3. & conſil. 101. numer. 14. volum. 5. conſil. 29. numer. 6. conſil. 139 numer. 3. conſil. 143. in princip. conſil. 198. numer. 12. conſil. 207. numer. 10. & conſil. 227. num. 8. vel 6.* Nam quoties qualitas verbo adjuncta non patitur, ut ſecundùm tempus verbi illius intelligatur: toties fallit iſta regula, quæ habet, quòd qualitas verbo adjecta, ſecundùm tempus verbi illius ſit intelligenda, *argum. l. in ſubſtitutione. 31. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. c. ult. §. item opponitur. 22. quæſt. 2. c. Raynutius. 16. ext. de teſtament. Petrus Duennas in fallentiis regular. juris. ſub lit. Q. reg. 516. verſ. ſecundò fallit. & verſ. quintò, &c. Menoch. conſil. 225. numer. 16. & conſil. 227. num. 25 & 60.* Quare adverbium *ulteriùs* cùm ſit futuri temporis, propriâ ejus naturâ inſpectâ: juxta ejus genuinam proprietatem, verbum quoque illud *admittuntur* cenſendum erit. Reliqua, quæ tum ab Hartmanno Piſtoris. *d. lib. 2. quæſt. 36. numer. 25.* tum Hermanno Vultejo *d. lib 1. de feud. cap. 9. numer. 53.* contra communem & verum *prædicti §. quinetiam.* intellectum regeruntur: ſatis abundeque enervat & diluit D. Collega Boceru *d. tract. de inveſtiturâ feudi. c. 5. n. 64. & 66. item d. tract. de jur. ſucced. in feud. t 3 q. 4. nec non Andreas Knichen d. part. 1. de veſtiturarum pactionib. c. 3. n. 84. & ſeqq.*

201 Secundum argumentum ſuppeditat clauſula generalis *dicti tit. 6. §. ult. lib. 1. feud.* ubi Feudiſta inquit *Et hæc omnibus caſibus feudum amittitur, & ad dominum revertitur.* Ex quibus verbis indubitatè conſtat, quòd in iſto *tit. 6.* (ut & in proximè præcedenti) de caſibus agatur, quibus feudum amittitur, & ad dominum revertitur. Unus proponitur *in princ. & § 1. ejuſdem tituli*: duo autem *in d. §. quinetiam. & §. ultim.* Primus caſus eſt, quo feudum non ritè datum redit ad dominum: ut quia Prælatus Eccleſiæ in feudum res Eccleſiæ dedit, quæ antiquitùs dari in feudum non conſueverunt. Alter eſt, quo ſine liberis decedit vaſallus, per quem fœmina priùs excluſa fuit. Tertius eſt, quo vaſallus, quòd naturâ mutus eſt, feudum retinere non poteſt. Cùm igitur his caſibus omnibus feudum amittatur, & ad dominum revertatur: pluſquàm manifeſtum inde fit, quòd fœmina per maſculum priùs excluſa, eo mortuo, ad feudi ſucceſſionem in locum maſculi nunquam ampliùs admittatur. Qui enim feudum amittit: jus ſuccedendi in illud, ſalvum habere ampliùs nequit: cùm remoto ſubjecto, feudo ſcilicet & jure ſuccedendi in illud, removeatur etiam neceſſariò ejus adjunctum, ipſa nimirum ſucceſſio. Adhæc ſi feudum, à quo per maſculum fœmina fuit repulſa, eo maſculo ſine liberis defuncto, ad dominum revertitur: haudquaquam verè dici poterit, quòd fœmina iſta excluſa, ad illud regreſſum jure habeat.

Tertium argumentum tale eſt: Quicunque in 203
defectum alterius ad ſucceſſionem vocatur: is ſuccedente eo, cujus in locum vocatur, in tantùm excluditur, ut poſtea non admittatur ampliùs; licèt ille, per quem remotus ſemel fuit, poſtea deceſſerit, aut jure, in quod ſucceſſit, abſtinuerit, *l. 3. & l. quamdiu. 69. ff. de acquir. vel omitt. hereditat. l. ait Prætor. 7. §. ſed quod. 10. ff. de minoribus. l. verbis civilibus. 7. l. in pupillari. 14. & l. ex facto. 43. in princip. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. §. maſculo igitur. 8. ſuprà, de pupillari ſubſtitut. & l. poſt aditam. 5. C. de impuber. & aliis ſubſtitutionibus.* Atqui verò fœmina quando inveſtituræ pacto ad feudi ſucceſſionem vocatur; in defectum ſaltem maſculorum vocari intelligitur, *titul. 17. in princip. ibi, vel his deficientibus. titul. 18. ibi, & maſculis deficientibus. & titul. 30. ibi, deficientibus filiis maſculis. lib. 2. feud.* Ergo maſculo ſuccedente, fœmina, quæ pari gradu cum eodem maſculo extat, ſed per ipſum feudo excluditur, nunquam poſtea ad idem feudum, mortuo quantumvis eo maſculo, admittitur.

Quartum argumentum hujuſmodi eſt: Quic- 204
quid ſub conditione datur; ſub contrariâ conditione non dari cenſetur: & contrà, quicquid ſub conditione adimitur; ſub contrariâ conditione dari intelligitur, *l. quibus diebus. 40. §. quidam Titio. & l. aliquando. 107. ff. de condit. & demonſtrat. Cravett. conſil. 344. n. 4.* Sed jus ſuccedendi in feudum pacto inveſtituræ datur fœminæ ſub hac conditione, *ſi maſculi deficiant.* Verba namque, *deficienti-* 205
bus maſculis, in d. tit. 17. d. tit. 18. & d. tit. 30. lib. 2. feud. conditionem important: cùm ſint duo ablativi abſoluti; quorum ea natura eſt, ut conditionem inducant, vel in conditionem reſolvantur, *l. ab emptione. 58. ff. de pact. l. creditor. 13. in princ. ff. qui potior. in pignor. hab. l. victus. 18. in princip. & l. lite conteſtata. 35. ff. de uſur. l. fructus. 7. §. divortio facto. ff. ſolut. matrimon. l. acceptus. 93. ff. ad legem Falcid. l. facta. 63. §. reſcripto. ff. ad Senatuſconſultum.*

Trebel-

Trebellian. Roland. à Valle conf. 65. num. 23. vol. 3. cum multis aliis relatis per Forsterum libro 3. de successionibus. l. 15. axiom. 3. num. 6. & 7. Quocirca sub contrariâ conditione, si scilicet masculi non deficiant, sed extent, & in feudum succedant, non censetur fœminæ datum jus succedendi in feudum. Cui autem jus succedendi non competit: ei nec successio competere dicitur: cùm successio ipsius juris succedendi effectus perhibeatur.

206 Quintum argumentum ita habet: Quicunque aliquo modo à successione excluditur, is nulla ratione ad eam ampliùs admittitur, *arg. l. si ponas. 23. §. 1. ff. de inoffic. testamento. l. 2. in princ. & §. 1. & 2. ff. de exceptionib.* Atqui fœmina, à feudi successione per masculum remota, excludi dicitur, *per textum in tit. 104. casus, quibus fœmina in feudo succedit. §. item si qua ex tenore. ibi. fœminæ excluduntur. in extraordinar. capitulis. in usib. feudor.* Igitur fœmina, à feudi successione semel per masculum remota, nullâ ratione ad eam ampliùs admittitut.

207 Sextum argumentum & ratio hæc est: Ius semel consopitum sive extinctum ampliùs haud reviviscit. *l. 3. §. si capitis. 19. vers. etiamsi omiserit. ff. de bonis. libertor. l. in tantum. 6. §. sacra autem. vers. semel. ff. de divis. rerum. l. sed si meis. 26. §. arbor. ff. de acquir. rer. dom. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. ff. de verborum. obligat. l. qui res. 98. §. aream. 8. ff. de solutionib.* Sed jus succedendi in feudum, fœminæ ex pacto investituræ competens, extinguitur extante & succedente masculo, *per d. tit. 104. §. item si quis. in extraordinar. capitul. & alia jura & argumenta s. adducta.* Illud ergo jus, mortuo postmodum eodem masculo, haud reviviscit.

208 Septima, pro communi opinione quæ afferri solet ratio à simili, est illa: Fœmina, quæ vigore statuti per masculum à successione bonorum semel fuit remota, licèt masculus ille deinde fuerit defunctus, ad successionem tamen ampliùs non admittitur, *ut docent Bartolus in leg. ult. ff. ad Senatusconsultum Tertyllian. Baldus in leg. si quis posthumos. 9. §. si filium ff. de liber. & posthumis. & in leg. posthumus. 6. in princ. ff. de inoffic. testam. Franciscus Aretinus cons. 144 incip. viso puncto. Alexander cons. 43. incip. consideratis. vol. 3. Socin. cons. 92. vol. 1. & cons. 50. vol. 3. Paris. cons. 22. num. 16. Gail. lib. 2. observ. 148. num. 4. Ant. Peregrinus in tract. de fideicommiss. artic. 27. num. 17.* Quapropter fœmina, etiam à feudi successione per masculum remota, eo masculo defuncto, amplius non admittitur: quippe cùm jus feudorum regulariter fœminas à feudis penitus repellat, *tit. 1. §. hoc autem. 3. & tit. 8. §. filia verò. lib. 1. F. & tit. 50. libr. 2. feud. & latius expositum suprà num. 159. & seqq.*

209 Octava denique ratio petitur ex tritâ illa, vulgatâque juris regulâ, quâ dicitur: quòd unumquodque ad naturam suam facilè revertatur. *d. l. in tantum. 6. in princip. ff. de divis. rer. l. si unus. 27. §. pactus. ne peteres. vers. quotiens enim. ubi Iason. ff. de pact. l. hac consultissima. 21. §. si quis autem. C. de testament. can. ab exordio. 2. & ibi glos. super verb. revolvit. ad a. distinct. 35.* Cùm ergo feudi natura ea sit, ut ad ejus successionem fœminæ non admittantur: certè ad hanc naturam revertitur feudum, si fœmina per masculum semel à feudi successione repulsa, in perpetuum exclusa maneat. *Contra hanc, ut & superiores nonnullas rationes, quæ ab Antagonistis proponuntur: ad ea solidè respondet D. Boccrus. d. tract. de investitura feudi. c. 5. num. 73. & 74.*

Restat nunc, ut adversariorum fundamenta; quibus sententiam nostram, & rationum irrefutabilium pondere, & Doctorum gravissimorum auctoritate corroboratam, oppugnare laborant, evertantur. Neque enim verum dicere sufficit: sed simul contraria refellere, & falsitatis causam assignare oportet, tradente Aristotele *lib. 7. Ethic. cap. 14.* & Nevizano *in sylvâ sua nuptial.* quos referendo sequitur Joannes Borcholt. *in Commentar. ad tit. Digest. de V. O. c. 3. num. 27. in fine.* Et objectis non respondere, est animi elati, aut ignorantiæ tenebris involuti, prout inquit Angelus *consil. 110. num. 7.* & Fr. Card. Mantic. *de conject. ultim. volunt. lib 7. tit. 8. num. 21.* hosque laudans Joannes-Ulricus Wolff *in prodromo responsor. & consil. jur. cons. 3. num. 16.* 210

Primò itaque nihil movet argumentum à lege cessante depromptum quòd videlicet jure feudali nusquam dispositum reperiatur: fœminam, quæ ex pacto ad successionem feudi vocata, & propter masculum exclusa fuit, ita successionis jure privari, ut defuncto masculo ampliùs ad id aspirare non possit, sed feudum ad dominum potiùs revertatur. Sine juris autem authoritate temerè quid asseverare, erubescamus. *Novell. 18. cap. 5 in princ. l. illam. C. . ibi, eò quòd nulla constitutio, &c. C. de collationib. l. dissentientis. 5. ibi, nulla juris præcipit constitutio. C. de repudiis.* Nihil, *inquam*, hoc movet argumentum. Nam inficiatione seu negatione antecedentis facilè tollitur. Siquidem suprà ex manifestissimo textu *in d. tit. 6. §. quinetiam & §. ult. libro 1. feudor.* evidenter demonstratum est: quòd fœmina per masculum semel à successione feudi remota, perpetuò censeatur repulsa: ut quamvis postea sine prole masculus ille decedat: tamen ipsa denuò ad feudi successionem non admittatur. Accedit, quòd Feudista ibidem utitur particulâ *quinetiam*: quæ dictio, ut & vocula *quinimò*, inter alias proprietates augmentativa sive ampliativa est, & additativa ejus, quod est plus, *arg. §. quinimo. sub. de militari testament. l. generaliter. 24. §. ult. vers. quinimo. ff. de fidei commiss. libert. l. plures 27. ff. de dam. infect. gloss. & Iason in l. jurugentium. 7. §. quinimo num. 10. ff. de pactis. Alciat. cons. 15. num. 4. lib. 8. Andreas Knichen. d. tit. part. 1. de vestiturarum pactionibus. cap. 3. num. 32.* Sed & simplex dictio *etiam* ampliativa est, & (juxta conspirantem Dd. opinionem) suâ naturâ casum magis dubium implicat, eumque similiter decidit. *Cephal. cons. 68. num. 9. lib. 1. Paris. cons. 46. num. 30. lib. 4. Decianus. respons. 46. num. 18. vol. 2. Roland. à Valle* 211 212 213

Valle conf. 27. num. 19. vol. 4. Menochius conf. 27. l. num. 55. conf. 181. num. 14. conf. 289. num. 24. libr. 3. conf. 392. num. 9. conf. 331. num. 7. & conf. 336. num. 17. lib. 4. aliique ab eo citati. Cæterùm casus, qui dictum *§. quinetiam.* præcedit, est de feudo, quod jure datum non est : ac proinde ad dominum revertitur. Est igitur & sequens ille *in d. §. quinetiam.* propositus casus de feudo, quod ad dominum revertitur. Præterea *in eodem §. quinetiam.* contra opinionis contrariæ defensores non parùm militat pro-
214 prietas, & vis verborum, *relicto masculo.* Quæ voces, cùm sint duo ablativi absolutè positi, conditionem hanc designant, *si masculus sit relictus, l. si debitor. 4. §. 1. ibi, nisi salvâ causa pignoris. ff. quibus. modis pignus vel hypoth. solvit. l. à testatore. 119. ff. de condit. & demonstrat. & juribus similibus, suprà numer. 205.*
215 *allegatis.* Conditionis autem naturam hanc esse constat ; ut, eâ existente & purificatâ, confestim & planè evanescat id, quod ipsa dispositione concessum fuerat ; nec ampliùs postmodùm reviviscat. *§. conditiones. 4. vers. nam si ea ita non sunt infr. de verborum obligationib. l. qui res. 98. §. aream. 8. ff de solutionib. cum legibus concordantibus, suprà numer. 207. annotatis.* Tandem hanc interpretationem & illud juvat : quòd Iurisconsultus Feudista *in multoties citato §. quinetiam.* utitur cum negatione verbo præsentis temporis, *non admittuntur.* Ex quo colligere promptum est : quòd fœminæ, masculo existente, ipso jure à feudi successione statim repellantur. Si ipso jure : postmodum in casu decedentis sine sobole illius masculi, ampliùs admitti neutiquam possunt : nisi juris expressi beneficio ostendantur denuò admissæ : quod jus in feudorum codice nusquam expressum invenitur. Est ergo *in textu prædicti §. quinetiam.* clarissimè & expressissimè dispositum : fœminam per masculum à feudi successione semel exclusam, perpetuò remotam exclusamque censeri : *ut id fusiùs & enucleatiùs declarat D. Boter. dict. tractat. de investiturâ feud. cap. 5. num. 76. & 77.*

216 Secundò, communi, cui patrocinamur, sententiæ non obstat textus *in tit. 8. de successione feudi. §. filia verò. libro 1. feudorum.* ubi generaliter & indistinctè dicitur : filiam succedere, non extantibus filiis. Ergo si filii non extent : quia scilicet postquam successerunt, defuncti sint absque liberis; fœminæ videntur esse admittendæ : cùm filii etiam tunc non extare dicantur, quando masculus, per quem fœmina fuit exclusa, posteà sine prole decedit. Etenim verba illa (*Tunc enim succedit filia, filiis non extantibus*) hunc habent sensum : quòd si mortuo vasallo, ejus filius non extet, qui ipsi patri in feudo succedat ; extet autem filia ; huic aditus ad feudi successionem pateat, si & fœminæ pacto investituræ ad feudum sint vocatæ : non verò hanc continent sententiam ; quòd, masculo, qui patri vasallo successit, defuncto; ejus soror ad feudum admittatur. Etsi enim & ille filius non extare dicatur; qui, mortuo patre vasallo, in ejus feudum successit, & post successionem defunctus est : attamen cùm ibi quæstio sit de successione in feudum patris, ipso patre jam defuncto: sanè extantes filios *in illo §.* accipere jubemur de filiis non extantibus eo tempore, quo pater vasallus decessit : maximè cùm non extantes filii eo loco illi sint filii, qui alibi deficientes
masculi dicuntur : & deficere in successionis ma- 217
teriâ dicamus non illos, qui posteaquam successerunt, moriuntur : sed potiùs, qui tempore delatæ successionis vel mortui sunt, vel succedere nolunt. *§. si eadem res. 8. f. de legat. l. si in testamento. 5. ff. de vulgari & pupill. substitut. l. quòd si. 78. ff. ad legem Falcid.*

Tertiò, nullum facessit negotium textus *in tit.* 218
17. de eo, qui sibi vel heredibus suis masculis. &c. vers. non enim patet. lib. 2. feudorum. ubi fœmina à feudi successione excludi generaliter dicitur, *donec* masculus superest ex eo, qui primus de feudo fuit investitus. Illud adverbium temporis *donec*, eam vim & naturam sive proprietatam habere volunt dissentientes, ut actum, cui adjungitur, non penitus removeat, sed tantùm ad tempus suspendat. *l. 2. in pr. ff. de vulg. & pupill. substit. l. ambiguitatem. 12. vers. sin autem talis. &c. C. de usufructu, &c. Alexand. Raudens. decis. Mediol. seu tract. de analog. univoc. lib. 1. c. 27. num. 15. & seq. huncque referens. D. Besoldus in thesauro practico lit. V. num. 22. pag. 813.* Ille *inquam* textus nullum facessit negotium. Nam in eo Iurisconsultus Feudista non admodum ad naturam & proprietatam particulæ illius *donec* advertit : sed solummodò ad naturam feudi, quod pro masculis & fœminis datum est, respexit. Natura autem & proprietas feudi illius hæc censetur : ut, si & masculus & fœmina adsint tempore delatæ successionis in feudum ; fœminæ in feudi successione locus non pateat : & vocula illa *donec* ad casum duntaxat delatæ successionis, & quidem omnem ejusmodi casum, referatur : atque adeò hoc sensu intelligenda sit, quòd fœmina ad feudi successionem non admittatur, quocunque etiam gradu cum masculo concurrat ; hoc est, sive concurrat gradu primo, ut quo pater, primus vasallus decedit : sive gradu secundo, ut quo moritur primi acquirentis filius, & cum eo fœmina concurrit : sive remotiori aliquo gradu concurrat. De hujusmodi enim successionis gra-
dibus nominatim eo in titulo agitur. Et quanquam 219
dictionem illam *donec* esse adverbium temporis, liberaliter concedatur : tamen dubium vix est ullum, quin vim limitativam habeat, *tradente Parisio conf. 25. num. 16. lib. 2. & Menochio conf. 151. num. 49. lib. 2.* & dispositionem conditionalem faciat, *l. si quis. 9. § si oleum. 3. ff. de dolo mal. Tiber. Decianus. post alios, quos allegat, conf. 9. n. 18. vol. 3.* proindéque dispositionem restringat. Quæ restrictio secundùm subjectam materiam, & rei, quâ de agitur, naturam intelligi debet. Cui consequens est, voculam illam *donec, in dict. titul. 17. positam,* limitandam esse & restrin-

restringendam tantummodò ad delatæ successionis tempus, quo fœmina cum masculo concurrit: maximè cùm de eo solum tempore & casu quæstio illius tituli tractet. *Atque ita recenter textum tituli istius* 17. *accipit* D. *Becer. dict. tractat. de investiturâ feudi.cap.*5. *num.* 82. Tametsi ad eundem alii aliter respondeant. *Andreas Knichen dict. part.* 1. *de vestiturarum pactionib. cap.*3. *num.* 100. *& seqq. Gylmannus prædicto tomo* 2. *symphorematis, p.* 1. *vot.* 21. *num.* 46. 50. *&* 51. *& Ferrarius Montanus in tract. de feud. lib.*8. *c.*18. *& Fachineus dict. lib.*7. *controver. jur. c.* 45. *vers. secundum argumentum, &c.*

220 Quartò, non adversatur regula *titul.*18. *de duobus fratribus à capitaneo investit. libro.* 2. *F.* quâ traditur, quòd unusquisque sibi & heredibus potius, tum masculis, tum fœminis, quam extraneo sive domino concedenti contrahendo & paciscendo prospexisse, hocque omninò voluisse videatur: ut eo etiam casu filia succederet, quo post acquisitum feudum filius sine liberis decessisset; non autem ut feudum ad dominum rediret: idque ex paternæ pietatis affectione in liberos, *argum. l. cùm avus.* 102. *ff. de condit. & demonstrat. l. cùm acutissimi.* 30. *C. de fideicommiss. & l. generaliter.* 6. *Cod. de institutionibus & substitutionibus.* Isthæc namque regula exaudienda est non generaliter, sed secundùm quæstionem ibi propositam; quæ est de casu, quo duo fratres de feudo novo simul sunt investiri hoc tenore sive pacto: ut, deficientibus masculis, fœminæ feudum habeant. Horum fratrum unus si postea, nullo masculo, sed filiâ tantùm relictâ, decedat: non frater decedenti fratri; sed filia ejus in feudum succedit: cùm pater filiæ potiùs, quàm fratri, illo investituræ pacto prospexisse præsumatur. Et licèt patrem sive vasallum acquirentem in ipsa investiturâ id sensisse fingamus: vt etiam, filio mortuo, Posteaquam is in feudum successit, filia admitteretur: cùm tamen ipsius solius hæc fuerit voluntas, non etiam domini concedentis: sine effectu illa relinquitur. Filia

221 quippe in feudum patris, non nisi ex pacto investituræ succedit. Pactum verò est utriusque, & domini & vasalli, voluntas & consensus. *l.* 1. *§.* 2. *ff. de pactis. l. pactum.* 3. *in princ. ff. de pollicitationib.* Quare non spectandum est tantum, quid vasallus primus acquirens voluerit & senserit: sed & quid animi dominus concedens habuerit. Cùm igitur nullius expressa sit voluntas: intelligi vtriusque debet mens ac intentio secundùm vsitatam feudorum naturam, *arg. l. cùm quid.* 3. *ff. de rebus credit. & l. nec enim ordo.* 6. *ff. de solutionibus.* Natura autem feudorum hæc perhibetur: ut, existente filio, non admittatur filia, quæ investituræ pacto conjunctim cum masculis vocata fuit: at filio deficiente, locus ipsi filiæ in feudi successione pateat, *prædicto titulo.* 6. *§. quinetiam. & dict. tit.* 5. 8. *filia. libro* 1 *feudorum.* Ideòque non intelligitur pater prospexisse & consuluisse filiabus, etiam in casum, quo decedit masculus per quem antea remota fuit fœmina: propterea quòd fœminæ cum masculis conjunctim vocatæ, sub conditione, si masculi deficiant, vocatæ censeantur. Masculo proinde successionis delatæ tempore existente, adeòque ipsa conditione deficiente: fœminarum quoque vocatio corruit, prorsusque evanescit, nec ampliùs reviviscit, *prælleg. l. qui res.* 98. *§. aream.* 8. *ff. de solutionib. dict. §. conditiones.* 4. *vers. nam si ea ita. infra, de verborum obligationibus.* Deficiente siquidem conditione, perinde est, ac si di- 222
spositio facta non fuisset, *l. pecuniam, quam.* 36. *ff. de rebus credit. l. necessariò.* 8. *circa princ. vers. quòd si pendente. ff. de peric. & comm. rei vend.* & paria sunt, nihil fieri, vel fieri sub conditione, quæ non purificetur: cum ea conditionis natura sit, vt priùs impleatur, quàm effectus emolumentumve aliquod ex illâ sequatur. *l. si post diem.* 5. *§. sed si sub conditione.* 2. *ff. quando dies legator. vel fideicommiss. cedat. Cephal. consil.* 269. *num.* 23. *lib.* 2. *Roland. à Valle, cons.* 59. *n.* 8. *vol.* 3. *& expositum suprà numer.* 136.

Quintò, nihil resistit hæc argumentatio: Quo- 223
cunque in gradu masculus existit, fœminæ in successione feudi præfertur, *dict. tit.* 17. *& tit.* 51. *§. similiter si quis. libro* 2. *feudorum.* Ergo à contrario, quocunque etiam gradu deficit masculus, fœmina in feudum succedit: & consequenter, decedente sine filiis masculo, fœmina per eundem priùs submota, succedit in feudum. Nihil, *inquam,* hæc argumentatio resistit. Plus enim est in conclusione, quàm fuit in præmissis, *ut Logici loquuntur:* quippe cùm præmissæ agant de masculo deficiente: conclusioni verò assuta sit appendix de masculo, qui non deficit, sed in feudum successit. Masculus sanè, qui succedit, & postea moritur, deficere haud dici potest: quandoquidem ille duntaxat deficere in successionis casu reputatur, qui successionis delatæ tempore non succedit, *dict. §. si eadem res.* 8. *supr. de legat. & juribus similibus prææallegatis, num.* 217.

Sextò, communem decisionem non infringit ra- 224
tiocinatio isthæc: Dispositio quævis ita accipi debet, ne sit ociosa & inutilis, sed ut semper aliquid operetur. *arg. l. si stipulatus.* 4. *ff. de usur. l. si quando.* 109. *in princ. ff. de legat.* 1. Ergo quando fœmina cum masculis, pacto investituræ ad feudi successionem vocatur: pactum hoc ita exaudiri debet, vt fœmina etiam aliquo casu ad feudum admittatur. Ideoque licèt ea fœmina semel per masculum sit exclusa: attamen eandem alio sequenti casu, quo masculus primo acquirente descendens, non extat amplius, succedere posse convenit. Alias enim nullius momenti foret, nihilque operaretur illa investituræ pactio: cùm feudum hac ratione nunquam ad fœminam istam perveniret.. Non, *inquam,* de- 225
cisionem communem ratiocinatio isthæc infringit. Quia dispositio quævis intelligenda est secundùm disponentium mentem & voluntatem. *l. semper in stipulationibus.* 34. *in princ. ff. de regul. jur. l. in conventionibus.* 219. *ff. de verborum signification. l.* 3. *ibique Iason. C. de liberis præterit. & l. ult. Cod. qua res pignori obligari*

obligari possunt. sive expressam, sive tacitam, id est, juri & legibus conformem atque consentaneam. *dict. l. cùm quid. 3. ff. de rebus credit. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de ædilit. dict. l. si stipulatus. 4. in princ. vers. quia non est verisimile. ff. de usur. Lofred. cons. 39. num. 17.* Iam verò voluntas domini concedentis, & primi acquirentis expressa non est: ut quovis casu fœmina, per masculum semel exclusa, in perpetuum vel ad tempus sit exclusa. Quapropter voluntas tacita, juri ac legibus conformis & consona, hic spectanda venit: quæ est, ut pacto investituræ fœmina vocata, per masculum a feudo repellatur, & semel repulsa, alio successionis casu ampliùs non admittatur: *quemadmodum suprà argumentis firmis & immotis, pro nostrâ sententiâ allatis, evidenter ostensum est.* Igitur non inutilis aut ociosa est illa investituræ dispositio, quâ cum masculis etiam fœminæ ad feudi successionem vocantur; tametsi fœmina ad feudum, à quo semel per masculum fuit exclusa, regressum nullum habeat. Operatur etenim dispositio ista non solùm illud, quòd fœmina in feudum succedere possit, si masculus tempore delatæ successionis non extet, sed omninò deficiat: verùm etiam illud efficit, quòd fœmina antea per masculum exclusa, denuò successionis casu existente, non admittatur.

226 Septimò, veritati conclusionis nostræ nihil detrahit hoc adversæ partis enthymema: Quicunque propter alium, in medio existentem, à successione removetur; ejus jus succedendi nòn penitus extinguitur, sed tamdiu suspensum esse censetur, donec alius succedendi casus contigerit, quo impedimentum illud cessat, *argumento textûs in tit. 14. de vasallo decrepitæ ætatis. & in tit. 50. de naturâ successionis feudi. libro. 2. feudorum. l. si filius. 22. ff. de bonis libert. l. penult. ff. de jure delib. & l. omnia. 32. §. ult. ff. de legat. 2.* Ergo quamvis fœmina propter existentiam masculi, a feudo arceatur: non tamen ejus succedendi jus omninò extinguitur: sed contingente casu, quo nullus extat ampliùs masculus, ad feudi successionem admittitur. Hoc, *inquam*, enthymema nihil veritati conclusioni nostræ detrahit. Nam antecedens enthymematis non est perpetuò verum: quippe cùm substitutus heres, propter heredem gradu primo institutum, semel à succedendi jure remotus, ab eo in perpetuum exclusus existimetur: ita ut licèt institutus moriatur post successionem; substitutus tamen ad eam denuò non admittatur. *l. post aditam 5. Cod. de impuber. & aliis substitutionibus. cum. juribus concordantibus suprà allegatis, n. 203.* Itaque cùm fœminæ pacto investituræ conjunctim ad feudi successionem cum masculis vocatæ ipsis masculis tantùm substitutæ ex feudorum placitis intelligantur, *suprà citato tit. 17. in pr. ibi, vel deficientibus his masculis. libro. 2. feuder.* consequens ei est, fœmina per masculum succedentem semel rejectâ, jus illius prorsus extinctum peremptumque esse. *Andr. Knich. tract. de vestitur. pactionib. p. 1. c. 3. num. 40. & seqq.*

Octavò, minimè refragatur, quòd feudum, quod vasallus pro se & heredibus suis masculis & fœminis accepit, fœmineo feudo æquiparetur: quòdque in hoc feudo fœmineo succedat filia, deficientibus masculis, licèt masculi aliquandiu feudum possederint, *juxta Dd. ad tit. 30. de feudo fœminæ. libro. 2. feudor. Sonsbec. in Commentar. ad usus feud. part. 9. num. 133. & Wesenbec. de feud. cap. 6. num. 23. vers. quòd si in feudorum. &c.* Hoc namque posterius fal- 227 sum esse: proindeque incertum per æquè incertum probari non posse, testantur *Matthæus de Afflict. & Alvarottus in dicto tit. 30. libro. 2. feudorum. Borcholt. de feud. cap. 7. parte 2. de successione num. 37. Alciatus, consil. 170. num. 3. Rubius consil. 57. num. 2. & Menochius consil. 400. num. 15.* Tacco, quod à 228 feudo fœmineo ad masculinum, vel a specieb. disparatis necessariò ad alias species inferri haud queat *l. ult. ff. de calumniat. l. Papinian. 20. in fine principii. ff. de minorib. l. naturaliter. 12. §. 1. ff. de acquir. vel. amitt. possess. l. si maritus. 10. ff. de donationibus inter virum & uxorem. l. inter stipulantem. 83. §. sacram vers. & hæc dissimilia sunt. ff de verborum obligation. l. qui fundum. 7. §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro emptore. l. neque natales. 10. C. de probationibus.*

Nonò, traditionem communem non turbat hoc argumentum: Excludi à jure succedendi non dicitur ille, cui nondum obtigit casus, quo succedere posset. Exclusio enim facta dici nequit, nisi præ- 229 cessit inclusio, *arg. l. qui superstitis. 94. ff. d. acquir. vel. omitt. heredit. Michael ab Aguirre in respons. pro Rege Hispaniæ apologetico. part. 3. num. 37. huncque referens Petrus Heig. part. 1. quæst. 26. num. 19.* Sed donec masculus extat, non existit casus, quo succedendi jus fœminæ competat. Ergò à jure succedendi non dicitur exclusa fœmina, quæ antè propter masculum succedere non potuit: & per consequens, casu postea contingente, quo nullus ampliùs adest masculus, per quem succedere impediatur fœmina, hæc certè admitti debet. Hoc argumentum, *inquam*, non turbat traditionem communem. Quia jus succedendi in feudum competit hoc casu fœminæ sub conditione, si scilicet tempore delatæ successionis masculus ex primo acquirente deficiat, sive non extet, *ut suprà edoctum num. 203. & seq.* Quando igitur deficit isthæc conditio: non ineptè suo conditionali hoc jure exclusa fœmina dicitur, *D. Henric. Boc. d. tract. de investitura feud. c. 5. num. 92.*

Decimò, nihil obest regula, quâ dicitur, quòd 230 concessum à Principe beneficium, perpetuò tributum intelligatur, *c. decet. 16. de reg. jur. in 6.* & quàm plenissimè seu latissimè sit interpretandum, *l. penult. ff. de constitutionib.* Qroniam regula ista de eo beneficio accipienda est, quod purè & cum omni causa in aliquem confertur. Cæterùm quando

feudum pacto investituræ pro masculis & fœminis datur ; beneficium hoc fœminæ non purè conceditur , sed sub conditione ; si scilicet masculus delatæ successionis tempore deficiat, *ut paulò antè dictum.* Dominus item feudum non cum omni causa concedit : quippe cùm directum (*quod vocant*) dominium sibi retineat , cum spei consolidationis futuræ, *tit.23.in quib. cauſ.feud. admittatur. lib.2. feudor. juncto. tit. 5. quib. mod feud. amittatur. §. rursus & tit.13. de alienatione feudi.§.etsi clientulus.lib.1. feud. Rnichend. part. 1. de vestiturar. pactionib. c. 3. num. 140. & seq.*

231 Undecimò, nostram conclusionem haud enervat illa vulgatissima juris regula : cessante causa, cessat effectus, *l.adigere.6.§. quamvis.ff. de jure patronat.l. ex facto. 43. in princ ff. de vulg. & pupill. substitut. l.1. C.de heret.l.1.in princ. C. de Latin. Libert. toll. c. cùm cessante.60. ext. de appellat. cùm infirmitas.13. ext. de pœnitent & remiss.* Nam ea non procedit, quando effectus causæ jam perfectus & consummatus est, & (*ut vulgò loquuntur*) in esse productus , *docente Tiraquello in tract. cessante causa, cessat effectus. limitat.12. nec non Adriano Gylmanno tom.2. Symphorematis supplication. part.1. vot. 21. num. 39.* Quare cùm fœmina per masculum semel sit exclusa, atque adeò consummatus & perfectus semel effectus causæ illius, quæ est masculi existentia : certè prædicta regula hic planè vitiatur , & officium suum perdit, *l.1.ff.de reg.jur.*

232 Duodecimò & ultimò, nihil ponderis aut roboris habet, quod de iniquitate & duritie sive rigore sententiæ communis, quam defendimus , ab adversariis adferri solet. Etenim hanc sententiam iniquam duramve esse, negamus & pernegamus: Idque non sine manifestâ ratione. Quandoquidem fœminas ex naturâ feudorum regulariter in feudum non succedere, abundè patescit ex illis, quæ docuimus *suprà num. 159. & seqq.* Quòd autem eæ ad feudi successionem ex pacto investituræ , contra feudorum indolem, nonnunquam admittuntur : id meritò soli gratiæ & benignitati domini concedentis acceptum ferre debent : cujus liberalitas secundùm jus feudale mensuranda est, & æstimanda eo casu, quo simpliciter masculis & fœminis feudum est datum, nec expressè ac nominatim in pacto investituræ definitum : ut fœmina, licèt semel per masculum submota & exclusa sit : ipso tamen masculo postea sine prole defuncto , ad feudum admittatur. Quoties enim quid specialiter & nominatim contra subjectæ materiæ naturam cautum non est : contrahentes & paciscentes juri, reique, de qua agitur, naturali indoli se conformasse censentur, *l.3. ibique Dd. ff. de reb. credit. c. cùm dilectus. 8. ext. de consuetudine. Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 32. num. 9. Menoch. consil. 331. num. 35. lib.4.*

233 Quamobrem cùm feudorum naturam hanc esse constet : ut prædicto investituræ pacto fœmina ad feudi successionem intelligatur vocata sub hac tantùm conditione, *si masculus deficiat* : hac utique conditione semel deficiente, ita removeri confestim fœminam, ut perpetuùm exclusa sit, firmiter concludendum est : *quemadmodum benè respondit* D. *Collega Becer.d. tractat. de investitura feud. cap. 5. num.95.* Et prædictam conclusionem egregiè corroborant, responsa Facultatum Juridicarum in Academià Ingolstadiensi & Heidelbergensi , itemque Tubingensi nostrâ ; nec non præjudicia Cameræ Imperialis, de Anno 1590. in causa Habern / contra Churfürstl. Pfaltz. & de Anno 1612. in causa des Herrn Churfürsten zu Meintz / contra Nassaw vnd Wißbaden : quæ refere Joannes-Ulricus Wolff *in prodromo responsor. & consilior. jur. consil.1. num.16.*

Sicuti autem fœmina per masculum à successione 234
feudi semel exclusa, in perpetuum exclusa censetur ;
adeò, ut nec mortuo illo masculo per quem repulsa
fuit, in ejus locum admittatur, velut non levibus ar-
gumentorum momentis hactenus comprobatum
est : ita eadem semel ob masculi defectum admissa,
quamdiu vivit, feudum retinet ; etiamsi masculus
aliquis postea nascatur. Feudorum etenim placita
fœminam, extante masculo, à feudo per successio-
nem acquirendo repellunt : non etiam illam à feu-
do jam acquisito removent, *d.tit.6.§.quinetiam.tit.8.*
in princip.§.filia.verò lib.1.feud.tit.11.§.ad filias. tit.17
& 18. & 50. in princip. lib. 2. feud. & consequenter
hunc casum decisioni dispositionis juris communis
relinquunt, *argum. tit.1. in princ. vers. strenuus au-* 235
tem.lib.2.feud. & l. præcipimus 32.§.ult. C. de appella-
tionib. Iure verò communi, quod alicujus factum
est, id ab eo invito ad alium non transit, *l.id, quod no-*
strum. 11. ff. de reg. jur. l.si procurator. 35. ff. de acquir.
rer. domin. & ne quidem actio , quæ alicui semel
quæsita est, eo invito resolvi, eique auferri potest,
l. habere. 57. in fine. ff. de evictionibus. cùm jus semel 236
quæsitum, perpetuum esse existimetur, *arg. l. sive*
possidetis. 16. C. de probationib. Confert quoque huc, 237
quòd multa fieri impediuntur : quæ tamen, si fa-
cta sint, tolerantur, *l. patri furioso.8. ff. de his, qui sui*
vel alien. jur. sunt. & quòd actus consummatus non 238
vitiatur, licèt deveniat eum in casum, à quo inci-
pere non potuisset, *ut latè ostendit Tiraquellus in*
præallegato Tract. cessante causa, cessat effect. limitat.12.
quòd item contrariorum eadem est disciplina & ra- 239
tio, *argum.§.1.f.de his, qui sui vel alien. jur. sunt. l.1.*
in princ. ff. eod. l. si mortis. 18. in princ. ff. qui. & à quib.
manumissi liberi non fiunt. Aristot. lib. 1. Topic. c. 11.
Nicol. Everhardus in loc. legal. lib. loc. à contrariis.
num.1. Ut ergo fœmina, semel à successione remota
perpetuò exclusa permanet: sic semel admissa, quam-
diu vivit, feudum retinebit. *Atq; hanc sententiam ut-*
pote in puncto juris veriorem & crebrius receptam , pro-
bant & sequuntur Baldus, Iacobus de Belvis,o , & Fri-
dericus Schenck. ad dict. tit. 17. libr. 2. feudor. Franc.
Curt. junior in tractat. feud. part. 3. memb.1. num 33.
Zasius in Epitom. feud. part. 8. numer. 53. Iul. Clarus.
lib.4.

lib. 4. sententiar. quæst. 80. num. 1. Ioan. Thom. de Mariis. tit. 11. de feud. fœmin. numer. 37. vers. nonò quæritur. Guerrinus Piso in prælud. feud. sub tit. propria & impropria feuda quænam sint. vers. quarta species feudi impropriis. &c. Hanneton. lib. 2. de feud cap. 9. Schrader. in tractat. feud. part. 7. cap. 4. n. 82. Hartman. Pistoris lib. 2. quæst. 35. n. 9. Paul. Berens disputat. 8. ad Instit. them. 1. quæstion. 8. D. Bocerus class. 5. Disp. 18. thes. 27. edit. 2. Ioan. Georg. Majer. in Synops. jurisprud. Beneficiaria. sect. 3. c. 9. reg. 35 p. 67. Schneidevvin. de feud. part 6. n. 48. Mozz. de natur. feud. num. 101. & Vultejus lib. 1. de feud. c. 9. num. 49. in fine. Quamvis reclament, *post glossam, Andreas de Isernia, Martinus Laudensis, & Matth. de Afflict. ad d. tit. 17. lib. 2. feud. Hugo Celsus consil. 26. num. 47. & 56. nec non Franciscus Bursatus consil. 63. n. 16.*

240 Nec quicquam verissimo huic pronunciato decerpunt contrariæ negantis opinionis argumenta. Quod enim primò illius patroni ajunt, fœminam in casu deficientis masculi ad feudi successionem conditionaliter tantùm admitti, si scilicet masculus posteà non superveniret, *d. tit. 17. ibi, non patet locus fœminæ in feudi successione, donec masculus superest. lib. 2. feudor.* ac proinde nato pòst masculo, repelli fœminam antea admissam: id planissimè falsum est. Nam in scitis feudalibus traditum quidem reperitur, quòd pacto investituræ fœminæ jus succedendi in feudum deferatur sub hac conditione, *si masculi deficiant defuncto vasallo, de cujus successione agitur.* At nusquam scriptum extat, quòd fœmina, deficiente masculo, ad feudi successionem sub aliquâ istiusmodi conditione admittatur. Non igitur ut illud receptum, ita & hoc sine lege feudali recipi debet, *ut in simili loquitur IC. Africanus in l. ejus, qui. 41. ff. de reb. credit.* Cæterùm quod attinet *dictum tit. 17. lib. 2. feud.* quem illi pro suâ opinatione stabiliendâ allegant: loquitur is de succedendo in feudum, id est, de futurâ successione, non de successione jam factâ; quemadmodum ipsamet verba perspicuè arguunt & declarant.

241 Deinde nihil officit decisioni nostræ, quòd unumquodque facilè ad naturam suam reverti soleat, *l. si unus. 27. § pactus, ne peteret. 2. in fin. ff. de pact. cum juribus similibus allegatis suprà numer. 209.* Siquidem militat hæc & procedit regula; si jus quæsitum justo modo, veluti ex voluntate ejus, cui erat quæsitum, rursus resolvatur, ut liquet satis clarè *ex illo ipso §. pactus, ne peteret. in fine. & l. in tantùm. 6. in princ. ff. de divisione rerum.*

242 Præterea nihil stringit aut obest illa regula juris: quòd ea, quæ à principio valent, si postea in eum perveniant casum, à quo initium sumere nequeant, vitientur & evanescant, *§. idem juris. 2. vers. item contrà. infr. de inutilibus stipulat. l. quia in eum. 16. ff. ad leg. Aquil. l. existimo. 98. in princip. vers. & maximè. ff. de verbor. obligat. l. pro parte. 11. ff. de servitutib. l. 3. in fine. ff. de his, quæ pro non scriptis habent.* Ea quippe regula non ita certa & generalis est, ut ab omnibus juris conditoribus, & in omni specie sit recepta: *ut arguit Marcellus in d. l. existimo. 98. in princip. ibi, maximè secundùm illorum opinionem. & Paulus in l. pluribus rebus. 140. §. ultim. ff de verbor. obligationibus. & in l. ambiguis. 85. §. 1. ff. de reg. jur. Borcholt. in Commentar. de verbor. obligat. cap. 2. numer. 66. & 67. item cap. 5. numer. 6.* Est autem isti regulæ locus in iis duntaxat speciebus, quæ cùm perfectæ sive consummatæ nec dum sunt, in eum incidunt casum, qui consummationem, exitum & effectum earum impedit, *Bartol. ad d. l. pluribus. 140. §. etsi placeat. ff. de verbor. obligat. Philip. Decius in d. l. in ambiguis. 85. §. 1. numer. 2. ff. de reg. jur. Dynus in c. factum. 73. numer. 7. & 8. de reg. jur. in 6. Cujac. in Commentar. in libr. 12. respons. Papin. pagin. 517. D. Bocer. in tract. de Regalib. cap. 2. n. 85. & seq. Eâdemq; de regulâ explanatiùs dicetur infr. numer. 298.*

Quòd si tamen vasallus, fato functus, prægnantem uxorem reliquerit, & ea posteà filium pepererit: huic filio fœmina, quantumvis in feu-
dum successerit, cedere cogitur. Hujusque ratio 243
in promptu est: quoniam pro jam natis habentur, qui in utero sunt, quoties de illorum commodo quæritur & agitur, *l. qui in utero. 7. & 26. ff. de statu homin. l. si quis. 23. ff. de captiv. & postlim. revers. l. cùm vir. 25 ff. de condit. & demonst.* Et ita docuit Matthæus de Afflict. *ad d. tit. 17. lib. 2. feud.* quem referunt & sequuntur *Hartmannus Pistoris prædict. quæst. 35. numer. 11. Hermannus Vultejus dict. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 49. pag. mihi 436. Bocerus d. class. 5. Disp. 18. thes. 17. ad lit. d. edit. 2. & in tractat. de success. feud. cap. 3. q. 8. pag. 169. itemque Ioan. Georg. Majer. in Synops. jurisprud. benefic. sect. 3. cap. 9. reg. 38. num. 154. pag. 67.*

DE SUCCESSIONE LIBERORUM LEGITIMORUM TANTUM.

HActenus de liberorum naturalium & legi- 244
timorum simul, successione copiosè & diligenter disseruimus; nunc, de successione li-
berorum legitimorum tantùm, videamus. Li- 245
beri legitimi tantùm, vocantur liberi adoptivi: qui neque ex justis nuptiis, neque ex concubinâ procreati, sed legis auctoritate potestateque sunt facti. Ut enim plerumque ars naturam imitatur: ita hic defectum naturæ lex supplens, sterilitati conjugii, vel mortalitati deficientium familiarum medetur, & pro liberis naturalibus legitimos suos reponit: *ut docuimus s. ad princip. tit. de adoptionibus. numer. 3. & tradit hic Petrus Heigius*

246 cap.5. numer.86. Adoptio quippe legis est, quæ imitatur naturam, §. minorem. 4. J. de adoptionib. & facit, ut aliquis filium habere possit, quem non generavit, assertore Cajo lib. 1. Institut. tit. 5. Sunt autem
247 tales legitimi liberi in duplici differentiâ. Nam vel adoptivi in specie dicuntur, vel arrogati. Illi sunt filiifamilias, qui imperio magistratûs filiorum loco adsciscuntur: hi verò sunt patresfamilias, qui Principis seu Imperatoris auctoritate adoptantur, §. 1. J.
248 de adoptionib. l. 2. ff. eod. titul. Sanè legitimi liberi, cujuscunque sint generis, jure adoptionis durante, ad patris adoptivi, intestatò defuncti, successionem omninò admittuntur, §. sed hodie. 2. J. de adoptionib. l. penult. §. 1. C. eod. §. sui autem. 2. vers. nec interest. infr. hoc nostro tit. latè Forster. lib. 5. de successionibus. cap.2. Ast iidem emancipati, patri adoptivo minimè succedunt. Pendet enim jus succedendi ab adoptione :, quâ resolutâ, etiam cessat successio ; & emancipatus desinit adoptivo patri esse filius, & quantum ad ipsum, extranei loco deinceps habe-
249 tur : cùm nihil tam naturale sit, quàm ut unumquodque eo modo solvatur, quo colligatum est. §. at hi, qui. 10. ibiq; Mynsinger. num. 2. & §. sed ea omnia. 14. infr. hoc tit. d. l. penult. in princ. & §. 1. C. de adoptionib. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur. Secus tamen est, si ab ascendente aliquo fuerit facta adoptio, & emancipatio fiat patre naturali mortuo. Hoc etenim casu emancipatio adoptivis hodie non nocet : ac proinde tam naturali patri, quàm avo succedere possunt, Auth. in successione. C. de suis & legit. liber. Novell. 118. cap. 4. arg. §. final. J. de legitimâ agnator. tutel. & l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. juris. Schneidevvin. hic in cap. de successione filiorum adoptivorum. num. 11. & seqq. Forster. senior. d. lib. 5. de successionibus. cap. 3. n. 9. & seqq. nec non Forsterus junior. lib. 3. disput. 15. thes. 8. Qui duo (contra Accurs. & ejus asseclas, in d. l. penult. circa princ. vers. si verò pater naturalis. in verb. reverti. C. de adoptionibus & in §. sed ea omnia. 14. in verb. vocabantur. infr. hoc tit.) disertè statuunt : filiumfamilias, sive ab extraneo, sive à conjuncto adoptetur, si emancipetur, omnia nihilominùs jura in bonis patris naturalis in-
250 tegra reservare : propterea quòd in hac successionum ab intestato materiâ, non patria potestas, sed solùm jus cognationis naturalis spectetur, d. Auth. in successione. ibi, solâ naturali causâ inspectâ. C. de suis
251 & legit. heredib. & jus sanguinis nullo civili jure dirimi dissolvique possit, d. l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur. & d. §. fin. J. de legit. agnator. tutel. Idem noviter docuit Hunnius. lib. 3. var. resolut. jur. civil. tractat. 1.
252 quæst. 9. Nec huic assertioni obstat, quòd in proposito casu, ubi filius ab ascendente aliquo est adoptatus, duplex vinculum, & civile adoptionis, & naturale cognationis concurrat, d. §. sed hodiè. 2. J. de adopt. adeoque simplici fortiùs liget ; & consequenter jus naturalis filiationis immutet, argum. auth. itaq; ibique Dd. C. communia de successionibus. l. re conjunctis. 89. ubi Iason ff. de legat. 3. cap. ext. de trenga & pac. Etenim nexus civilis & naturalis confirmat quidem adoptionem in utilitatem & commodum adoptivi, tantumque operatur, ut filius in plenam potestatem avi adoptantis transeat, & eidem ex testamento & ab intestato, veluti filius legitimus & naturalis succedat, ad differentiam illius, qui ab extraneo adoptatus est. d. §. sed hodie. J. de adopt. non autem nexus ille jus sanguinis tollit aut perimit, argum. d. §. fin. J.
de legit. agnat. tutel. Neque etiam adversatur, quòd 253
nemo duos patres habere, nec duplicis successionis commodo gaudere debeat, per ea, quæ traduntur in l. Gallus. 29. circa princ. ff. de liber. & posthum. hered. instit. §. si res aliena. 6. J. de legat. l. si servus legatus. 108. §. Stichum. 6. ff. de legat. 1. l. Mævius 66. §. 1. ff. de legat. 2. & l. nutu. 21. §. 1. ff. de legat. 3. Quandoquidem haud difficulter fieri potest, ut diversis respectibus diversos quis parentes habeat : fictè unum ; propriè verò & naturaliter alterum. Et talis quoque adoptio in augmentum & favorem filii adoptivi facta, in odium ejus retorquenda non est, l. nulla. 25. ff. de legib. l. quod favore. 6. C. eod. c. quod ob gratiam. 61. de regul. jur. in 6. Cùmque filio, ab extraneo adoptato, concedatur ; ut adoptivo patri succedat, omniaque interea apud patrem naturalem integra illibataque jura sibi reservet, d. §. sed hodie. J. de adoptionib. d. § sed ea omnia. 14. vers. hoc solito more corrigentes. infr. hoc tit. & d. l penult. §. 1. C. de adoptionib. utique magis illud in adoptione ascendentium dicendum erit, Forster. senior. d. lib. 5. de success. c. 3.
num. 12. Cæterùm arrogati, etiam à parente arro- 254
gatore sine justâ causâ emancipati, ad minus in quartâ bonorum parte intestato parenti succedunt, §. cùm autem. 3. vers. sed & si decedens. J. de adoptionib. l. si arrogator. 22. ff. eod. Borcholt. in tract. de gradibus. tit. de successione liberor. legitimor. pagin. 190. Adam. Keller. in tract. de jure succedendi ab intest. tit. 25. n. 2. Adde Frantzkium exercitat. jurid. 8. quest. 6. pag. 235. & seqq. ubi, quomodo liberi adoptivi succedant, nervosè atque doctè explicat.

Porrò feudorum jure liberos duntaxat legitimè 255
natos, non etiam adoptivos, in feudum succedere, certum est. cap. 1. §. adoptivus si de feudo defuncti content. sit, &c. titul. 26. lib. 2. feud. Forster. d. lib. 5. de successionib. cap. 5. Schrader. tractat. feud. part. 7. cap. 5. numer 19. Menoch. cons. 503. numer. 21. volum. 6. & cons. 625. num. 49. volum 7. Vultejus lib. 1. de feud. cap. 9. num. 90. Sensbecc. in Commentar. ad usus feud. part. 9. numer. 63. Et certè nisi hoc ita placitis feudalibus receptum fuisset : facilè fieri potuisset, ut domino feudi etiam invito vasallus ex alienâ familiâ, ex solius vasalli voluntate adsciseeretur : quod fieri non debere, arguit textus in cap. 1. in fin. de fratribus de novo benefic. investit. titul. 12. libr. 2. feudor. Quinimò adoptivorum successione concessa, non modò alius ad feudi successionem admitteretur, quàm qui in investiturâ comprehensus esset : sed & per eundem illum excluderentur agnati, in investiturâ vocati : quod & absurdum & iniquum foret,

Wesen-

Wesenbec. de feud. cap. 6. num. 13. Decian. cons. 34. n. 16 vol. 1. & hos, aliosq; citans Vultejus de cap. 9. num. 90.
156 Ex tenore tamen sive pacto investituræ, itemque loci statuto vel consuetudine, etiam adoptivus ad feudi successionem admitti poterit, *ut sentit Alvarottus ad d. §. adoptivus. & Frideric. Schenck. ibidem n. 3. Sonsbecc. d. part. 9. num.* 64. *Wesenbec. d. n. 13. D. Boter. d. class. 5. Disp. 18. thes. 6. ad lit. a. Rittershus. lib. 1. partit. feud. cap. 13. n. 5. Gothofred. Anton. disp. feud. 5. thes. 6. sub lit. c.* Arrogatus quoque auctoritate Principis ea lege, ut in feudum succedat, admittitur ad feudum, *ut scribit Baldus ad dictum. §. adoptivus. argumento l. quod Principis. 23. ff. de aquâ, & aquæ pluv. arcend. quem Martinus Laudensis ibi, & alii sequuntur. idemq; tradit Schneidevvinus hic*
157 *sub cap. de success. filiorum adoptivor. numer. ult.* Id quod Schenck de Baro *in d. §. adoptivus. n.* 4. verum putat, si nulli extent arrogatoris agnati: quippe cùm in præjudicium agnatorum Princeps nihil statuere possit, *argum. l. 2. & l. 2 & l rescripta. 7. C. de precib. Imperatori offerend. &c. quamvis. 8. de rescriptis. in 6.* Sed & ipsius domini consensu hujusmodi ar-
158 rogationem fieri debere, probabile est. Cùm enim, deficiente legitimâ vasalli prole & agnatis feudi successoribus, feudum ad dominum redeat, *tit. 11. de successione fratrum. §. His verò deficientibus, lib. 2. feudor.* sanè in domini inviti præjudicium indulgen-
159 tia Principis operari nihil debet. Ea namque Principis probatur indulgentia, quæ petenti quidem prodest, at non lædit alium, *d. l. 2. & d. l. rescripta. 7. C. de precib. Imperat. offerend. Sonsbec. d. part. 9. numer. 65.*

160 Enimverò non desunt in historiis exempla, ubi etiam adoptati, postea regni successores extiterunt: ut videre est in Jugurtha, qui ex adoptione Micipsæ, Numidarum Regis, successit in regno cum Adherbale & Hyempsale, filiis naturalibus ac legitimis ipsius Micipsæ, tam ex ejusdem patris, quàm S. P. Q. R. judicio, *ut testis est Salustius in bello Iugurthino.* Sic & Tiberius Augusto, Nero Claudio, Trajanus Nervæ, Antonius Pius Adriano, & ipsi Pio Antoninus Philosophus, & Justino majori noster Justinianus, & alii alii per adoptionem in Imperio successerunt, *auctoribus Cornelio Tacito, Suetonio, Dione, Aurelio Victore, Ælio Lampridio, & cæteris historiarum Scriptoribus.* Sic quoque Margareta, Daniæ Regina, Ericum Pomeranorum Ducem; & Anna Neapolitana, Alphonsum Arragoniæ Regem, per adoptionem ad regni successionem invitârunt, *ut ex Bodino lib. 1. de Republ. cap. 4. in fin. hic refert Heigius in cap. 5. numer. 93. & eandem rem latius pertractat Tiraquellus ad l. si unquam. 8. in verb. susceperit liberos n. 19. C. de revo-*
161 *cand. donationibus.* Denique quod dictum est, in feudis filium adoptivum regulariter non succedere: id etiam ad emphyteusin Ecclesiasticam vulgò producitur; *sicuti post Matthæum de Afflict. in d. cap. 1. §. adoptivus. si de feudo defuncti content. sit. titul. 26. lib. 2. feudor. annotavit Heigius hic in d. c. 5. num. 94. Eâdem de re videri etiam poterit Forsterus d. libr. 5. de successionib. c. 7. n. 12. ubi plures refert.*

DE SUCCESSIONE LIBERORUM NATURALIUM TANTUM.

Satis superque de liberis, qui & naturâ & lege, 262
vel hujus solius beneficio, ad parentum successionem vocantur, explicatum est: jam ut & de iis, qui naturæ saltem beneficio sese sustinent, sermo instituatur, reliquum est. Liberi naturales tantùm (id- 263
eo vulgò ita dicti, quia natura in illis sola attenditur: adeoque lex sive jus civile eos non agnoscit, *docente Rittershusio in exposit. Novell. Iustin. part. 7. cap. 5. numer. 2.*) hic appellantur liberi, ex pellice sive concubinâ (quam scilicet quis solutam & unicam indubitato affectu, domi loco uxoris habuit) nati, *can. liberi. 15. caus. 32. quæst. 2. gloss in cap. nisi cùm pridem. 10 super verb. manzeres. extr. de renunciatione.* qui aliàs dicuntur nothi: *ut ex Quintiliano libro 3. capite 6. Iacobo Curtio tom. 1. conjectur. libr. 3. cap. 8. & Giphanio* docuimus *in §. si adversus. 12. numer. 8. supr. de nupt.* & fusius ostendit *Valent. Forster. libro 6. de successionib. ab intest. capite 32. numer. 2. cùm seqq. itemq; D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 3. Pand. num. 9. pagin. 273. cum seq.* & homines degeneres. *l. ult. in fine. C. de naturalib. liber.* & vulgò Bastardi, à Germanico bese Art/ id est, degeneris ingenii. *Cujac. ad Novell. 18. circa fin. & libro 5. observat. 6. Vultejus libro 1. Iurisprud. Rom. cap. 8. numer. 46. Ludovicus de Sardu in tractat. de naturalibus liber. part. 2. num. 2. gloss. super Rubric. ff. de concubinis. Gothofred. ad dict. leg. ult. in verb. degeneret. Cod. de naturalib. liber. Schneidevvin. hic sub cap. de successione liberor. natural. tantum. num. 4. Borcholt. in tract. de gradibus. tit. de successione natural. liberor. pagin. 187. & in Comment. in consuetud. feudor. cap. 7. parte 2. numer. 17. Bocer. in tractat. de Regalib. cap. 2. numer. 104. & Ranchinus in tractat. de successionib. ab intestato. §. 7. numer. 15.* Quibus annumerantur quoque illi, qui non ex concubinâ procreati sunt, sed ex aliâ liberâ fœminâ, quam quis impotentiâ amoris victus compressit: eosque liberos Germani vocant Liebkinder / *ut constitutio Electoris Palatini. part. 4. tit. 2. & jus municipale renovatum Würtemberg part. 4. tit. 18. fol.* 479. item quibusdam in locis Jungfrawkinder / *asserente Rittershusio loco su-* 264
prà notato. Liberi autem isti naturales, justis liberis & uxore legitimâ non extantibus, patri succedunt in sextantem hereditatis, hoc est, in duas uncias, cum matre suâ in viriles partiendas.

Cæterùm

Cæterùm si defuncto conjunx legitima superſit : fi-
lios naturales, ex concubinâ natos, in totum remo-
veri placuit, dict. Novell.18 cap.5. & Novell.89.c.12.
§. si quis autem defunctus. Auth. licet patri. C. de na-
turalibus liber. Heigius hic cap. 5. numer. 115. Covar-
ruvias in Epitom. in quartum librum decretal. part. 2.
capit. 8. §. 4 n 9. Ludovicus de Sardu dict. tractat. de
naturalibus. lib part. 3. numer. 2. Fernand. Vasquius
lib. 3. controverſiar. illustr. cap. 102. numer. 15. & seq.
Hujuſque ratio hæc aſſignatur : tum ut parcatur
pudori honeſtæ & legitimæ uxoris : tum ut juſto
ejus dolori occurratur ; quam veriſimile eſt juſtè
offenſum iri, ſi quos videat, ſe vivâ, in numero &
jure liberorum defuncti haberi aliunde ſuſceptos,
quàm ex honeſto & legitimo matrimonio, quale
ipſius fuit cum defuncto. Id verò futurum eſt, ſi ipsâ
ſuperſtite naturales ejuſcemodi nullâ ex parte de-
functo ſuccedant. Ludovic Molina. tom. 1. de juſtit.
& jur. tractat. 2. diſputat. 166. num. 5. Donell. libr. 9.
Comm. de jure civil. cap. 2. pag. 400. num. 10. D. Bo-
ecr. hic numer. 62. pag. 69. & cl 3. Disp. 10. th. 12. ad
lit. b. edit. 2. D. Beſold. in delibat. jur. ex lib. 32. ff. quæ-
ſtion. 5. pag 131.

265 Et hæc in liberis naturalibus primi duntaxat gra-
dûs locum habent. Nam ſecundi vel ulterioris gra-
dûs, hoc eſt, nepotes aut pronepotes naturales, à
ſucceſſione avi vel proavi paterni prorſus excludun-
tur. d. l. ult. verſ. ſed hoc in his. C. de naturalib liber.
d. Novell 89. cap. 12. in fin. Cujac. ad d. Novell. 18.
Angel. Aretin. in §. noviſſimè. infr. de Senatusconſul-
to Orficiano. Gail. lib. 2. obſervat. 115. num. 1. Forſter.
d. libr. 6. de ſucceſſionibus. cap. 10. n. 5. Mattha yllan.
in tract de ſucceſſ. ab inteſt. membr. 2. primi artic. n. 4.
Gabr. Paleotus in tract. de nothis ſpuriisq; filiis cap. 38.
266 num. 5. Ratio ejus hæc reddi ſolet : quia tametſi
concubinatus per leges nomen aſſumpſit, l. in concu
binatu. 3. §. 1. ff. de concubinis. ibiq; Gothofred. vitium
tamen aliquod in ſe continet, d. l ult. C. de naturali-
bus. liber. & ob id nepotes ac pronepotes naturales
digni non judicantur, ut ab inteſtato ex bonis avi
vel proavi paterni aliquid conſequantur : maximè
cùm de domo & ſamilia patris non ſint, atque arma
267 & inſignia familiæ non ferant, Bartolus in leg tute-
lar. 7. in princip. ff. de capit. minutis. Baldus in leg. ge-
generaliter. 6. §. cùm autem. C. de inſtitutionib. & ſub-
ſtitutionibus. Tiberius Decian. reſponſ. 1. num. 6. vol. 3.
& reſp. 31. num. 92. & 93. vol. 1. Ioannes Borcholt. dict.
tractat. de gradib. tit. de ſucceſſ. natural. liber. pag. 188.
Adam Koller. in tract. de jure ſuccéd. ab inteſt. titul. 6.
num. 5. Quamvis aliter ſentiant Covarruv. ad d. lib.
4. Decretal part. 2. c. 8. §. 4 num. 10. Bald. & Salicet. in
d. l. fin. C. de naturalib. liber. Graſſ. in §. ſucceſſio. quæſt.
18. n. 3. & Heigius hic c. 5. ſub tit. de jure ſuccedendi na-
turalium propriè ſic dictor. n. 117. Eâdem de re videa-
tur D. Beſoldus lib. 1. politicor. c. 11. n. 60. & Johan. Ste-
phan. Durantus quæſt. jur. 19. & 20. pag. 85. & ſimi-
libus.

268 At quid de filiis, ex diverſis concubinis ſimul ex-
iſtentibus progenitis, cenſendum? Et eos patri, idq;
propter odium effuſæ libidinis, omninò non ſucce-
dere, apertè, deciſum eſt, d. Novell 89. cap. 12. §. ſi ve-
rò effuſa. 5. Forſter. d. lib. 6. de ſucceſſionib. cap. 10. n. 3.
Matthias Stephani cent. 3. ſub quæſt 9. Ad matris por-
rò, etiam illuſtris, nec non aliorum aſcendentium,
per lineam maternam conjunctorum bona, natura-
les unà cum legitimis liberis æquà lance & pariter 269
convolare, indubitati juris eſt, dict. noviſſimè. 3. ubi
Angel. Aretin. infr. de Senatusconſulto Orfician. l. 2.
& l. Modeſtinus. 8. ff. unde cognati. l. ſi qua illuſtris. 5.
C. ad Senatusconſultum Orfician. Schneidevvin. hic
ſub cap. de ſucceſſ. liberorum natural. tantùm. num. 14.
& ſeqq. Covarruv. dicto loc. num. 15. Arnold. de Rey-
ger. in theſaur. jur. p. 656. Franciſc. de Barry lib. 18. de
ſucceſſione inteſtati. tit. 1. num. 17. & ſeq. in tantum, ut
teſtamento neglecti, aut præteriti, querelam inoffi-
cioſi intentare valeant, l. ſi ſuſpecta. 29. §. 1. & ibi
Paul. Caſtrenſ. ff. de inoffic. teſtament. Schneidevvin.
dict. loc. num. 18. Arumæus Exercitat. Iuſtin. 11. theſ. 8.
ad lit. c. Forſter. dict. lib. 6. cap. 11. num. 4. & 5. Etſi ve- 270
rò, liberis legitimis extantibus, naturales à ſucceſſi-
one patris repelluntur : alimenta tamen illis, ex bo-
nis paternis arbitrio boni viri debentur. dict. Auth.
licèt. verſ. hujuſmodi. Cod. de naturalib. liber. d. No-
vell. 89. cap. 12. § ſi quis autem defunctus. 4. Oldendorp.
claſſ. 5. act. 5. in epitome ſucceſſ. ab inteſt. n. 9. Heigius
hic d. c. 5. n. 127. & Boter. n. 63. p. 70. & d. tract. de Re-
gal. c. 2. n. 107. p. 108.

Sanè ſi liberi naturales per ſubſequens matrimo- 271
nium, etiam in articulo mortis contractum (de quo
ubertim diximus in §. aliquando. 13. ſupr. de nupt. nu-
mer. 5. & ſeqq. & noviter pulchrè explicuit Georgius
Beatus in ſuis deciſionibus antinomiar. quæſt. 9. nec non
Hunnius in ſuis reſolut. ad vol. 2. Treutleri. diſput. 15.
(vel 16.) th 2. lit. A. quæſt 15. pag. 206. & inibi in ſuis
not. Bachovius, pag. 1002. & ſeq. qui diſſentire vide-
tur) legitimi effecti fuerint : cum liberis reliquis per
omnia parentum hereditate gaudebunt, § ſui autem
heredes exiſtimantur 2. verſ. quibus connumerari. infr.
hoc tit. l. cùm quis. 10. & l. nuper. 11. C. de naturali-
bus liber. Novell. 12. cap. ult. & Novell. 89. cap. 8. Ra-
tio conſpicua eſt : quia legitimati per ſubſequens
matrimonium, per omnia, & in omnibus, pro ve-
ris, juſtis & legitimis liberis habentur : nec quic-
quam à liberis naturalibus & legitimis, ex juſto ma-
trimonio procreatis, differre cenſentur. Matrimo-
nium quippe ſequens purgat omne vitium antece-
dens, & retrotrahitur ad tempus conceptionis &
nativitatis filiorum, & perinde habetur, ac ſi con-
tractum eſſet ante conceptionem nativitatemque
filiorum. c. tanta. 6. ext. qui filii ſint legitimi. Mat-
thias Stephani cent. 1. quæſt. 46. ad lit. b. & quæſt. 47.
Rittershuſ. in expoſitione Novell. Iuſtin. part. 7 cap. 6.
num. 3. David Döringius in Bibliothecâ Iuriſconſul-
torum. tom. 1. verb. adulterium num. 294. fol. 754.
Ideoque liberi ita legitimati, ſubſtitutum in caſum
non exiſtentium liberorum legitimorum & natura- 272
lium

272 lium excludunt : & ſtatuto fœminas excludente, maſculis legitimè natis exiſtentibus, comprehenduntur : *ut tradunt Anton. Gabriel. Roman. lib. 6. commun. concluſ. titul. de legitimat. concluſ. 1. ampliat. 13. & 14. Andreas Gail. lib. 2. obſervat. 141. Gravam libr. 2. concluſ. 141. Borcholt. in tractat. de gradibus. titul. de ſucceſſione liberor. per ſubſeq. matrimon. legitimator. pagin. 197. & ſeq. Andreas Gerhardi Decad. 11. quæſt. 4. Ludovic. Molina. tom. 1. de juſtit. & jur. tractat. 2. diſput. 172. num. 14. D. Collega Beſold. in delibat. jur. ex libr. 1. Pandect. numer. 32. pag. 120. Hieronymus de Cavalles in ſpeculo aureo opinionum commun. contra communes. quæſt. 2. num. 5. Forſter. libro 6. de ſucceſſionibus ab inteſtato. cap. 28. & 29. numer. 4. & 14. aliique plurimi, ab iis allegati.* Adde eâ de re copioſius diſſertantem Paulum Æmilium Gallum *in tractat. de except. in ſucceſſ. tam ex teſtam. quàm ab inteſt. part. 1. titul. 1. except. 2. numer. 18. & multis ſeqq.* Ad iſtum autem per ſubſequens matrimonium legitimandi modum quæ neceſſaria ſint, ſuccinctè explicuimus *in dicto §. aliquando. 13. ſupr. de nupt. n. 3. & 4. Deq; iis exquiſitius agit Franciſcus de Barry d. lib. 18. de ſucceſſ. inteſtati. tit. 1. num. 21.*

273 De eo dubitatum memini : an matrimonium intermedium impediat legitimationem prolis per ſubſequens matrimonium? *Exempli gratiâ* : Quidam ex concubinâ ſuſcepit liberos : deinde aliam mulierem uxorem duxit; hacque mortuâ, priorem concubinam matrimonio ſibi junxit : quæſitum eſt, nunquid matrimonium intermedium legitimationi liberorum, antè ſuſceptorum, of-
274 ficiat? Et non officere, pleriſque non ſine ratione viſum eſt. Siquidem habilitas extremorum (*uti fandi mos eſt Interpretum noſtrorum*) ſufficit; velut hoc loco temporis, quo liberi ſunt procreati, & ejus, quo ſibi quiſpiam matrimonio concubinam jungit, *argum. l. potior. 11. §. 1. ff. qui potiores in pig. vel hypoth. habeantur.* ubi tempora præterita conjungi præſentibus ob ſecundam hypothecam non impediuntur, *& argum. l. intercidit. 59. §. 1. ff. de conditio-*
275 *nibus & demonſtrat.* ubi legatum non intercidit, ſi perſona legatarii intermedio tempore incapax reddatur. Huc quoque facit vulgatum axioma : quando eſt impedimentum cauſatum facto hominis, ſuperveniens medio tempore, non impedit extrema conjungi, *argum. l. cùm decem mihi. 71. §. 1. ibiq; Bartolus. ff. de ſolutionibus. & l. bonorum. 24. §. 1. ff. ratam rem haberi.* Eidem ſententiæ ſuffragatur textus *in Novell. 74 cap. 2. §. ſi verò. verſ. omninò enim ſuis exiſtentibus, deinde naturalibus procreatis, aut primitùs natis, &c.* ubi haud dubiè aliud matrimonium medium fuit inter concubinatum, & matrimonium cum concubinâ initum : cùm aliâs non poſſent dici nati legitimi poſt naturales legitimandos : *ut fuſiùs id demonſtrat Antonius de Roſell. in tractat. de legitimat. tit. de cauſa materiali legitimationis. num. 50. & ſeqq.*

Accedit denique & illud, quòd iſtam vim legiti- 276
mandi prolem priorem, jura matrimonio ſimpliciter & generaliter concedant, nec diſtinguant, an aliquod medium matrimonium interceſſerit, vel non : aut an alia legitima proles, vel non, ſubſit : *ut apparet ex lege Divi Conſtantini. 5. Cod. de naturalib. liber. Novell. 12. cap. 4. dubitatum, &c. & d. c. tanta. 6. ext. qui filii ſint legit.* Ergo nec nos diſtinguere debemus, *argum. l. 1. §. initio. 4. ff. de offic. præfecti urbi. l. de pretio. 8. ibiq; gloſſ. & Bartolus. ff. de Publician. in rem act.* Atque hanc, utpote æquam & communem, uſuque receptam ſententiam, tenent *Goffredus in ſummâ, de filiis Presbyteror. ordinand. verſ. quid ſi natus. Hoſtienſ. in ſummâ, eodem tit. §. 2. in fin. Richardus Malumbra in diſput. incip. in quibuſdam Provinciis, &c. Anton. Butr. & cæteri. in d. cap. tanta. extr. qui fil. ſint legit. aliiq; quos refert & ſequitur Molinæus in Commentar. ad conſuetud. Pariſienſ. tit. 1. §. 8. gloſſ. 1. n. 34.* Quibus adjiciendi quoque ſunt *Zaſius in epitom. feud. part. 8. numer. 76. Forſter. ſonst in tractat. de ſucceſſionibus. lib. 6. cap. 23. num. 15. & ſeqq. Borcholt. in Commentar. in conſuetud. feudor. cap 7. de ſucceſſione, &c. num. 49. & Roberus Diſp. 3. ad Inſtitut. theſ. 3.* Et quamvis Ludovicus de Sardis *dict. tractat. de naturalib. liber. c. de legitim. per verum matrimonium. quæſt. 2. numer. 5. & 6.* contrarium defendere præſumat : ejus tamen opinio, tanquam minùs æqua, & Saturnina (*ut loquitur Molinæus jam allegato loco*) rejicienda eſt, & contrà com- 277
munis omninò approbanda : adverſus quam nimia & rigoroſa ſubtilitas à conſulentibus & judicantibus admitti haud debet, *teſte Marciano in l. ſicut. 8. §. ſi debitori. 16. ff. quibus modis pign. vel hypoth. ſolvit. & Accurſio in titulo 6. Epiſcopum vel Abbatem. in verb. feudum. lib. 1. feudorum.*

Non refragantur textus, qui volunt, in legiti- 278
matione affectionem concubinalem continuatam, eſſe transmutandam in maritalem. *l. cùm quis. 16. ibi, poſtea autem ex eadem affectione. & l. ſeq. C. de naturalib. liber. Novell. 89. cap. 8. verſ. affectus enim circa filios, &c. cum ſimilibus.* Nam ope fictionis cenſetur noſtro in caſu eadem affectio cùm verbum *poſtea, in d. l. cùm quis. 10. C. de natural. liber.* verificetur etiam poſito aliquo intermedio, *argum. l. 1. in princ. ubi Doctores. ff. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt.* Nihil quoque obſtat, quòd appellatione nuptiarum in jure noſtro veniant primæ tantùm, non ſecundæ. *l. cùm pater. 77. §. pater certam. 9. ff. de legat. 2. l. dotis promiſſi. 66. in fin. ff. de jure dot. cum ſimilibus.* Etenim reſpondetur : hoc tantùm ſecundùm quid verum, cæterùm abſolutè falſum eſſe : cùm utique ſecundæ ſint nuptiæ : & aliâs, nec liberos poſt primam uxorem natos ex concubinâ legitimari poſſe, ſequeretur. Sed & *in d. l. 68.* ideo dicitur, dotis promiſſæ obligationem extingui, ſi aliæ nuptiæ interceſſerint : quòd quicunque intuitu certæ mulieris,

quam Titius ducturus erat, dotem promisit, tacitè
promisisse videatur, si nuptiæ cum illâ ipsa muliere
statim sequantur. Nec quicquam aliud ex illo tex-
tu ad hanc rem inferri potest, quàm, promissionem
Titio factam super dote, si concubinam duxerit;
aliâ uxore ductâ extingui: neque reviviscere, si
postea Titius concubinam ducere velit: interme-
dium autem matrimonium impedire legitimatio-
nem, qui proprius est nuptiarum effectus, malè in-
de infertur. Reliqua, quæ nostram hebetare vi-
dentur assertionem, satis refellit Forsterus *dicto lo-
co*, & Antonius de Rosell. *dict. tract. de legitimat. tit.
de causa materiali legitimat. n. 56. & seqq.* itemque
Reinhardus Bachovius *in suis not. ad vol. 2. Treut-
leri. disput. 16. th. 2. lit. A. pag.* 1004. *& seq.* Porrò an
279 & quatenus per conjugium subsecutum legitimatus
jure primogenituræ gaudeat, accuratè explicant,
post alios, Tiraquellus *in Comment. de jure primigen.
quæst. 34. num. 3. cum multis seqq. Molin. dict. Commen-
tar. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 8. gl. 1. num. 34. cum seq.
Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 27.
Nicol. Betsius in tract. de pactis famil. illustr. c. 9. pag. 575*
D. *Collega Besoldus lib. 2. de regiâ success. dissertat. 9.
num. 8. & seq. & novissimè D. Martin. Rümelin. in
dissertat. 6. ad Aur. Bull. th. 13.*
280 Cæterùm legitimati per rescriptum Principis
tum demum parentibus suis succedunt, si justi & le-
gitimi liberi deficiant. *l. imperialis. 23. Cod. de nupt.*
281 *d. Nov. 89. c. 9.* Ast vt Imperiali rescripto naturales
liberi efficiantur legitimi, tria comprimis conjun-
ctim requiruntur. I. Ut matrem istorum libero-
rum conjugem habere pater nequeat. *d. Nov. 89. c. 9.
Bocer. in tract. de regalib. cap. 2. num. 69. Gail. libro 2.
observat. 142. num. 3. Forster. d. libro. 6. de successioni-
bus. cap 33. num. 19.* II. Ut alios liberos legitimos
non habeat. *Novell 74. c. 2. & d. Novell. 89. cap 9.
Iason. ad leg. Gallus. 29. §. & quid si tantùm. num 107.
ff. de liber. & posth. Antonius Gabriel. Roman. d. lib. 6.
commun. conclus. tit. de legitimat. conclus. 6. Vulteius
libro. 1. Iurispr Rom. cap. 23. num. 12.* III. Ut ipsi li-
beri naturales in sui legitimationem consentiant, *d.
Novell. 89. c. 11. Carolus Tapia in Commentar. ad
Rubr. ff. de constitut. c. 5. num. 46. huncque referens D.
Bocerus dicto loco.* Videatur etiam Petrus Friderus
Mindanus *de processib. Camer. libr. 1. cap. 12. num. 3.*
ubi, quid in supplicatione pro impetrandâ legitima-
tione narrandum sit, breviter ostendit. Enimverò
naturales liberi, ad supplicationem patris, etiam ex-
tantibus liberis legitimis & naturalibus, adjectâ
hac clausulâ, *non obstante, quòd liberi legitimi su-
persint*, legitimati per Principem, cum legitimè
natis succedere possunt, *arg. l. 2. & 3. ff. de natalibus
restituend. & l. 2. in fin. C. de jure aur. annul. & de na-
talib. restit: Ias. in l. Gallus. 29. §. & quid si tantùm.
numer. 96. ff. de liber. & posth. Alexander con-
sil. 188. num. 24. vers. non obstat. &c. Bercholt. d.
tract. de gradib. pag. 204. Gail. lib. 2. observat. 142.
numer. 8.*

In disceptationem hic illud vocatur: nunquid, 282
si pater (legitimatione liberorum naturalium per
Imperatorem factâ) vxorem ducat, & ex eâ libe-
ros legitimos suscipiat, legitimatio revocetur, & ir-
rita fiat? Negantium opinionem juri consonam
esse, ex sequentibus præcipuè rationibus constat.
I. Quia ea, quæ legitimè & ritè constituta sunt, 283
durant: licèt ille postea extiterit casus, à quo ini-
tium capere non potuerunt. *l. in ambiguis. 85. §. de
regul. jur. cap. factum. 73. de regul. jur. in 6.* idque ma-
ximè in beneficiis, ut est legitimatio, locum habet,
cap. decet 16. eodem tit. in 6. II. Quia filium tempo- 284
ralem habere, absurdum est: velut ex mente Labeo-
nis respondit Paulus *IC. in leg. quæsitum. 34. ff. de
adoptionibus. Cujac. in Commentar. in lib. 11. quæstion.
Paul. pag. 234.* III. Quoniam perfectum quod est, 285
ex postfacto irritum fieri aut revocari non debet,
*l. si, ut proponis. 3. C. de confirmando tutore. l. sanci-
mus. 25. vers. non enim debet. C. de administratione tu-
tor. &c.* IV. Quia legitimatio, per subsequens ma- 286
trimonium facta, non constituitur irrita, quantum-
vis postea patri liberi legitimi nascantur, *d. Nov. 74.
in præfat. §. sancitum namque est. & d. Novell. 89.
cap. 8.* V. Quia certi, jureque definiti sunt modi, 287
quibus liberi à nexu patriæ potestatis liberantur,
*l. patre. 8. ff. de his, qui sui, vel al. juris sunt. tot. tit. supr.
quibus modis jus patriæ potestas. solvit.* Quibus tamen
nusquam legitimorum liberorum nativitas connu-
meratur. Atque hanc sententiam, tanquam com-
munem & veram, suis suffragiis comprobant *Decius
consil. 307. incip. viso puncto. colum. final. vers. quartò
non obstat. & consil. 576. pro resolutione. col. 1. in princ.
vol. 3. Matthæus Gribald. in communib. opinionib. in
verb. legitimatus. vers. legitimatio. Ioan. Fichard. in
additionib. ad Baptist. à Villalobos in communib. opi-
nionib. lit. L. num. 83. & latè Tiraquell. ad l. si unquam.
in verb. donatione largitus. num. 281. & seqq. C. de re-
vocand. donat.* Quòd autem idem Tiraquellus *ibi-* 288
dem num. 308. & seqq. prædictam sententiam eo
duntaxat casu procedere existimat, quo pater &
Princeps in ipsa legitimatione cogitârunt de futu-
ris liberis, non item eo casu, quo de liberis legitimis
non cogitaverunt: *& num. 316. & seqq. ex quorun-
dam Dd. traditione* subjicit, etiam hoc posteriore
casu legitimationem, quoad patriam potestatem,
honores, & dignitatem, privilegiaque familiæ om-
ninò consistere ac durare: sed quoad jus succeden-
di, quod solis postea legitimè natis liberis com-
petat, irritam fieri: id sanè à juris ratione prorsus
alienum, adeòque minimè ferendum judico, *cum
D. Collega Bocero in dict. tractat. de regalib. c. 2. n. 75.*
Tum quia legitimationis effectus patria potestas 289
censetur, *d. Novell. 74. cap. 1. ibi, & suos de cæ-
tero, & sub potestate habere. &c. 2. in pr. ibi, ut
sub potestate ejus consistant & d. Nov. 89. c. 9.*
Atqui patriæ potestatis effectus est, jus succedendi
in bona defuncti patris. *§. 1. § emancipati. 9. & §. sed
ea omnia. 14. infr. hoc. tit.* Cùm ergo patria potestas
in libe-

in liberos legitimatos duret, licèt ipsi postmodum
patri nascantur liberi legitimi : certè jus etiam il-
290 lud succedendi in hereditatem patris durabit. Tum
quia liberi, per rescriptum Principis legitimati, ni-
hil à legitimis liberis differre dicuntur, *per modò
allegatam Novell. 74. c. 2. in princ. ibi, nihil à legiti-
mis filiis differentes. & d. Nov. 89. c. 9. in fine.* Quare
unà cum legitimis liberis, postea natis, in patris he-
291 reditatem meritò succedunt. Tum quia natura-
les liberi per hunc legimationis modum restituun-
tur & naturæ, & antiquæ ingenuitati, & juri legiti-
mo, *dict. Novell. 74. cap. 2. in princ. & dict. Novel. 89.
cap. 9. §. fit igitur. 1.* Hoc igitur jus ipsis acquisitum,
eis invitis non debet auferri, ne quidem per eman-
cipationem à patre factam, *dict. Novell. 89. c. 11. in
292 princ. l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.* Tum etiam
quia pœna est noxæ sive delicti vindicta. *l. aliud
fraus. 131. ff. de verborum significatien.* Nihil autem
delinquunt legitimati liberi facto patris, ad secunda
vota transeuntis, legitimosque liberos justà ex con-
juge suscipientis. Neque ergo privatione juris suc-
cedendi puniendi erunt. Tum postremò quia nul-
lâ lege aut constitutione jus succedendi in paternam
hereditarem ademptum est liberis legitimatis, eo
casu, quo pòst legitimationem patri liberi legitimi
293 nati sunt. Ergo, cùm sine lege loqui erubescamus,
Novell. 18. capite. 5. in princ. nec nos id dicere debe-
mus. *l. ab ea parte. 5. in princ. ff. de probationib. & l. il-
lam meritè. 19. vers. superstitibus quidem. ibi, eò quòd
nulla constitutio super hujusmodi collatione posita esset.
C. de collationib.*

294 Nec imminuit decisionem nostram : quòd legi-
timatio per imperiale rescriptum fieri nequeat, si pa-
ter jam justos & legitimos liberos habeat, *d. No-
vell. 74. cap. 2. dict. Novell. 89. cap. 2.* Nam justi
quidem & legitimi liberi, ante legitimationem
procreati, impediunt legitimationem futuram : at
post eam ritè factam nati, ipsam non tollunt, & ne
295 quidem quoad successionis effectum. Factum n. le-
gitimè retractari non debet, licèt casus postea eve-
niat, à quo non potuit inchoari. *d. cap. factum. 73.
de regul. jur. in 6. dict. l. in ambiguis. 85. §. 1. ff. de regul.
296 jur.* Hinc quamvis furor, & sponsalia, & matrimo-
nium contrahendum impediat : contracta tamen
sponsalia, aut matrimonium alterutrius sponsi vel
conjugis, non dissolvit aut infirmat, *l. furor. 8. ff. de
sponsalib. & l. patre furioso. 8. in princip. vers. nam fu-
297 riosus ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt.* Hinc et-
iam licèt cœcus ad novum magistratum aspitare pe-
nitus prohibeatur : attamen cœptum ante cœcita-
tem magistratum retinet, *l. 1. §. secundo loco. 5. vers.
sed melius est. ff. de postulando.* Quapropter & legiti
matio, per rescriptum Principis ritè facta, non
revocatur ; tametsi patri post legitimationem li-
beri justi nascantur.

298 Nihil item conclusioni nostræ obloquitur re-
gula illa vulgata : quòd ea, quæ ab initio consti-
terunt, corrumpi & irrita fieri dicantur, cùm eum in
casum recidunt, à quo incipere non potuerunt, *l.
existimo. 98. in fine principii. ff. de verborum obligatio-
nibus. l. pro parte. 11. ff. de servitutib. l. 3. in fin. ff. de his.
quæ pro non scriptis habentur. & similib.* Præterquam
enim quòd non omnium, sed quorundam solum-
modò Iuris auctorum opinio fuit ; ea, quæ rectè
constiterunt ab initio, resolvi ; si in eum pervene-
runt casum, à quo initium sumere non potuissent,
*d. l. existimo. 98. in princ. vers. & maximè secundum
illorum opinionem. ff. de verborum obligat.* sciendum
etiam est, hanc regulam non in omnibus, sed iis
duntaxat casibus esse veràm, quibus res, quæ agitur,
eo tempore, quo agitur, vltimum finem ac effectum
non sortitur, *ut jam suprà dictum est num. 242.* Un- 299
de in servitutis promissione non constituitur perfe-
ctè ipsa servitus : sed tum demum, cùm planè ac-
quiritur, & prædiis imponitur. Licèt proinde sti-
pulatio servitutis sit vtilis : perimitur tamen & re-
solvitur, si tempore quo acquiritur, sive prædio im-
ponitur, casus aliquis existat, quo in stipulationem
deduci non potuisset, *d. l. existimo. 98. in princ. & l.
si sub una. 136. §. 1. ff. de verborum obligationibus. &
dict. l. pro parte. 11. in fin ff. de servitutibus.* Sic si res in
stipulationem deducta, tempore stipulationis sit in
commercio hominum ; sed ante traditionem in
hominum commercio esse desinat : inutilis effici-
tur, extinguiturque stipulatio : cùm ea vltimum
suum finem & effectum tempore primum traditio-
nis consequatur. *§. idem juris. 2. vers. item contrà.
infr. de inutilib. stipulationib.*

Cæterum altera regula, pro stabiliendâ decisione 300
nostra *suprà num. 295.* allata & proposita *in dict. leg.
in ambiguis. 85. §. 1. ff de regul. juris. & dict. capit. fa-
ctum. 73. de regulis juris in 6.* in his procedit specie-
bus, quæ eo, quo aguntur, tempore confestim ulti-
mum suum finem & effectum sortiuntur : quo tem-
pore, si vtiliter & legitimè fiant, durant ; quan-
quam postea in eum inciderint casum, à quo initium
capere non potuerint. *Cujac. in Commentar. in
libr. 12. respons. Papin. pag. 517. & seq. Decius ad dict. leg.
in ambiguis. 85. §. 1. num. 2. ff. de regulis juris. aliiq;
superiùs allegati, num. 242.* Hinc servitutes, quæ
jure acquisitæ sunt, prædioque impositæ, ex acci-
denti & ex postfacto intercidere non possunt, *l. pe-
nult. §. ult. ff. de verborum obligation.* Simili ratione
jus acquisitum eo tempore, quo vtiliter acquireba-
tur, subsequens tempus corrumpere nequit, licèt
eum inciderit in casum, vnde initium capere non
potuit. *l. 1. §. ult. ff. de itinere, actuque privato. l. si de eo
fundo. 40. §. penult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Quo-
circa cùm ipsa legitimatio vltimum finem & effe-
ctum suum tempore legitimationis statim conse-
quatur ; quem finem & effectum esse patriam po-
testatem, *d. Novell. 74. cap. 1. & 2. & dict. Novell. 89.
capite. 9.* hujus verò effectum esse jus succedendi in
futuram hereditatem patris, docuimus suprà *n. 231.*
quamvis postmodùm justi liberi patri agnascantur,

sicque legitimatio in eum reciderit casum, à quo inchoari nequivit; ejus tamen finis & effectus amplius non corrumpitur.

301 Præterea nullum contrariæ opinioni adfert patrocinium: quòd jus filiationis separatum est à jure successionis: si quidem quis hereditati patris renunciare, & nihilominus ejus filius manere possit: & licèt filius ab hereditate patris sit exheredatus; filius tamen ejus esse non desinat. Etenim separatio isthæc fit aut voluntate filii, ut in renunciatone; aut filii ingratitudine, ut in exheredatione. In proposito autem themate agitur de legitimatis liberis, qui nec hereditati paternæ renunciant, nec ullius ingratitudinis argui possunt: proindeque nec à patre exheredantur, ut rectè respondet D. Bocerus in prænllegato Tract. de regalib. cap. 2. num. 86. in fine pag. 96. De eâdem controversiâ in utramque partem disserit Ludovicus Molina tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disput. 173. num. 28.

302 Trahitur in quæstionem ancipitem & illud: Num agnatorum & cognatorum, qui post liberos legitimos successuri sunt, consensus sit ad hanc legitimationem necessarius? Et eum non esse necessarium, sanior & receptior doctrina est. Tum quia neque d. Novell. 74. neque d. Novella 89. (quæ utraque de hac legitimatione, ejusque requisitis agit) uspiam agnatorum vel cognatorum consensum desiderat. Tum quia agnatis & cognatis nullum in bonis agnati & cognati adhuc viventis jus est quæsitũ: siquidem is, exclusis illis, etiam extraneæ honestæ personæ bona sua testamento relinquere possit, l. fratres vel sorores. 27. C. de inofficioso testament. arg. l. in re
303 mandata. 21. C. mandati. Tum quia cùm adoptio fit, non est necessarius in eam rem agnatorum & cognatorum consensus, respondente Celso in l. cùm adoptio. 7. ff. de adoptionib. Tum denique, quia pater qui nullam prolem legitimam aut parentes habet, naturalibus suis liberis universam suam substantiam vel ultimâ voluntate, vel inter vivos relinquere potest, d. Novell. 89. c. 12. §. si verò filios non habuerit. & Auth. licèt. C. de naturalib. liber. Et hanc sententiam firmant probantque Iason. in l. Gallus. 29. §. & quid si tantùm. num. 130. ff. de liber. & posthum. Decius. consil. 55. num. 2 cons. 338. num. 2. & cons. 367. num. 6. Anton. Gabriel. Roman. lib. 2. commun. conclus. tit. de citation. conclus. 1. num. 143. Antonius de Rosellis in tract. de legitimat. lib. 1. tit. de caus. formali legit. n. 11. Capra consil. 2. colum. 4. & 5. Bursatus cons. 10. n. 5. vel. 1. Borcholt. in tract. de gradib. tit. de success. liberor. per rescript. Princ. legitimator. pag. 202. Gail. lib. 2. obs. 142. num. 1 & 2. Eorster. lib. 6. de successionib. cap. 33. num. 26. Adam. Keller. in tract. de jure succed. ab intest. tit. 7. numer. 4. Molina. d. tract. 2. disp. 174. Domini Collega Andreas Bayer & Christ. Besold. part. 5. consil. 199 numer. 40. & seqq. aliique plures. ab his designati.

304 Nec quicquam ad rem pertinet, quòd agnati & cognati succedant in bona agnati & cognati sui, sine liberis justis defuncti: atque ita jus quoddam in spe ipsis sit quæsitum. Nam jus in spe, quod quis habet, considerabile non est, ut tradunt Bartolus, Crotus, Iason, & alii ad d. l. Gallus. 29. §. & quid. si tantùm. ff. de liber. & posthum. hosque referens D. Bocerus d. tract. de regalib. c. 2. num. 88. & seqq. ubi propositam quæstionem accuratiùs & copiosiùs examinat: nec non num. 93. contra alios speciosis rationibus ostendit: legitimatos per rescriptum Principis succedere etiam ipsis cognatis intestato mortuis, licèt illi legitimationi non consenserint.

Est & hæc nobilis, contrariisque Doctorum opinionibus involuta quæstio: utrùm liberi naturales, per rescriptum Principis, vel Comitem Palatinum, legitimandi potestatem indubitatè habentem, legitimati comprehendantur statuto excludente fœminas, extantibus masculis naturalibus & legitimis? Et quamvis multi id affirment. Baldus in l. eam, quam. 14. & Iason. in l. cùm acutissimi. 30. col. 2. vers. breviter. C. de fideicommissis. Castrens. in l. sed si hac. 10. §. patronum. ff. de in jus vocand. & in l. si itaquis. 51. §. ult. ff. de legat. 2. & consil. 226. dicendum est. lib. 1. Anton. Rosell. d. lib. 1. de legitimat. tit. de causa final. legitimationis. num. 4. Alexand. cons. 2. num. 11. & cons. 94. colum 2. vers. secundò. lib. 1. Beroius consil. 24. num. 2. & cons. 174. num. 10. lib. 2. Curt. junior. consil. 53. num. 10. Albert. Brunus in tract. de statutis fœminas à successione excludentib. artic. 12. q. 4. num. 10. Gozadinus cons. 6. num. 38. & cons. 85. num 26. Alciatus respons. 307. num. 2. Parisius consil. 55. num. 10. lib. 3. Covarruv. in Epitom. in 4. libr. Decretal. secund. part. cap. 8. §. 8. num. 3. Decianus cons. 3. num. 86. lib. 1. Bursatus consil. 85. num. 12. & cons. 89. num. 22. Menochius cons. 227. num. 35. & cons. 266. num. 9. Paul. Æmil. Gall. d. tract. de except. part. 1. tit. 1. except. 3. num. 2. & seqq. fol. 60. Hieronymus de Cavallos in Specul. aur. opinion commun. contra commun. q. 2. num. 15. & seqq. aliique quos isti citant: conclusionem tamen negatam veriorem, & judicio Cameræ Imperialis meritò approbatam esse, teor. Ete- 306
nim legitimatio, quæ fit per rescriptum Principis, extantibus liberis naturalibus & legitimis, odiosa, jureque prohibita censetur: proindeque eo casu illegitimi jus liberorum legitimorum rescripto principali non consequuntur. Idque manifestè probatur per Novell. 74. cap. 2. in fin. vers. omnino enim, &c. & Novell 89. c. 11. §. 1. vers. omnino enim legitimis, &c. ubi dicitur, tunc per rescriptum filios legitimos effici, cùm alii legitimi non extant: si verò extent, legitimos fieri posse per oblationem curiæ, vel per matrimonium, non autem per rescriptum. Si ergo jus legitimorum filiorum isti non habent per rescriptum: neque fœminas excludere possunt, quas soli filii legitimi & naturales excludunt. Nec 307
obstat, si obiiciatur, fieri posse; ut, etiam filiis legitimis existentibus, naturales filii ab Imperatore legitimentur, ut supra indicatum numer. 281. atque adeò.

adeò hoc casu filiæ excludantur. Nam primò sententia nostra nititur tantùm lege Iustiniani scriptâ, cui tenaciter inhærendum : non autem iis, quæ de facto servantur. Deinde responderur, tales legitimatos hoc quidem consequi, ut Imperiali beneficio legitimi efficiantur ; & unà cum fœminis ad successionem æqualibus partibus admittantur : non
308 verò ut eas penitus excludant. Ex regulâ namque generali rescriptum Principis ita accipiendum est, ut aliis non præjudicet. *l. 2. ff. de fluminib. ne quid in flum. &c. l. 2. & l. rescripta. 7. C. de precib. Imperatori efferend.* Atque ita sentiunt *Antonius de Butrio in c. tanta. 6. & c. per venerabilem. 13. ext. qui filii sint legitimi. num. 16. Socinus senior in d. l. Gallus. 29. §. & quid si tantùm. num. 27. ff. de liber. & posthum. & consil. 346 lib. 2. Curtius senior consil. 13. & cons. 16. & cons. 35. & cons. 74. Angel. consil. 76. Ludovicus Bologninus cons. 58 Cephalus cons. 78. lib 1. Prosper Pastibus cons. 71. Guidus Pansirolus cons. 59. num. 68 Ludovicus de Molina lib. 3. de Hispan. primogeniis. c. 2. num. 7. & cap. 5. num. 75. Grassus tit. de success. ab intestato. q. 19. n. 12. Portius Imolensis cons. 106. num. 89. Albanus in lucubrationib. ad Bartol. in d. l. Gallus. 29. §. & quid, si tantùm. num. 22. ff. de liber. & posth. Tiraquell. ad l. si unquam. in verb. susceperit liberos. num. 98. C. de revoc. donat. Gulielmus Benedictus in c. Raynutius. 16. in verb. duas habent uxores. num. 148. ext. de testament. Ruinus cons. 84. num. 3. lib. 3. Molineus in consuetud. Parisiens. rubr. 1. §. 8. gl. 1. n. 50. Mynsinger. cent. 3. obs. 26. circa finem Gail. lib. 2. obs. 140. num. 6. Bercholt. in tract. de gradib. tit. de success. liber. per rescript. princip. legitimator. pag. 205. Doctor Marta tom. 4. digestorum novissimorum. tit. legitimatus. cap. 3. fol. 83. Forster. lib. 6. de successionib. cap. 37. num. 35. Andr. Gerhardi decad. 11. q. 4 circa fin. Fachineus lib. 6. controversiar. jur. cap. 1. Rittershus. in d. exposit. Novell. Iustin. part. 7. cap. 6. num. 9. & Keller. d. tract. de jure succed. ab intest. tit. 7. numero. 20. aliique ab illis recensiti.*

309 Quæri & illud non inconvenienter hìc poterit: ecquid, ut liberi naturales, ex concubinâ progeniti; ita & spurii & cæteri, ex illicitis atque prohibitis conjunctionibus orti (*de quorum successione inferiùs num. 337. & seqq. agetur*) rescripto Principis legitimari valeant? Franciscus Accursius sanè *in d. Novell. 89. cap. ult. in verb. participium & in l. 1 verb. rescripti* (*ubi & Gothofredus*) *C. de naturalib. liberis. & auth. ex complexu in verb indigni. C. de incest. & inutilib. nupt.* arbitratur, quòd beneficium legitimationis per rescriptum ad spurios non pertineat : addit tamen ibidem, si dicat Princeps in rescripto suo, quòd jubeat eos esse legitimos non obstante aliquâ lege, legitimationem valere, *arg. l. quaris. 3. ff. de natalib. restituend. l. Princeps. 31. ff. de legib. l. adoptio. 38. ff. de adoptionib. l. qui in provincia. 57. ff. de rit. nupt. & d. c. per venerabilem. 13 ext. qui filii sint legitimi.* Et hanc spuriorum legitimationem Doctores propriè dispensationem appellitant, *Forsterus lib. 6. de successionibus. cap. 35. numer. 16. & seqq. aliique ab eo memorati.*

Verúm cùm per istam spuriorum legitimationem 310
non solùm occasio præbeatur peccandi per illicitam Venerem, & frequentiores prohibitos concubitus: & lex divina etiam spurios planè detesterur, *Deuteronom. 2. vers. 2. ibique D. Andreas Osiander in suis Notis* : nec non ipse Iustinianus Imp. satis disertè caveat *in Novell. 18. c. 5. vers. si autem concupiscentia, &c. & id d. Novell. 89. c. ult.* ne legitimationis beneficium spuriis proficiat : idcirco verisimile est, Imperatorem parcè hoc beneficium in spurios collaturum. Ideòque parentes non temerè pro legitimandis suis spuriis preces Principi offerre debent : ne fortassis cum Faustinâ audire necesse habeant à Principe illud : improbum est desiderium tuum, *l. accusationis. 10. C. de his, quæ vis, metusve causa gesta sunt.* vel cum Alexandro : juris ordinem converti postulas, *l. 2. C. de jurisdict.* vel cum Victorino : jampridem vetitum est, quod petis, *l. mortuorum. 12. C. de religios. & sumpt. funer.* vel denique cum Charidemo : contra juris formam evidenter postulas, *l. non adversus. 15. C. si certum petatur.* D. *Bocerus in tract. de Regalib. c. 2. num. 108. p. 109. & seq.* Unde non ineptè quidam Interpretes simpliciter concludunt : quòd spurii & reliqui, ex illicitis conjunctionibus procreati, non legitimentur : nisi statuto vel consuetudine aliud sit introductum : *Anton. de Rosell. in tract. de legitimat. lib. 1. tit. de causa materiali legitimationis. num. 10. & lib. 2. tit. de legitimatis Principum clementiâ. num. 38. Vultejus lib. 1. Iurisprud. Rom. c. 23. num. 1. & Robertus Disput. 3. ad Institut. thes. 1. ad lit. b.* Porro de istis, & aliis quæstionibus, quæ hic moveri possent, videantur D. Besoldus *in delibatis jur. ex lib. 1. Pandectar. num. 32. pag. 112. & aliquot seqq: itemque volum. 4. consil. 193 fol. 283. cum seqq.* & Antonius Querta *consil. 65. 66. 67. 68. & 70.*

Disputari quoque de eo solet : sitnè concubina- 311
tus hoc nostro seculo illicita conjunctio, ita ut liberi ex eâ prognati spuriis connumerari jure debeant: & consequenter legitimationis beneficio regulariter non gaudeant? Et quamvis illegitimam hodie concubinatum esse conjunctionem, manifestissimè appareat *ex quadam constitutione Imp. Constantini Porphyrogenneta apud Harmenopulum lib. 4. tit. 7. cap. de concubin. & Imp. Leonis Novell 91. itemque ex can. concubina 5. caus. 31. quæst. 2. & similibus* : proindeque dicendum videatur, liberos ex concubinâ progenitos hodie spurios esse, atque adeò neque patri suo ullâ ratione succedere, neque legitimationis beneficio frui posse : *quod placuit Cujacio lib. 5. observat. cap. 6. in fin. & ad l. cùm tabulis. 16. §. 1. ff. de his, quæ ut indig. auferuntur.* attamen cùm nullâ lege novâ illi ab omni patris substantia omni casu nominatim arceantur, aut beneficio legitimationis exuantur : idcirco etiamnum jura, ex legislatione Iustinianeâ competentia, ad eos pertinere intelliguntur.

tur. Non enim ut novo jure concubinatus vetitus est: ita eodem jure liberi ex eo nati à patris substantiâ omni casu repelluntur, vel legitimationis beneficio privantur. Ideoque Justinianeum illud successionis & legitimationis jus in liberis istis salvum mansisse statuendum erit, *argum. l. penultim. ibi, neque enim sicut illud receptum est: ita hoc quoque receptum. ff. de rebus credit. & l. præcipimus. 32. §. ultim. ibi, quicquid hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis omnes relictum intelligant. C. de appellationibus.* Sic
312 licèt adulterii pœna antiquitus non fuerit ultimum supplicium, sed vel deportatio, *juxta Iulium Clarum lib. 5. sentent. §. adulterium. numer. 7. & alios ab eo allegatos;* vel relegatio, *secundùm Cujac. libr. 6. observat. cap. 11. & lib. 20. cap. 18. Menochium de arbitrar. judic. lib. 2. centur. 5. cas. 419. num. 27. & 31. cum seqq. & Wesenbec. in paratit. ff. ad leg. Iul. de adulter. numer.* 19. ac ea propter de adulterio transigi non potuerit, *per regulam in l. transigere. 18. C. de*
313 *transactionibus.* postea tamen quamvis constitutio nova adulterium gladio puniri jusserit, *l. quamvis. 30. in fin. C. ad leg. Iul. de adulter.* nihilo tamen minùs jus vetus, quoad transactionem, illibatum intactumque remansit, *d. l transigere. 18. C. de transactionibus. D. Becer. in tractat. de regalib. cap. 2. numer.* 110. Porrò an & quatenus concubinatus tum jure civili, tum canonico sit permissus, accuratè explicant Bachovius *in suis notis ad volum. 2. Treutleri, disputat. 16. th. 3. lit. A. pagin.* 1018. *cum seq.* & ibidem Hunnius *in suis resolut. quæst. 25. pag. 220. & seqq.* Deque eo nonnihil dictum est *ad §. 3. num. 7. supr. de justit. & jur. & §. 1. supr. de patr. potest num. 34. & seqq.*

314 Sanè liberi naturales non solùm per subsequens matrimonium, per oblationem curiæ, & rescriptum Principis legitimantur, *§. sui autem. 2. vers. quibus connumerari. infr. hoc tit. nostro. §. ult. ſ. de nupt. l. cùm quis. 10. & l. nuper. 11. C de naturalib. liber. Novell. 74. c. 1. Novell. 89. cap. 2. 8. & 9.* verùm etiam appellatione sive nominatione suorum legitimi efficiuntur: adeoque cum naturalibus & legitimis liberis succedunt, non secus, ac si & ipsi ex legitimo matrimonio nati essent. Ex patris etenim assertione, de quâ ritè constat, matrimonium retrò contractum fuisse præsumitur: nec ad nuptiarum fidem alia probatio requiritur, *Novell 117. cap 2.* Quinimò si pater plures habens filios naturales, unicum ex iis suum nominaverit: hæc nominatio in testamento, vel instrumento publico facta, omnibus ex iisdem parentibus natis liberis prodest. Omnes quippe justi & legitimi reputantur, tanquam legitimum matrimonium præcedisse, probatum esset, *d. Nov. 117. cap. 2. in fin. ibique Cujac. Iohan. Faber. in Breviario Codic. ad libr. 10. numer. 3. C. de naturalib. liber. Balduin. Hortens. Vult. numer. 8. ad §. ult. supr. de nupt. & libr. 1. Iurisprud. Rom. cap. 23. numer. 9. Rittershus. in exposit. Novellar. part. 4. cap. 12. numer. 11. & Borchols. in tractat. de gradib. titul. de successſ. liberor. qui per appellationem suorum legitimati sunt. pag.* 207. A quibus recedere videntur Giphanius *ad d. §. ultim. supr. tit. de nupt.* & Ant. Faber *in Iurisprud. Papin. d. tit. de nupt. princip. 2. illat. 1.* statuentes: nominationem non esse modum legitimandi specialem liberorum naturalium, sed potiùs justarum nuptiarum, & quæ ex iis est, legitimæ nativitatis probationem. His novissimè adstipulatur Ungepaur. *exercit. Iustin. 9. quæst. 5. pag. 358. edit. ult.* Vide de isthoc legitimandi modo fusiùs dissertantem Balthasarem Tomasium *tractat. 1. titul. 9. cap. 6. numer. 233. cum seqq. fol. 39. & subseq.*

Porrò filios naturales, etiam legitimatos, ad feu- 315
di successionem non admitti, certi juris esse videtur, *cap. 1. §. naturales. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnat. vas. titul. 26. lib. 2. feudor.* Sed difficilima, & hactenus nondum satis expedita quæstio, à feudalium placitorum Interpretibus moveri solet: Num naturales filii, per subsequens matrimonium legitimati, ut in allodiis, ita & in feudis, æquè ac legitimè nati, succedant? Affirmativam sententiam conspirantibus votis tuentur *Andreas de Isernia, Iacobus de Belvise, Bald. Præposit. Matth. de Afflict. Frideric. Schenck. Laudens. Alvarott. & alij in d. §. naturales. Iason in l. generaliter. 6. §. cùm autem. numer. 10. C. de institutionib. & substitut. & consil. 168 numer. 6. volum. 4. Hostiens. Ioan. Andr. & Anton. de Butr. in cap. lator. 5. ext. qui filii sint legitimi. Ripa in l si unquam. 8. numer. 88. C. de revocand. donat. & in l. ex facto. 17. §. si quis rogatus. 4. numer. 84. ff. ad Senatusc. Trebell. Marsil. sing. 542. Dec. consil. 155. num. 4. Ruin. consil. 211. volum. 1. & cons. 92. numer. 4. volum 3. Paris consil. 13. numer. 44. & consil. 15. num. 8. volum. 2. Curt. jun. consil. 52. numer. 2. & cons. 64. numer. 11. & consil. 136. numer. 1. Schrader. in tract. feud. part 7. cap. 5. numer. 21. Iul. Clar. lib. 4. sent. §. feudum. quæst. 82. numer. 4. Zasius in Epitom. feud. part. 8. circa fin. Rosenthal. de feud. cap. 7. numer. 48. Rosenthal. in tract. feud. cap. 7. conclus. 18. numer. 1. & 2. Villalob. in thesaur. commun opin. lit. L num. 73. Andreas Gail. lib. 2. observat. 141. numer. 2. Soarez. in thes. recept. sent. lit. L. numer 125. Francisc. Vivius lit. F. verb. filius familias. vers. filii nati ex legitimo, &c. Olemann. ad libr. 3. Disputat. juris civil. Giphan. Disputat. 23. numer. 9. pag. 7. Robertus Disputat. 3. thes. 4. Heigius hic cap. 5. numer. 158. D. Becer. in tractat. de jure succedendi in feudum. cap. 3. quæst. 2. Adam. Keller. in tractat. de jure succed. ab intest. cap. 30. num. 13. Valentin. Arithmaeus in periculo secund. Disputat. 6. th. 2. pagin. 113. Ioan. Georg. Majer. in Synopsi Iurisprud. Beneficiariæ. sect. 3. cap. 9. numer. 43. Kubach. cent. 3. quæst. illustr. politico-juridic. decur. 1. quæst. 10. pag. 641.*

pag. 641. *cum ſeqq. Vngepaur. exercit. Iuſtin.* 9. *quæſt.* 5. *p.* 859. *cum ſeq. edit. ultim. & Andr. Gerhardi Exercitat. Iuſtin. Decad.* 11. *in coronid.* Atque ſecundùm hanc communem ſententiam quotidiè practicari, eamque confirmati ſententiis judicum, atteſtantur *Schurffius cent.* 1. *conſil.* 1. *numer.* 16. *& Weſenbecius de feud. cap.* 6. *numer.* 9. Eaque in Camerâ Imperiali unanimi Aſſeſſorum ſuffragio recepta eſt, teſtimonium eâ de re perhibente Mynſingero, *centur.* 5. *obſervat.* 42. Imò etiam in Conſiſtoriis Ducum Saxoniæ eandem obſervari, ſcribunt Schneidewinus *in tract. de feud. part.* 6. *num.* 13. & Hartmannus Piſtoris *lib.* 2. *quæſt.* 41. *num.* 35.

316 Econtrà verò ſunt quidam recentiorum, qui diſtinguendum putant inter veritatem practicam & theoricam, dicuntque, ſententiam affirmatam, cùm in praxi communiter ſit recepta, veritati practicæ eſſe conſentaneam: theoricæ autem diſſentaneam, ob expreſſum, generalem, & indiſtinctè (*uti opinantur* (loquentem textum feudalem, *in d. §. naturales. tit. ſi de feudo defuncti content. ſit. int. dom. & agnat. vaſal. Vultejus lib.* 1. *de feud. c.* 9. *numer.* 94. *pag.* 540. *Sonsbece. in Commentar. ad uſus feudor. part.* 9. *num.* 72. *Hotomanus ad d. §. naturales. &c. & conſ.* 10. *volum.* 1. *Rittershuſ. lib.* 1. *partition. feud. c.* 13. *num.* 3. *Noellius Diſp. feud.* 5. *theſ.* 7. *ſub lit. D. Gothofred. Anton. Diſput. feud.* 5. *th.* 6. *ad lit. c. verſ. quid, ſi per ſubſequens matrimonium, &c. Hunnius lib.* 3. *var. reſolut. jur. civ. tract.* 1. *quæſt.* 11. *pag.* 731. *cum ſeqq. Bachovius ad vol.* 1. *Treutleri, diſp.* 2. *th.* 6 *lit. f. pag.* 62. *& Anton. Bullæus diſcurſ.* 1. *de trib. generalib. præcept. jur. concluſ.* 2 *pag.* 34. Quorum opinatio in Scholis pleriſque hodie adeò recepta eſt: ut affirmativæ concluſioni in collationibus tum publicis, tum privatis, facilè quiſpiam non ſubſcribat. Verùm licèt præallegatus *§. naturales.* communi traditioni expreſſis verbis refragari videatur: mihi tamen (cùm ea tot Cameræ Imperialis & aliorum Iudiciorum præjudiciis ſit confirmata, nec non ipſi quoque neoterici contrariæ opinionis patroni nonnulli ab eâdem reſpondendo & judicando non recedendum
317 eſſe, ſuadeant: ac jura noſtra, non tam verba legum quàm vim & poteſtatem earum attendi debere, jubeant, *l. ſcire leges* 17. *ff. de legib. l. non dubium.* 5. *in princ. C. eod. l. nominis.* 6. *in fin ff. de verb. ſig. c. intelligentia.* 6. *ext. eod. tit. can. Marcion.* 63. *cauſ.* 1. *quæſt.* 1.) mihi, *inquam*, vitio nemo vertet, ſi *dicti §. naturales.* non verba, ſed vim potiùs & mentem ejus, aliasque rationes mox proponendas penſiculatè conſiderans ſtatuero: affirmativam ſententiam, uti in praxi veram, ita & in theoria eſ-
318 ſe veriſſimam. Et ſanè jure feudorum disertè cautum eſt; quotieſcunque caſus aliquis feudorum placitis non ſit expreſsè deciſus, ex jure communi ejus deciſionem petendam eſſe, *titul. in fin principii lib.* 2. *F* ubi Feudiſta, *Strenuus, aut, legis peritus, ſicubi cajus emerſerit, qui conſuetudine feudi non ſit comprehenſus, abſque calumniâ uti poterit lege ſcriptâ.* Cùm ergo feudorum jure non ſit uſpiam clarè diſpoſitum, an liberi, per ſubſequens matrimonium legitimati, in feudum ſuccedant: ex jure communi dicendum eſt, hos etiam ad feudi ſucceſſionem eſſe admittendos, *Novell.* 12. *c. ult. Novell.* 12. 89. *cap.* 8. *& c. tanta.* 6. *ext. qui filii ſint legitimi.*

Nec huic obeſt quicquam, quòd *in d. §. natura-* 319
les. liberi naturales, licèt poſtea fiant legitimi, ad feudi ſucceſſionem admitti, generaliter negantur. Feudiſta enim illic quæſtionem hanc utramque proponit ac decidit: an naturales filii in feudum ſuccedant? an item in feudum ſuccedant filii legitimati? Huic autem quæſtioni tunc ſolummodo locus eſt, quando ſucceſſionis caſus contingit; hoc eſt, cùm moritur vaſallus, de cujus ſucceſſione agitur, *titul.* 8. *in princip. ibi, ſi quis igitur deceſſerit. libr.* 1. *feudor. & titul.* 11. *in princip. ibi, mortuo enim eo, &c. libr.* 2. *F.* Eo ſiquidem tempore de ſucceſſionis jure primùm rectè quæritur, non antea: cùm impium ſit, de viventis hereditate ſolicitum eſſe: & eo maximè tempore jus heredis inſpiciendum ſit, quo hereditatem acquirit, *l. ſi alienum.* 49. *§.* 1. *verſ. nam jus heredis. ff. de heredibus inſtitu-*
end. Proinde textus *in ſæpè allegato §. naturales.* in- 320
telligendus eſt de caſu, quo pater vaſallus deceſſit, & jam locus eſt ſucceſſioni in feudum: id quod arguit etiam ibidem verbum præſentis temporis, *admittuntur.* Si Feudiſta ibi loqueretur de futurâ in feudum ſucceſſione, adeoque de tempore, quo vaſallus pater adhuc ſuperſtes eſt: uteretur certè verbo futuri temporis, *admittentur.* Quia verò eo in loco Feudiſta agit de feudo jam delato, & de præſenti in feudum ſucceſſione: exaudiendus quoque eſt de filii legitimatione, poſt delatam feudi ſucceſſionem factâ. Unde cautè addit hæc verba: *licèt poſtea fiant legitimi*: id eſt, licèt fiant legitimi, poſtea quàm caſus extitit, quo ſucceſſioni in feudum locus eſt, purà poſt obitum patris vaſalli. Cæterùm cùm mortuus pater vaſallus ducere ampliùs uxorem concubinam ſuam, matrem liberorum naturalium, ſicque eos per ſubſequens matrimonium legitimare nequeat: omninò conſequens eſt; textum *dicti §. naturales.* non de naturalibus filiis, per ſubſequens matrimonium legitimatis, ſed de ejuſmodi filiis, alio modo poſt mortem patris ſui vaſalli legitimatis, eſſe accipiendum. Quam interpretationem ſuadent & confirmant non parùm
illa verba: *fiant legitimi*: Fieri namque legitimi 321
dicuntur, qui per reſcriptum Principis, aut Pontificis Rom. (ſiquidem & hunc jus legitimandi liberos naturales ſibi arrogare, patet *ex c. per venerabilem.* 13. *ext. qui filii ſint legitimi. & largo ſtylo, poſt alios, docet Forſter. lib.* 6. *de ſucceſſionibus. cap.* 34. *& D. Bocer. in tract. de Regalib. c.* 2. *num.* 100. *& ſeq.*) legitimantur:

quia

quia singulari illo legitimationis actu id saltem agitur, ut immediatè naturales legitimi fiant. Qui autem per subsequens legitimantur matrimonium, illi non legitimi fiunt: sed ipso jure legitimi, ex alio quodam actu, nimirum contractu matrimonii, existunt, *d. Nov. 12. cap. 4. circa fin. ibi, proprii existentes atque legitimi. & d. Nov. 89. cap. 8. ibi, legitimos et esse sancimus. & ibi, nihilominus prior soboles legitima consistit. cap. 1. ibi, eam legitimam judicetis. & d. c. tanta. 6. ibi, legitimi habeantur. ext. qui filii sint legitimi.* Quibus ex locis cernere promptum est; quòd sicuti legitimè nati, ita & naturales liberi vi solius matrimonii per se existant legitimi, non quodam hominis facto: quod tamen causa est legitimationis eorum, qui per rescriptum, vel oblationem curiæ legitimantur. Quamobrem necesse est, ut textus *in d. §. naturales.* non de legitimatis per subsequens matrimonium, sed de aliis legitimatis, putà per aliquod rescriptum, aut per oblationem curiæ, intelligatur: *quemadmodum etiam illum novissimè exaudit D. Becerus d. tractat. de regalib. c. 2. num. 35 & alibi.*

322 Non evertit hanc interpretationem, quòd in textu illo hæc verba ponantur, *nec soli, nec cum aliis*: & quòd per rescriptum, aut mortuo patre per curiæ oblationem legitimatio fieri nequeat, existente legitimâ sobole, *d Novell. 89. cap. 2. §. 1. & c. 9.* Isthæc enim verba ad præcedentem dictionem, *naturales*, commodè referri possunt, & debent. Naturales quippe filii non succedunt in feudo, non solùm cùm alii legitimi filii adsint, sed & cùm desint illi, sicque naturales soli sint: tametsi in allodiis communi jure in duas uncias liberi naturales succedant, sine legitimâ prole patre defuncto, *Novell. 18. cap. 5. & d. Nov. 89. cap. 12. & uberius explicatum suprà num. 264 ad quod jus Feudista in d §. naturales. verisimiliter respexit.*

323 Præterea receptam, cui favemus, assertionem juvat & hæc ratiocinatio: Conditores juris feudistici procul dubio exploratum perspectumque habuerunt, quid legibus Romanis dispositum fuerit de successione liberorum, per subsequens matrimonium legitimatorum, *ut liquet ex dicto titulo 1. ibi. alia dirimuntur jure Romano. & ibi, legum autem Romanorum. item ibi, uti poterit lege scriptâ. libro 2. feudorum.* Sic ergo ab hac communi legislatione de liberorum, per subsequens matrimonium legitimatorum, successione conditores placitorum feudalium abhorruissent: utique nominatim ac disertè id alicubi testari fuissent: atque ita hisce liberis aditum ad feudorum successionem expresè præclusissent. Atqui verò nusquam hos liberos aditu ad feudorum successionem expresè prohibuerunt Itaque planè verosimile est, quòd ii, dispositionem juris communis secuti, etiam liberos, per matrimonium subsequens legitimatos, ad feudi successionem admiserint.

324 Adhæc, post feudorum jura prodierunt in usum jura canonica: id quod vel inde manifestum fit, quòd libro tertio decretalium integer titulus *de feudis, videlicet 20.* est insertus. Cùm ergo jus canonicum legitimatos per subsequens matrimonium liberos, in omnibus & per omnia comparet liberis legitimè natis: iisque non minùs, ac si ab initio legitimi fuissent, generaliter, nullaque adhibitâ distinctione inter res proprias & feudales, successionem deferat, *dict. c. tanta. 6. extr. qui filii sint legitimi.* certè ex dispositione quoque juris canonici liberi, per subsequens matrimonium legitimati, in feudum succedunt. Idque ex eo etiam probabile redditur; quòd licèt idem jus canonicum requirat, ut Episcopus eligatur, qui ex legitimo matrimonio est natus, *cap. cùm in cunctis. 7. ext. de electione*: nihilominus 325 tamen permittit, ut Episcopus, qui per subsequens matrimonium est legitimatus, eligi possit, *c. innotuit. 20. ubi gloss. super verb. conjugata. ext. eod tit.*

Insuper in dubio juris sermone eam admittere interpretationem jubemur, quæ minimum iniquitatis habet, *l quotiens nihil.* 200 *ff. de R. I. l. placuit. 8. C. de judiciis.* & quæ benignior est, vitioque caret. *l. benignius. 18. & l. in ambigua. 19. ff. de ll. & l. semper in dubiis. 56. ff. de R. I.* Cum ergo *in tit. 8. in princip. lib. 1. feudor. & tit. 11. in pr. lib. 2. feud.* filiis tribuatur jus succedendi in feudum: & dubium sit, an textus illi per filios intelligant etiam filios, per subsequens matrimonium legitimatos: benignius autem sit & æquius, ut interpretemur eos textus etiam de filiis hoc modo legitimatis: maximè cùm jus feudale ex jure communi interpretationem capiat, *per dictum titul. 1. libro 2. feudorum.* quod commune jus hos legitimatos liberos legitimè natis liberis plenissimè compatat, *ut supr. ostensum est:* hanc profectò interpretationem recipere amplectique debemus. 326

Denique huc & illa ratio confert, quòd statutum, 327 loquens de legitimè natis, complectatur etiam per subsequens matrimonium legitimatos, *ut sensit Antonius de Butrio in cap. per venerabilem. 13. colum 18, vers. quòd si dixerit. extr. qui filii sint legitim. & in dict. cap. innotuit. 20. ubi etiam Ioannes de Imola. extr. de elect. Ioan. Crotus in leg. Gallus. 29. § & quid, si tantùm. numer. 169. ff. de liber & posthum. heredibus instituт. Castrens. in l fin. Cod. de his, qui ven. ætat. impetrarunt. Campeg. in tractat. de dote. in 1. parte. 5. partis princip. quæst. 59. Decius in dict. c. cùm in cunctis. 7. numer. 29. extr. de electione & consil. 155. Parisius consil. 13. numer. 40. volum. 2. hosq; referens Forsterus libro 6. de successionibus. capite. 29. numer. 4.* Ergo & jus feudale, de legitimè natis liberis verba faciens, liberos quoque subsequenti matrimonio legitimatos comprehendit. *Istas, similesq; rationes pro affirmatâ sententiâ nostrâ annotavit etiam D. Becerus cl. 5. disp. 18. th. 7. ad lit. d. edit. 2. & d. tract. de jure succed in feud. cap. 3. quæst. 2.*

Nullum negatæ, eique contrariæ conclusioni firmamentum adfert textus *in multoties citato tit. 26. §.* 328

natu-

naturales libro 2. feudorum, ubi Jurisconsultus Feudista satis expressè significare videtur, nec per subsequens matrimonium legitimatos feudi capaces esse. Generaliter enim loquitur de filiis naturalibus, qui postea facti sunt legitimi: ita ut textus ille restringi posse non putetur tantùm ad naturales filios, qui per rescriptum aliquod, aut per oblatio-
329 nem curiæ sunt legitimi facti. Siquidem posito seu negato genere, omnes ejus species positæ sive negatæ intelliguntur, *argum. l. ultim. in princ. vers. cum enim jam constituimus. Cod. de usur. rei judicat.* Nullum, *inquam*, negatæ conclusioni adfert firmamentum dictus §. *naturales*. Nam is exaudiri non potest de libetis, per subsequens matrimonium legitimatis: sed est tantùm accipiendus de liberis, post delatam feudi successionem alio modo legitimatis, *ut suprà dilucidâ expositione demonstratum est*. Quin & cum Logicis dici poterit: genere indefinitè posito, non quamvis poni speciem. Ast indefinitè tantùm, & non universaliter, de legitimatis *in præallegato §. naturales*. dicitur, quòd in feudis non succedant. Et ut maximè ita esset: dici tamen posset, in jure nostro non novum aut infrequens esse, ut genus ad certam speciem restringatur. *l. in toto.* 80. *ff. de reg. jur.* Rectè igitur iste §. accipitur de legitimatis per rescriptum Principis, vel oblationem Curiæ: maximè cùm natura non patiatur, illum de legitimatis per matrimonium intelligi. Et quanquam *dicti §. naturales.* verba ita essent generalia, ut bene etiam de legitimatis per subsequens matrimonium intelligi possent: adhuc tamen non ineptè responderetur, excipi legitimatos per subsequens matrimonium: eò quòd in omnibus pro legitimè natis habeantur: ac in eis nulla ampliùs macula supersit. *d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* & in jure nostro fingantur, quasi in matrimonio nati fuerint. *d. Nov. 89. c 8. & 9.* Nec oberit, si ulteriùs quispiam instet: eos tamen non esse legitimè natos. Investituram verò (putà si ejus tenor ita habeat: *Hoc castrum tibi tuisq; heredibus, ex te legitimè descendentibus, concedimus*: wir wollen dir/vnd allen deinen ehelichen Leibs-Erben solch Schloß leihen / &c.) requirere legitimè natos. *Respondetur* enim: eos quidem non esse legitimè natos naturaliter, sed bene civiliter. Jus quippe civile (ut & canonicum) in tantùm favet legitimatis per subsequens matrimonium, ut nullam inter hos, & ex justis nuptiis natos, differentiam agnoscat, illosque legitimè natos esse fingat. *d. Nov. 89. cap. 8. d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Fictio autem in jure veritati æquiparatur. *l. si is, qui. 15. circa princip. ff. de usurpat. & usucap. Fachin. lib. 12. controvers. 7. Kubach. d. centur. 3. decur. 1. quæst. 10.*

330 Deinde nihil patrocinatur opinioni contrariæ: quòd legitimatio, per subsequens matrimonium facta, patris legitimantis quædam ordinatio censeatur. Nulla autem patris vasalli ordinatio in feudis valeat. *tit. 8. in fine princip. libr. 1. feudor.* Proindeque nec legitimatio, per subsequens matrimonium facta, jus succedendi in feudum filiis legitimatis tribuat. Quando enim pater vasallus naturalem suum filium per subsequens matrimonium legitimat: per se & directò nihil omninò de feudi successione ordinat. Filius namque eo modo legitimatus non directò ex ipsa legitimatione, sicque facto patris feudum acquirit: sed ex juris dispositione matrimonium subsequens naturalem filium efficit legitimum. Contracti quippe matrimonii ea vis est, ut, qui antè naturaliter sunt geniti, postea legitimi habeantur; adeò, ut & parenti succedere queant. *d. c. tanta. 6. extr. qui filii sint legitimi.*

Rursus adversariæ sententiæ suffragatores nihil relevat: quòd successio feudalis inter agnatos duntaxat, hoc est, ex masculo primo acquirente descendentes locum habeat. *tit. 11. & titul. 50. lib. 2. feudorum.* Legitimatio verò plenum jus agnationis non inducat: cùm legitimatus in allodio soli patri, non etiam agnatis succedat, *Novell. 89. cap. 4.* Quando- 331 quidem hæc Novell. *dict. capite 4.* agit tantummodò de legitimatione, quæ fit per oblationem curiæ, non de eâ, quæ fit per subsequens matrimonium. Illa non confert plenum jus agnationis; sed hoc tantùm efficit, quòd legitimatus soli genitori suo, non item ejus agnatis & cognatis, succedere possit: hæc verò per subsequens matrimonium legitimatio plenum jus agnationis legitimato tribuit: ex quo non modò patri, sed & agnatis & cognatis patris succedere potest. *dict. c. tanta. 6. extr. qui filii sint legitim. & Novell. 12. circa finem.*

Similiter adversariorum opinionem parùm mu- 332 nit hæc argumentatio: Naturalis filius, subsequenti matrimonio legitimatus, dedecori foret & domino feudi, & paribus curiæ: siquidem ejus opinio apud bonos & graves viros sit prægravata. Item domino reditum feudi impediret: & spem succedendi agnatis vasalli legitimantis adimeret, si in feudum jure patri succederet. Ergo filius, etiam isto modò legitimatus, non immeritò patri in feudum succedere negatur. Parùm, *inquam*, adversariorum opinionem munit hæc argumentatio. Quoniam antecedens pars prima, ejusque ratio prorsus neganda est. Filius etenim naturalis, etiam ante legitimationem, integræ famæ & existimationis censetur: proindeque ad omnes honores admitti jubetur. *l. 2. §. nullum. 7. l. 2. §. spurios. 2. & l. spurii. 6. in princip. ff. de decurionibus. cap. nisi cùm pridem. 10. §. personæ verò. extr. de renunciatione. can. 1. distinct. 56. Gabriel Paleotus in tractat. de nothis spuriisq; cap. 55. Thomingius in decisionibus quæstionum illustr. decis. 48 Hartmann. Pistoris libro 1. quæstion. jur. quæst. 30. aliique plures, à nobis pro hac sententiâ relati in §. injuria autem. 1. infr. de injuriis. num. 237. & seq.* Ac licèt semper in legitimato cicatrix quædam remanere videatur: tamen sciendum est, naturaliter duntaxat quandam cicatricem subesse: illam verò jura nostra non agnoscere: ut quæ ita habent sub-

sequenti matrimonio legitimatum, ac si ex justis nuptiis procreatus esset. *d. Nov. 89. cap. 8. d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Cæterùm ex alterâ antecedentis parte haud rectè concluditur: filium per subsequens matrimonium legitimatum in feudum non succedere; quippe cùm & filii legitimè nati faciant, quò minùs feudum maturiùs vel ad dominum redeat, vel ad agnatos transeat: & tamen propterea à feudi successione non excluduntur. Sed & hæc legitimatio non penitùs spem succedendi agnatis adimit: verùm in tempus solummodò jus illud succedendi differt & prorogat.

333 Pari modo neganti assertioni nihil opitulatur & illud: quòd vasallus invitis agnatis feudum alienare nequit. *tit. 39. in princip. lib. 2. feudorum.* Sed filium naturalem legitimando, vasallus invitis agnatis feudum alienaret, si legitimatus etiam per subsequens matrimonium, in feudum succederet: siquidem ipse legitimatus non suæ nativitatis, sed legitimationis beneficio, atque ita facto patris jus succedendi acquireret. Nihil, *inquam*, illud assertioni neganti opitulatur. Quia non factum patris, legitimantis naturalem filium, sed juris auctoritas filio legitimato jus succedendi in feudum tribuit. Ipsum sanè patris factum est medium aliquod, quo filius naturalis efficitur legitimus posteaquam autem filius ita legitimus est factus, tribuit ei legis auctoritas jus succedendi. Quòd enim patri proles ipsius ab intestato succedit: non patris, sed legis beneficium judicatur.

334 Hoc ampliùs pro traditione contrariâ non militat: quòd bona feudalia necessariæ restitutioni subjaceant, *uti arguit textus in tit. 3. §. sed etiam res. vers. ut ecce. & tit. 26. §. Titius filios. & tit. 39. in princip.*

335 *libro 2. feudorum.* Ea autem, quæ restitutioni subjacent, ad alium quocunque alienationis titulo transferri non possint. *l. ult. §. sed quia nostra. 2. junctâ Auth. res, quæ subjacent. C. communia de legat.* Nihil enim de alienando feudo agitur in ipso matrimonii contractu: sed is solius matrimonii contracti effectus est, quòd per illud filii legitimati in feudum succedant.

336 Tandem contrariæ sententiæ non succurrit in auxilium hæc ratio: quòd lex duo comprehendens subjecta determinabilia sub unâ determinatione, utrumque illud subjectum æqualiter determinat, *argum. l. jam hoc jure. 4. ff. de vulg. & pupill. substitut. & l. quamvis. 4. C. de impuber. & aliis substitut.* Atqui lex feudalis *in præallegato titulo 26. §. naturales. libr. 2. feudorum.* duo subjecta comprehendit determinabilia: unum est de liberis naturalibus? alterum de liberis legitimatis. Ergo duo ista subjecta determinabilia æqualiter determinat: proindeque ut de naturalibus filiis generaliter definit, quòd ad feudi successionem non admittantur: ita definit quoque generaliter de legitimatis filiis, & determinat sine eorum distinctione, quòd ad feudi successionem non admittantur. *Nam respondetur*: unam determinationem non determinare æqualiter omnia determinabilia, cùm id commodè fieri non potest: vel quando diversa adest ratio determinandi, majorve favor debetur uni determinabilium, quàm alteri. *Imola & Iason in dict. l. jam hoc jure. 4. ff. de vulg. & pupill. substit. Alexander. consil. 179. libro 5. Decius. in leg. in testamento. 6. numer. 8. C. de testamento milit. & consil 394 num. 3. & Ripa in leg. 1. in princ. numer. 68 ff. de verborum obligat. hosque citans Monochius consil. 497. num. 6. & 7.* Sed *in d. §. naturales.* una determinatio non solùm non potest commodè determinare utrumque determinabile subjectum, ut suprà evidenter probatum: verum etiam omnibus notissimum est, majorem esse favorem naturalium, qui per subsequens matrimonium fiunt legitimi, quàm qui alio modo legitimantur, *prædict. cap. tanta est vis. 6. extr. qui filii sint legitimi. Et hæc de liberis naturalibus tantùm, inq. legitimatis.*

DE SUCCESSIONE SPURIORUM, SEU VULGO QUÆSITORUM.

ORdo instituti nostri postulat, ut & de jure succedendi spuriorum aliquid adferamus. Spurii licèt in latâ & generali significatione omnes appellentur, qui illegitimè nati, & ex illicito quovis coitu suscepti sunt: propriè tamen & speciali nomine dicuntur vulgò quæsiti, sive ex meretrice & vulgari muliere, quæ publicè corpus suum libidini prostituit, concepti. *l. vulgò concepti. 23. ff. de stat. hom. l. quique litigandi. 4. in f. cum l. seq. ibique Bl ff. de in jus voc. Ludov. à Sardu in tr. de naturalib. liber. p. 2. in §. de spuriorum appellatione. num. 1. 2. & 3. Benedictus de Barzin in tract. de filiis non legitimè natis. n. 1. Ioan. Grival. in decis. Senatus Dolani 144. num. 6. fol. 407. Schneidewin. hic sub c. de success. spur. seu vulgò quæsitor. & Forster. lib. 6. de successionib. cap. 46. & paulò fusius expositimus in §. si adversus. 12. num. 5. & seqq. suprà de nuptiis.* 338 Spurii autem patri, & aliis per lineam paternam conjunctis, cùm patrem certum non habeant, nullo modo: matri verò, quæ semper certa est, ut & ascendentibus per maternam lineam, & quidem cum liberis legitimè natis, rectè succedunt, *d. l. vulgò. 23. ff. de stat. homin. d. §. si adversus. § de nupt. l. quia semper. 5. ff. de in jus vocand. l. 2. l. si spurius. 4. l. Modestinus. 8. ff. unde cognati. §. novissimè. 3. ibique Wesenbec. & reliqui Interpretes. infr. de Senatusconsulto Orfician. Schneidewin. dict. c. de successione spuriorum. numer. 2. & 4. Covarruvias parte 2. relect. de matrimon. capite 8. §. 5. numer. 3. & seqq. Iul. Pac. in epitom. jur. Disputat. 11. thes. 7. Borcholt. in tractat. de gradib. titul. de spuriis. & eor. success. pag. 209. Tomasius tractat. 2. cap. 21. 22. & 23. fol. 231. cum seqq. latè Forster. dict. libro 6. de successionibus. cap. 47.* nisi mater sit persona illustris, quæ alios

337 (margin, beside "ORdo instituti")

339 alios libertos ex justis nuptiis susceptos habeat. Spurii enim ex illustribus fœminis nati, justis liberis existentibus, neque ex testamento, neque ab intestato, neque ex liberalitate inter vivos habitâ, aliquid ab illustribus matribus percipiunt. *l. si qua illu-*
340 *stris. 5. C. ad SC. Orfic.* Cæterùm, justis liberis non extantibus, matribus etiam hoc casu succedunt, sumpto argumento à contrario sensu, quod in jure est fortissimum & frequentissimum. *l. 1. in princip. vers. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict. Angel. in d. §. novissimè. infr. de Senatusconsult. Orfic.* Ratio verò, cur spurii matri illustri penitus non succedant, si legitimos habeat liberos, hæc est: quia, *inquit Imperator Iustinianus*, in mulieribus ingenuis & illustribus (quibus castitatis observatio præcipuum debitum est) nominari spurios, satis injuriosum, satisque acerbum, & nostris temporibus indignum esse judicamus. *dict. l. si qua*
341 *illustris. 5. C. ad SC. Orfician.* Etenim majori pœnâ digni sunt illi, qui in conspicuo & eminentiori loco collocati, & qui aliis exemplo esse debent, delinquunt. *l. presbyteri. 8. ad fin. ff. de episc. & cleric.* & juxta illud Juvenalis Satyra 8.

Omne animi vitium tantò conspectius in se
Crimen habet, quantò major, qui peccat, habetur.

342 Porrò cùm spurii illustri matri, extantibus aliis liberis justis, non succedant: ex eo consequitur, quòd ad aviæ avique materni hereditatem similiter non admittantur, *dict. l. Modestinus. 8 ff. unde cognati. Forster. dict. libro 6. de successionibus. cap. 48. in*
343 *fine.* Hic quæri poterit non inconvenienter: ecquid filiæ spuriæ dos à patre debeatur? Et deberi, jure canonico sustinetur. Nam dos succedit loco alimentorum, *argum. l. 1. ff. soluto matrimon. & l.*
344 *assiduis. 12. C. qui potior. in pign. habeant.* sicque dos & alimenta æquiparantur, *ut innuit gl. in l. ob æs alienum. 12. C. de prædiis, & aliis reb. minor. sine decr. non alienand. Salicet. in l. qui liberos. 19. ff. de ritu nuptiar. & Alexand. de Imol. in l. cùm ii. 32. §. mulier. ff. de condict. indebit.* imò major est ratio dotis, quàm alimentorum, *tradente Cyno in l. 1. C. de alendis liber. & in l. non omni. 16. C. de administrat. tutor. & in l. fin. C. de dotis promiss. & eodem Cyno, Baldo, & Sali-*
345 *cet. in l. neque mater. 14. C. de jure dot.* Alimenta autem jure canonico spuriis debentur, *per textum in cap. cùm haberet. 5. in fin. extr. de eo, qui duxit in matrim. quam polluit per adulter.* Jure ergo consequens est: patrem filiam spuriam loco alimentorum modicè dotare, imò ad hoc judicis officio compelli posse, *uti docuerunt Panormitan. consil. 115. numer. 1. in fine volum. 2. Peregrin. libro 3. de jure fisci. cap. 18. numer. 56. Decius consilio 611. per totum. Nicolaus Everhardus in Topic. legal. in loc. ab aliment. ad dotem. num. 4. Gail. libro 2. observation. 88. numer. 7. Reusnerus lib. 2. consultation. 9. numero 17. Matthias Stephani centuria 3. quæstione 7. ad lit. D. Ioannes Baptista Pontanus de aliment. capite 2. numer. 13. Villalob. in commun opin. lit. F. num. 124. Bertrand. consilio 210. numer. 5. parte 2. volum. 1. & consil. 230. volum. 4. Stephanus Ranchinus conclusion. 232. part. 2. Bernhardinus Bombinus consilio 15. numero 4. & hos aliosque referens Martinus Coler. libro 1. de aliment. capite 3. numer. 56.* Adde Davidem Döringium *in Bibliotheca Iurisconsultorum. tom. 1. verb. alimenta. fol. 1402. & seqq.*

DE SUCCESSIONE LIBERORUM, EX DAMNATO COITU NATORUM.

Postremò sunt liberi, ex damnato coitu (cui scilicet à jure pœna constituta est) procreati: quales 346
sunt liberi, ex incestu, ex adulterio, & nefariis nuptiis suscepti. *Bartolus in l. fin. ff. de his, quæ ut indig. auferunt. Heigius hic cap. 5. n. 147 Forster. libr. 6. de successionib. cap. 50 n. 1. Schneidevvin. hic in cap. de success. liberor. ex damnat. coit. nator. n. 1. Covarruv. p. 2. relect. de matrimon. cap. 8. §. 5. num. 15. & seqq. Tomasius d tract. 2. cap. 23. num. 458. cum seqq. fol. 238 & seqq.* Hi liberi neque patri, neque matri, neque 347
ascendentibus per lineam tum maternam, tum paternam, ab intestato, vel ex testamento, succedere possunt: in tantum, ut jure nostro civili ne quidem alimenta iis à parentibus debeantur. *Novell. 74. cap. ult. & Nov. 89. c. ult. Auth. ex complexu ubi gl. C. de incestis & inutil. nupt. Petr. Duennas in tr. reg. jur. reg. 353. Forst. d. cap. 50. n. 1. & 2. Covarruv. d. c. 8. §. 6. num. 15. aliiq; per eum allegati.* Quod tamen non intelligendum est de alimentis, sine quibus ejusmodi liberi vitam amitterent. Id namque apertè esset contra jus naturale: ac proinde manifestè iniquum. Sed intelligendum est de alimentis, sine quibus, vel proprio labore ac industriâ, vel aliquâ aliâ viâ possent vitam conservare, *tradente Ludovico Molina tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disputat. 168. numer. 1. & 3.* Eaq; de re expliciatiùs agunt Illustris Dn. Enenkel. *in tract. de privileg. parent. & liberor. privileg. 7. cap. 3. num. 17. pag. 450. cum seqq.* & Dn. Collega Besold. *in Comment. ad l. 1. tit. 1. lib. 1. ff num. 22. pag. 41.* Et cum his conferantur, quæ annotavimus *ad princip. titul. supr. de jur. nat. gent. & civil. numer. 13. & seq.* Sanè rutius & æquius & humanius est, ut dicamus: filios etiam nefarios ac incestuosos à parentibus alendos esse, non solùm in terris Ecclesiæ, *c. cùm haberet 5. in fine ext. de eo, qui duxit in matrimon. quam polluit per adult.* sed etiam in terris Imperii, *Trentacinq. lib. 1. resolut. 2. de nothis & spur. & resolut 3. de aliment. n. 10. & pluribus confirmatur infrà num. 36.* Pro quâ opinione hoc facit argumentum: Quoad jus naturale seu naturam, omnes homines sunt æquales. *l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur.* At de jure naturali est, ut pater alat liberos, ex se natos,

per d.princip.tit.supr.de jur. nat. gent. & civil. 1. §. jus
naturale.3.ff. de justit. & jur. Ergo etiam incestuo-
sos alere debet: cùm & hi ex eo sint nati. Deinde
jus civile, licèt interdum à jure naturali recedat. l.
jus civile. 6.ff. eod. tamen id prorsus tollere & inter-
vertere non potest. §. sed naturalia. 11. supr. de jur.
nat.gent.& civ.l.2.ff.de usufruct. ear. rer. quæ usu con-
sumunt. At verò alimenta liberis jure naturali de-
bentur. d. princip. Instit. de jur. nat. gent. & civil. l.
final.C.de alend.liber. Ergo prorsus ea auferri libe-
ris, etiam incestuosis, non possunt. Quin si paren-
tes occidere non debent ullo jure liberos incestuo-
sos: conveniens & consequens est, quòd eos alere
omnino debeant. Eos quippe occidunt, si non alunt.
l.necare.4.ff.de agnoscend. & alend. liber. At verum
prius. Ergo & posterius. Consentit Quirinus Ku-
bach. cent.2 quæstion.illust.politico-juridicar.decur.4.
quæst.5.pag.365. Adde Gregorium Lopez. lib.sin-
gul.animadvers.jur. civil.cap.32.num.10. & Ioachi-
mum Cluten. lib.1.diatrib.novæ.Iustinian.2.quæst.7.
348 Sed hîc dubitatur, si maritus ex soluta muliere pro-
lem sustulerit; an damnatus hic quoq; coitus cen-
seatur, & exinde suscepti liberi successionis incapa-
ces existimentur? Et tametsi id negare quidam,
minimè vereantur: eò quòd iste coitus prò adulterio
non sit habendus, nec per legem exteriorem pœnâ
aliquâ tali puniatur. argum. l.1.C. ad leg.Iul.de adul-
ter. Paulus Castrens.consil.34.num.4.volum.2. Ale-
xander consilio.139.vol.1.Cravett. consil.166.colum.1.
& Socinus consil.148. colum. 2. vol.1. attamen con-
trariam sententiam veritati magis consonam esse,
meritò alii censeat. Etsi enim illi conjunctioni
adulterii pœna non est statuta: stupri tamen suf-
ficit, vt pro damnatâ habeatur: quemadmodum,
post Angelum Aretin.in §.novissimè, num.22.Covar-
ruv.dict.§.5.num.16.aliosque, tradit Palæotus in tract.
de nothis spuriisque fil.c.42.numer.1.& seqq. Et licèt
idem Palæotus ibidem num. 4. hactenus id proce-
dere putet, quatenus non obscura vilisque est mulier
quàm maritus, præter vxorem, cognovit; vtpotè
cujus concubitus jure civili non punitur. l.quæ adul-
349 terium.29.Cod.ad leg.Iul.de adulter. attamen quia jus
canonicum (cui in materiâ peccati standum est,
cap.1.ibique Dd. extr. de novi operis nuntiat.) istius-
modi conjunctionem injustam pronunciat, can.
nemo. 32. quæstion. 4. can. non mœchaberis. can. præ-
cepit.cum seqq.32.quæstion.5.can.si dicturi. & seqq.32.
quæstion. 6. Sichardus consilio criminal. 3. numero. 4.
& seqq. vix est, ut media isthæc opinio sustineri
possit: præsertim cùm non solùm ex hujus Duca-
tûs Wirtembergici, sed & aliarum provinciarum
constitutionibus & moribus, talis concubitus, cum
solutâ etiam muliere factus, damnetur, acriterque
coerceatur, attestante Heigio hic d. c.5. num.149.
350 Cæterùm, vtrùm liberi, ex damnatis complexi-
bus progeniti, sicut ascendentibus non succedunt;
ita etiam à successione transversalium, & contrà,
transversales ab eorum successione excludantur, non
vsque adeò expeditum est: Et omninò (rejectâ
Petrutii Perusini & Cornei in l.si qua illustris. 5. C. ad
Senatusconsultum Orfician. Curtii Iunioris consil. 123.
aliorumque erroneâ opinione) excludi, responderunt
Alexander consil.174.libr. 5. Decius consil. 311. Iohan-
nes de Anania consil.94.Forsterus dict. lib. 6. de succes-
sionib.cap.50.conclus. 5. num. 12. & aliquot seqq. hosq;
secutus Fachineus libro.6.controvers. jur.cap. 10. Mat-
thias Stephani cent.3.quæst. 8. & Paulus Bereni disp.8.
ad Institut.them 2.quæst.9. commoti sequentib. præ-
cipuè argumentis. I. Sublato fundamento, vt cor- 351
ruat ædificium necesse est. l. egi. 26.ff. de except. rei
judic.l. nam.origo.8 ff.quod vi aut clam.can.cùm Pau-
lus. 1.q.1. Natus autem ex damnato coitu, filius
nominandus non est, nec respectu patris, nec ma-
tris. d. Auth.ex complexu.C. de incest. & inutil. nupt.
argumento l. final. C. de indictâ viduit. tollend Ergo
similiter nec frater, nec patruus invenietur. Quam-
vis enim natura hosce natos ex complexu nefario,
filios esse dictet, & pro filiis agnoscat: quoad legis
tamen dispositionem, prorsus pro incognitis haben-
tur & reputantur. d. Novell.74. cap. ult. & dict. No-
vell.89.cap. ult. II. Successio defertur ordine suc- 352
cessivo, argum. l. 1. §. qui semel. ff. de successor. edicto.
Ast hîc deest initium successionis: quia matri non
succedunt. Multò igitur minùs collateralibus, qui-
bus per matrem conjunguntur, succedent. argumen.
Auth. multò magis. Cod.de SS. Eccles. III. Sine le- 353
ge loqui erubescimus. Novell.18. cap. 5. Nullâ au-
tem lege successio inter liberos, ex damnato coitu
susceptos, ac parentes, & etiam collaterales permit-
titur. dict. Novell. 89. cap. ult. cum juribus similibus
præallegatis. Cùm ergo nec civili, nec prætorio, nec
alio jure illis communicata sit successio: quo jure
quis dixerit, illos aliquem ad transversalium here-
ditatem capiendam habere accessum?
Huic decisioni non adversatur responsum Caji 354
in l. 2. & Ulpiani in leg. si spurius. 4. ff. unde cognati
Ille quidem ait: vulgò quæsiti liberi matris. & ma-
ter talium liberorum, item ipsi fratres inter se, ex parte
bonorum possessionem petere possunt: quia sunt invi-
cem sibi cognati. Hic verò inter cætera inquit: Si
spurius intestatò decesserit: proximitatis nomine ma-
ter ejus, aut frater eâdem matre natus, bonorum posses-
sionem ejus ex edicto petere potest. Hæc, inquam, Caii
& Ulpiani responsa decisioni nostræ non adversan-
tur; quia de iis loquuntur spuriis, qui vulgò con-
cepti sive quæsiti sunt: non item de iis, qui ex da- 355
mnato coitu descendunt. Licèt enim vocabulum
spuriorum generale sit, ut suprà explicatum. n. 237.
propriè tamen intelligitur de illis, qui vulgò sunt
quæsiti seu concepti, prædicta l. vulgò concepti. 23. ff.
de stat. homin. qui matri, & ex matre fratribus suc-
cedunt, d. l.2. & 4. ff. unde cognati. §. vulgò quæsitos. 4.
infr. de success. cognator. Et sanè generaliter, quoties-
cunque leges de spuriis, ad successionem admitten-
dis, verba faciunt: accipi debent de vulgò quæsi-
tis. Siquidem verba propriè, & secundùm commu- 356
nem

nem loquendi usum intelligenda sunt, *l. non aliter. 69. ff. de legat. 3. l. ult. C. de his, qui veniam ætatis impetraverunt*.

Pariter non obsistit, quòd natura hos fratres nefarios jure sanguinis conjunxerit: cùm uno eodemque ventre gestati sint, & una eademque ubera suxerint: proindeque illis saltem bonorum possessio, unde cognati, dari debeat, *l. non facilè. 4. §. cognationis. 2. vers. & quidem naturalis. ff. de gradib. & af-*
357 *finibus.* Nam illud quidem negari non potest: verùm lex ipsa, odio effrenatæ libidinis, quoad successiones, quæ juris civilis sunt, effectum istius conjunctionis naturalis impedire & infringere voluit, *d. Novell. 74. c. ult.* ubi Iustinianus, *Eos*, inquit, *qui semel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis ulla clementia est: sed sit supplicium etiam hoc Patrum, ut agnoscant: quia neque quicquam peccatricis concupiscentiæ eorum habebunt filii. & d. Novell. 89. c. ult.* ubi idem Iustinianus, *primum quidem*, ait, *omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit: iste neque naturalis nominatur, neq; alendus est à parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.*

Nihil quoque obstat: quòd, licèt liberi incestuosi & nefarii à parentum successione, per novissimum jus Iustinianeum repellantur: nulla tamen sit lex, aut constitutio, quæ à successione fratrum, & aliorum transversalium eos disertè excludat: ac proinde quadam argumentatione ab eadem successione
358 removeri non debeant: præsertim cùm pœnalia jura restringi, & favores ampliari conveniat, *c. o-*
359 *dia. 15. de regul. jur. in 6.* Etenim cessante causa, cessat ipse effectus, *l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jure patronat. c. etsi Christus. 26. circa fin. ext. de jurejur. c. cùm cessante. 60. ext. de appellat. c. cùm infirmitas. 13. ext. de pœnitent. & remiss. fusissimè Tiraquell. in tract. cessante causa, cessat effect. in princ. num. 11. & seqq.* Hic autem cessat causa successionis, nempe cognatio vel proximitas inter matrem & filium: tum quia Iustinianus ejusmodi liberos indignos & nomine filiorum naturalium, & omni clementiâ pronunciavit, *d. Novell. 74. c. ult.* tum quia pater & mater sunt fons & origo, ex quâ jura consanguinitatis & proximitatis oriuntur: qui fons cùm illis desit, nullum habent medium, ex quo gradum cognationis deducere possint. Cessabit igitur omnis in ulteriotibus quoque successio.

Denique nihil urget, quòd fratres, & alii transversales non peccaverint: sed parentes tantummo-
360 dò, ex quibus tales filii procreati sunt: atque ideo non illi, sed hi plectendi veniant: cùm suos pœnæ auctores comitari debeant, *l. si pœna. 20. & l. crimen. 26. ff. de pœnis. l. sancimus. 22. C. eod. tit.* Quanquam enim illi non deliquerunt: odio tamen parentum (qui digni sunt hac pœnâ, ut filios omni sanguinis jure destitutos esse sentiant) omninò pro extraneis habentur. Et licèt non ineptè obiiciatur, ex eo, quòd filii à successione parentum excludantur, non protinus consequi, quòd etiam à mutuâ inter se ipsos successione arceantur: tamen, quando filii à successione parentum idcirco repelluntur, quòd jura consanguinitatis & cognationis eis prorsus desint: non malè inde infertur, eos omni jure & gradu, ex quo successio defertur, inter se quoque spoliatos & destitutos censeri: *quemadmodum id prolixiùs declarat Forsterus d. lib. 6. de success. c. 50. num. 12. & multis seqq.*

Utcunque autem liberi ex damnatis complexi- 361
bus nati, de jure civili & parentum successione & alimentis indigni judicantur. *d. Auth. ex complexu. C. de incest. & inut. nupt. d. Nov. 89. c. ult.* jure tamen Pontificio illis alimenta à parentibus præstanda sunt, *c. cùm haberet. 5. in fin. ext. de eo, qui duxit. in matr. quam polluit. per adulter. Matthæus Matthesyllan. in tr. de success. ab intestat. 2. membr. primi artic. num. 1. latè Covarruv. in tract. de matr. in part. 2. c. 8. §. 6. Ioachim. à Beust in tractat. de matrimon. c. 60.* cujus juris decisio, utpote posterior & æquior, etiam in terris Imperii, sicque in foro seculari servanda est, *argum. l. necare. 4. ff. de agnoscend. & alend. liber. & l. legem. 7. ibi, misericordià indigni non sunt, qui alieno laborant vitio. C. de naturalib. liber. Palaot. in tract. de nothis spuriisque filiis. c. 46. & 47. Hoigius hîc in cap. 5. num. 150. Schneidevvin. hîc sub tit. de success. liber. ex damnato coitu nator. num. 3. Peregrinus. in tract. de jure fisc. lib 3. c. 28. num. 55. Ioan. Iacobus à Canib. in tract. de execut. ult. volunt. part. 2. §. consentaneum. num. 37. Claudius de Seyssello in l. 1. num. 11. ff. solut. matrimon. Ant. Capycius decis. 164. num. 2. Ioannes de Roias in Epitom. omn. success. c. 21. num. 19. Anton. de Padilla in auth. res, quæ. num. 65. C. commun. de legat. Hartman. Hartmanni ab Epping. tit. 36. obs. 3. Ioannes Baptista Pontanus de alimen. c. 2. numer. 12. Fortunius Garsias de ult. fin. jur. num. 109. & seqq. Bachovius in Not. ad vol. 2. Treutleri. disp. 16. th. 2. lit. G. pag. 1029. & ibidem Hunnius in suis resolut. q. 33. pag. 230. item lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 10. Rittershus. in exposit. Novell. Iustin. part. 7. cap. 8. num. 6. Martinus Celerus lib. 1. de alimentis. cap. 3. n. 8. aliique plures, per eum designati.* Hinc legatum ali- 362
mentorum nomine, incestuosis liberis à patre relictum jure Canonico valet: etiamsi testator non addiderit tali legato, se hoc vel illud alimentorum nomine relinquere; sed simpliciter aliquid reliquerit, *Cravett. consil. 219. incip. licèt datum. n. 8. cons. 846. num. 2. cons. 917. num. 3. Ioan. Baptista Caccialupus de S. Severino in consil. suo, quod est inter Cornei consil. 217. sub. num. 1. vers. posset replicari. vol. 3. Petrus de Benintendis, decis. 22. num. 3. & 15. Anton. Corduba de Lara in l. si quis à liberis. 5. §. idem rescripsit. 6. ff. de agnosc. & alend. liber.* Eiusque ratio est: 363
tum quia, cùm pater sit debitor alimentorum necessarius, *d. c. cùm haberet. 5. ext. de eo, qui duxit in matrimonium, &c.* in dubio videtur donasse pro alimentis

mentis debitis, & animo compensandi pro eis; prout juris est, quando debitor necessarius creditori legat, *arg. l. hujusmodi. 84. §. cùm pater. 6. ff. de legat. 1.*
364 Tum quia legata sunt interpretanda ex conditione legatarii, *arg. l. cùm hi. 8. ß in annos. 23. ff. de transactionib. & l. plenum. 12. §. equitij. 4. vers. sed si testator sciens. ff. de usu & habitat.* non tantum, quando testamento addita est clausula, quæ hodie testamentis plerumque inseritur, nempe *omni meliore modo & viâ. &c. Iacobus de Puteo in consil. suo, quod est inter Laurentii Calcanei consil 62. incip. aggredienti mihi. num. 11.* sed etiam, quando ea abest; partim quòd eam clausulam in jure nusquam requiri videamus: partim quòd dicta clausula, etiam testamento non inserta, subintelligatur. *Et hanc communem esse opinionem, testatur Franc. Curtius jun. consil. 114. incip. non possum non mirari. num. 9. & consil. seq. num. 7. & Quintilianus Mandosius in addit. ad Lapide Castiglionchio allegat. 29. sub lit. N. hosque referens Colerus d lib. 1. de aliment. c. 3. num. 38. & seqq. ubi Calcanei in consil. 59. num. 9. & Chassanéi consil. 39. num. 53. dissentientium doctrinam refutat, pluraque alia, huc pertinentia eruditè explicat.* Et hæc de successione descendentium sive liberorum dicta sufficiant.
365

DE SUCCESSIONE ASCENDENTIUM SEU PARENTUM.

366 Dispiciamus modò de successione ascendentium sive parentum. Ascendentes sive parentes cùm dicimus; non patrem tantùm & matrem, verùm etiam avum & aviam, proaviam, aliosque ascendentes in infinitum intelligimus, *l. quique. 4. §. parentem. 2. ff. de in jus vocando. l. Iuris consultus. 10. §. parentes. 7. ff. de gradib. & affinib. l. appellatione parentu. 51. ff. de verb. significat. Timaus Faber disp. 21. ad Institut. Imperial th. 8.* Illi, descendentibus deficientibus, mortalitatis & successionis ordine inverso, secundo loco ad successionem defuncti vocantur, *l. nam etsi. 15. ff. de inoffic. testam. l. scripte. 7. in fin. ff. unde liberi. Novell. 118. c. 2.* Unde bellè Accursius *in d. l. 15. ff. de inoffic. test. super verb. ordine.* canit:
367

Ordine turbato, succedis Bulgare nato.

Filio itaque filiáue sine liberis, fratribus item vel sororibus utrinque conjunctis, vitâ functis, si parentes soli, & in pari gradu superfint, æqualiter succedunt, *d. Novell 118. cap. 2. Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyllian.* Quòd si mater sola superstes fuerit, sola succedet: sin pater solus, & ipse bona defuncti, omnibus aliis ascendentibus remotioribus exclusis capesset. Utroque verò parente, tempore mortis filii, è medio subducto: alii superiores, secundùm gradaum prærogativam admittuntur: ita ut semper propinquiores gradu, remotiores excludant. Neque enim in hac ascendentium serie, sicut in lineâ descendenti, locum habet jus repræsentationis: cùm contra naturam sit, ut avus repræsentet patrem suum filium, tanquam ab eo genitus, *d. Novell. 118. cap. 2. d. Auth. defuncto. ibi salva gradus sui prærogativa. C. ad SC. Tertyllian. Wesenbec. in Parat. ff. de gradib. & affinib. numer. 15. Forsterus lib. 7. de successionib. cap. 4. conclus. 5. num. 23. Matth. Stephani cent. 3. sub. quæst. 11. Andr. Gerhardi Decad. 11. quæst. 5. Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 1. quæst. 32.* Sed & diversitatis illius ratio hæc est: quia hereditas magis descentibus, quàm ascendentibus, debetur. Quid ita: quia non solùm ratio naturalis, quasi lex quædam tacita; sed commune etiam parentum votum liberis hereditatem addicit. *l. cùm ratio. 7. ff. de bonis damnator. d. l. scripte. 7. in fin. ff. unde liberi. d. l. nam. etsi. 15. ff. de inoffic. testam.* Ascendentibus autem debetur hereditas duntaxat propter miserationem & solatium: ut scilicet, liberis amissis, ipsi solatii loco bona liberorum consequantur, *d. l. 7. in fin. ff. unde liberi. l. jure succursum. 6. ff. de jure dot.* Unde eleganter Cicero *pro Quint. Ad quem*, ait, *summus mœror ex morte alterius venit: ad eundem summum successionu honorem pervenire oportet.* Quòd si ascenderites paris quidem sint gradûs, diversæ verò lineæ, paternæ nimirum & maternæ, vel etiam disparis numeri, in stirpes succedent. *d. Novell. 118. c. 2. vers. si autem eundem. Fürstl. Württ. erneuert Landrecht/ part. 4. tit. 19. §. Auff den Fahl/ &c. pag. 486. Covarruv. in Epitom. de successionib. ab intest. num. 3. & 4. Schneidewin hic sub cap. de success. parentum natural. & legitimor. simul. num. 22. Donell. lib. 9. Commentar de jure civ. c. 3. pag. 401. Oliver. Textor. in tract. de success. ab intest. num. 71. Forster. d. lib. 7. de successionib. c. 4. conclus. 3. num. 5.* Ubi tamen silentio non transeundum est: patrem vel avum paternum filio vel nepoti intestatò defuncto, qui erat in potestate, unà cum matre vel avo materno succedentem, præter suam portionem, quam pleno jure consequitur, etiam usumfructum obtinere, donec vixerit, ejus portionis, quæ matri avove materno delata est, *per textum expressum in l. ult. §. 1. vers. sin verò defuncta. C. ad Sc. Tertyll. Paul. Castrens. in Auth. defuncto. C eod. tit. Fachin. lib. 6. controvers. jur. c. 6. quos refert & sequitur. D. Bocerus hic num. 92. pag. 73. & class. 3. disp. 10. th. 24 edit. 2.* 368 369 370

Nec huic obstat *d. Novell 118. c. 2. §. si verò, &c.* ubi Justinianus ita loquitur: *Si autem pater aut mater fuerint; dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti & ascendentium & fratrum singuli aqualem habeant portionem; nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare: quoniam pro hac usus portione, hereditatis jus & secundum proprietatem* 371

per præsentem dedimus legem, &c. Nam Imperator ibi usumfructum quidem patri aufert ex portione filiorum, non autem matris: & causam assignat; quoniam scilicet vocatur ad successionem, ad quam aliàs non erat vocatus secundùm antiquas leges. Sed de matris portione nullum adfert verbum: cum tamen loquatur etiam eo in casu, quo mater adest & succedit, ut liquet ex illis verbis; *Vti & ascendentium & fratrum*. Quæ significant non unius patris, sed plurium ascendentium successionem. Et ideirco meritò subdit: *nullum usum ex filiorum portione patrem sibi vindicare*: idem & de portione matris dicturus, si voluisset. Ergo *d. l. ultim. C. ad SC. Tertyllian.* minimè abrogatur, quatenus ex portione matris usumfructum patri attribuit; sed tantum, quatenus ex portione fratrum. Quidquid enim expressim & specialiter mutatum non est, id veterum legum dispositioni relictum intelligitur, *l. præcipimus. 32. in fine. C. de appellationib. Atque ita hoc explicat Fachineus d. cap. 6 ad fin.* Tametsi aliter pronunciatum sit in Senatu Pedemontano *apud Anton. Tessaurum decis.* 156. quem novè sequitur, & tueri annititur Hunnius *d. libr. 3. quæst. 33. & in resolut. ad vol. 2. Treutler. disp. 15. th. 4. quæst. 35. pag. 232.*

372 Agitata sæpè utramque in partem est quæstio illa: ecquid pater & mater, cæterique majores diversæ lineæ, in gradu pares, æqualiter in omnia bona succedant; sive hæc bona à matre ad filium pervenerint: sicque nulla prorsus bonorum distinctio facienda sit? Et quidem multi, magni nominis Doctores, existimant: bonorum distinctionem & separationem hic faciendam esse: adeò, ut in bonis, quæ ex paterna lineâ ad filium defunctum profecta sunt, pater solus succedat, matre exclusâ; & mater contra sola, patre excluso, in bonis, quæ ad filium ex lineâ maternâ pervenerunt: in omnibus autem cæteris bonis, aliunde quæsitis, æqualiter succedant; *Bart. in l. post dotem. 4 3. num. ult. ff. soluto matrim. in Auth. itaque. C. communia de successionib. & in l. quòd scitis 3. C. de bonis, quæ liberis, &c. Iason. in d. l. post dotem. 40. num. 106. & seq. ff. solut. matr. Matthæsyllan. num. tr. de success. ab intest. in 2. artic. princip. num. 7. & ibidem in addit. Ludov. Bologninus. num. 8. Modestin. Pistoris consil. 31. q. 3. numer. 39. vers. idem dicit. vol. 1. Benedict. de Guilh. in c. Raynutius. 16. ext. de testam. verb. & uxorem. num 937. Chassan. in consuetud. Burgund. rubr. 7. §. 6. numer. 7. Nicol. Boer. decis. 192. num. 5. Ambros. Schurer. in tr. de success. ab intestat. t. 10. reg. 2. ampliat. 1. Anton. Tessaur. decis. 27. num. 2. & 3. Matthias Berlichius part. 3. conclusion. practicabil. conclus. 20. num. 14. & seq. Schneidewvin. h. in c. de success. parent. natural. & legit. simul. num. 12. & 13. Bercholt. in tract. de gradib. tit. de success. ascendentium. pag. 116. Petr. Gregor. Tholos. in syntag. jur. univers. part. 3. lib 45. c. 9. num. 11. Ludov. Roman. consil. 40. pluresque alii, quos citat Tiraq. in Comment. de retract. lign. §. 14. glos. 2. num. 12.* Verùm alii, non minores auctoritatis JCti, constanter asserunt; patrem, & matrem, & cæteros maiores, diversæ lineæ, pares in gradu, æqualiter in omnia bona succedere: nec aliquam bonorum paternorum & maternorum segregationem faciendam esse, undecunque bona profecta sint, sive a patre, sive à matre. *Bald. in Auth. defuncto. num. 3. Cod. ad. SC. Tertyllian. Nicolaus de Vbaldis in tractat. de success. ab intestat part. 2. num. 4. Cynus. Salicetus. Fulgosius, Ioan. à monte Sperello, Corneus, & alii in d. l. quod scitis 3. Cod. de bonis, quæ liberis, &c. Decius consil. 94. num. 9. & sequentib. & consil. 186. num. 2. vol. 1. & consil. 7. vol. 3. Wesenbec. in addit. ad Schneidevv. dicto loco Heigius hic in 2. ord. de success. ascendent. num. 5. D. Becer. num. 90. pag. 72. Arnold. Ferrenius ad consuetud. Burdigalens. lib. 2. tit. 5. §. 1. Ranchinus in tract. de success. ab intestat. §. 14. num. 10. Forster. lib. 7. de successionib. cap. 4. num. 12. & seqq. Covarruv. in Epitom. de success. ab intest. num. 2. Ludovic. Molina tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disp. 163. n. 5. Baldus. Novell. in tract de dote. part. 12. num. 45. & seq. Mynsinger. cent. 6. observat. 55. num. 3.* ubi hanc sententiam a Camerâ Imperiali approbatam esse, testatur. Eandem sequuntur *Fachineus lib. 6. controversiar. jur. cap. 4. Hackelman. illustr. quæstion. disput. 18. thes. 15. ad lit. d. Hanonius Disp. 12. controvers. 7. Paulus Berens. Disput. 8. ad Institut. them. 2. quæst. 1. Thomas Lindemannus. Exercitationum Iustin. Disp. 5. th. 29. Didacus Spino in speculo testam. tit de his, qui succedunt ab intestat. Grassus. in §. successio ab intest. q. 22. num. 5. Capriol. lib. 2. num. 2. de success. ab intestat. Francisc. de Barry lib. 18. de success. intestati. tit. 2. num. 6. Illustris Enenckel. in tract. de privileg. parent. & liber. privileg. 14. c. 1. part. 2. n. 4. Henning. Wegnerus Disp. 9. ad Institut. thes. 3. lit. d. Andr. Gerhardi Decad. 11. q. 5. Iacob. Schegk. in delibat jur. Disp. 14. th. 48. 'o. Iacob. Plebst. Disp. 4. de jure locali Ducatus Wurtemberg. th. 85. ed. 1. Petrus Barbosa. ad l. post. dotem. 41. num. 67. ff. solut. matrim. & Casparus Schifordegher. lib 1. ad Anton. Fabr. tract. 14. quæst. 5. & seqq. nec non Hunnius. d. libro 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 31. & Bachovius in not. ad volum. 2. Treutler. Disp. 16. th. 4. lit. c. pag. 1018. Vngepaur. exercit. Iustin. 9. quæst. 7. pag. 267. edit. ult.*

Fundamentum hujus assertionis solidum extat
in Novell. 118. cap. 2. vers. si autem plurimi, &c. ubi
apertè Justinianus sancivit: hereditatem filii, vel
alterius descendentis sine liberis defuncti, ad ascen-
dentes sive parentes, in pari gradu existentes, pariter
pertinere. Hereditatem verò omne jus, quod de- 373
functus habuit, complecti plusquam manifestum
est, *l. nihil aliud. 24. ff. de verbor. significat. l. heredi-
tas. 62. ff. de regul. jur.* Cùm igitur lex indefinitè &
indistinctè hereditatem ex æquo dividi jubeat, ali-
ter intelligi non potest, nisi respectu omnium bono-
rum undecunque quæsitorum. Indefinita siquidem 374
oratio, à lege prolata, universali æquipollet,
arg.

argum. l. si ita relictum. 43. in princ. & l. si pluribus.
44. ff. de legat. 2. l si necessarias. 8. §. si annua. ff. de pi-
375 gnor. act. & lex generaliter indistinctèque loquens,
generaliter & indistinctè accipi debet. l. 1. §. quòd
autem. 3. in fin. ff. de aleatorib. l. 1. §. generaliter. ff. de
legat. præstand. & l. de pretio. 8. ff. de Publician. in rem
act. Huic accedit, quòd Justinianus in d. Nov. 118.
cap. 2. sibi proposuerit omnes ab intestato cognatio-
num successiones clara compendiosaque divisione
disponere: sic, ut ea sola, quæ ibi disposuerit, ser-
vari oporteat, prout in præfatione istius Novellæ diser-
376 tè scribit. Ast huic suo proposito non satisfecisset, si
casum propositum in eâdem novellâ constitutione
claris & perspicuis verbis non definivisset. Eodem
confert quoque evidens ratio : quòd nimirum in
delatione hereditatis non origo & causa acquisitio-
nis, sed persona acquirentis spectetur : nec bona am-
pliùs materna aut paterna dici possint, sed ipsius; qui
acquisivit. Sed & bona semel alicui quæsita, unde-
cunque provenerint, cum aliis consolidantur, u-
numque patrimonium constituunt. l. sed si plures. 10.
§. filio. 2. ff. de vulg. & pupill. substitut. ac eo mor-
tuo, hereditatis nomen adipiscuntur. d. l. hereditas.
62. ff de reg. jur. & proinde, cùm medietas bono-
rum paternis, & altera medietas maternis parenti-
bus acquiratur. d. Nov. 118. cap. 2. sequitur inde in-
fallibiliter; bonorum à matre, & bonorum à patre
acquisitorum, separationem fieri non debere.
377 Huic sententiæ nihil adversatur d. l. quòd scitis. 3.
vers. sin autem idem nepos. C. de bonis, quæ liberis, &c.
quâ Bartoli & sequacium opinio maximè firmatur.
Nam in specie illius legis agitur tantùm de heredi-
tate nepotis inter patrem & avum paternum, & sic
inter ascendentes ejusdem lineæ dividendâ : & de-
ciditur, quòd bona, à matre profecta, ad solum pa-
trem, tanquam proximiorem, pertineant, non ad a-
vum. Hìc verò tractatur de concursu avi paterni
& materni, atque ita de ascendentibus diversæ li-
neæ, in pari gradu constitutis : & dicitur, eorum
respectu nullam bonorum separationem à jure no-
vissimo introduci, & consequenter eosdem æqua-
liter in omnibus bonis, ex quacunque lineâ obve-
nerint, succedere debere, d. Novell. 118. cap. 2. vers.
378 si autem, &c. Sic quoque minimè refragatur §. 1.
supr. per quas personas cuique acquirit. ubi Justinia-
nus ipse humanum & æquum esse judicat : ut id,
quod à patre profectum est, ad eundem revertatur.
Quia loquitur de bonis, à patre profectis : eaque ad
ipsum rectà reverti dicuntur, vivo filio : quod cùm
præsenti quæstione nihil commune habet. Ad alia,
quæ huic sententiæ contradicere videntur, respondent
satis commodè Forsterus, Fachinéus, Berent, Hunnius
& Vugepaur locis præallegatis.
379 Ambigi hìc quoque de eo posset : nunquid ascen-
dentes in bonis feudalibus liberis suis succedere va-
leant ? Sed negativa opinio expresso communita est
textu in cap. 1. in princip. de naturâ successionis feudi.
tit. 50. libr. 2. feudor. Quam amplectuntur Caccia-
lupus de feud. cognit. artic. 6. numer. 21. vers. visis
concordantiis. Sonsbecc in Commentar. ad usus feudor.
part. 9. numer. 46. Schrader. in tractat. feud. part. 7.
cap. 6. numer. 1. Cephal. consil. 641. numer. 18. vol. 5.
Wesenbec. de feud. cap. 6. numer. 7. Schneidevvin.
in tractat. de feud. part. 6. de success. ascendent. num. 1.
& idem hoc tit. cap. de success. parent. natural. & legi-
timor. simul. numer. 18. Heigius hic sub cap. de success.
ascendent. numer. 20. Borcholt. de feud. cap. 7. part. 2.
numer. 9. Vultejus libr. 1. de feud. cap. 9. numer. 101.
aliique ab his memorati. Ratio hujus decisionis non 380
incommoda hæc videtur : quòd propter commu-
nem feudi naturam semper, si non expresse, tacitè
tamen, in primâ investiturâ hoc inter dominum &
vasallum actum esse intelligatur : ut concessum feu-
dum ad investitum & ejusdem posteros, sive ex eo
descendentes, non etiam ejusdem parentes, perti-
neat : quippe cùm rariùs, & non nisi turbato mor-
talitatis ordine eveniat, ut filii ante parentes dece-
dant, & ad eorum successionem parentes vocentur,
l. nam etsi. 15. ff. de inofficios. testament. Alvarott. in
cap. 1. §. hoc quoque numer. 9. de his, qui feud. dar. poss.
Heteman. in d. cap. 1. de natura success. feud. Vult. loco
proximè notato, Duaren. in Commentar. in usus feud.
cap. 11. numer. 10. Hartmann. Pistoris libr. 2. quæstion.
jur. quæst. 19. numer. 5. D. Bocerus class. 5. Disput. 18.
thes. 22. ad lit. a. edit. 2. & latiùs in tract. de jure suc-
cedendi in feudum. c. 4. quæst. 1. & seq.
Etsi verò ascendentium successio regulariter in 381
feudis nulla est : sunt tamen casus nonnulli, quibus
defuncto suo filio parens in feudum succedit. Pri- 382
mus est : si in feudi concessione sive investiturâ id
expresse actum sit ; ut, vasallo sine masculâ prole
defuncto, feudum ad ejus parentem pertineat, per
textum in titul. 84. in extraordinar. capitulis. Valent.
Forster. de successionib. libr. 7. cap. 4. numer. 38. in ad-
ditionibus. pag. 537. Et quamvis dubiæ auctoritatis
capitula ista extraordinaria censeantur : attamen va-
lere hujusmodi pactum, ratio suadet : quippe cùm
pactione effici possit, ut personæ, quæ aliàs in feudo
succedere nequeunt, ad illius successionem admit-
tantur : veluti fœmina, tit. 8. §. filia verò. lib. 1. feud.
& d. tit. 50. in princip. libr. 2. feudor. & frater in feu-
do fratris novo, titul. 1. §. cùm verò vers. sin autem
unus ex fratribus. ibi, nisi hoc nominatim dictum sit.
lib. 1. feud. item extraneus, titul. 48. lib. 2. feudorum.
Secundus casus est : si filius propter benemerita pa- 383
tris de feudo investitus fuerit. Cùm enim respectu
& contemplatione patris feudum filio conceditur :
idem feudum etiam patri, in casum deficientis filii,
concedi intelligitur, argumento l. dotem, quam. 6. ff.
de collat. bonor. l. ultim. in fin. C. de usufruct. l. sed si
plures. 10. §. in adrogato. vers. ego etiam. ff. de vulg. &
pupill. substitut. Schrader. d. tractat. feud. part. 7. c. 6.
numer. 4. Duaren. d. Commentar. in usus feud. cap. 11.
numer. 11. Borcholt. de feud. cap. 7. numer. 9. Schüre-
rius in tractat. de hereditatibus quæ ab intest. defer. ti-
tul. 11. in princip. Tertius est casus : quando pater 384
favore

favore filii feudum refutavit, ut filius inveſtiretur.
Tunc, filio nullis relictis liberis maſculis mortuo,
feudum ad patrem ſuperſtitem jure ſucceſſionis re-
vertitur, ut Interpretes plerique volunt, *Iacobin. de
S. Georg. in inveſtitura feud. ſuper verb. & unus ex di-
ctis vaſallis refutavit feudum. num. 10. Iacobus de Ar-
diz. in epitom. de feud. tit. de ſucceſſ. feud. §. aſcenden-
tes. Zaſ. in epitom. feudal. part. 8 num. 2. Præpoſit. in
cap. 1. num. 2. de vaſall. decrep. ætat. Borchols. d. cap. 7.
num. 9. Hartmannus Hartmanni ab Epping. lib. pract.
obſervat. titul. 54. obſerv. 46. Sonsbecc. d. part. 9. nu-
mer. 48. Schrader. d. c. 6. num. 4. Schurff. cent. 1. con-
ſil. 27. Heigius hic in tit. de ſucceſſ. aſcendentium. nu-
mer. 31. & Roſenthal. in ſynopſi jur. feudal. cap. 7. con-
cluſ 27.* Et licèt hoc de caſu non immeritò quiſpiam
dubitare poſſet, ob generalem textum *in d. tit. 50. in
princip. libr. 2. feud. & d. titul. 84. in extraord. capi-
tul.* eum tamen in Camerâ Imperiali receptum eſſe,
teſtatur Mynſingerus *centur. 3 obſerv. 93.* Ultimus
385 caſus eſt: ſi ſtatutum vel conſuetudo illius loci, in
quo feudum, de cujus ſucceſſione agitur, ſitum eſt,
id permittat, *argumento tit. 1. in princip. libr. 2. feud.
& tradit. Andr. de Iſern. ad d. titul. 50. libr. 2. feud.
Schrader. d. part. 7. cap. 6. num. 3. Vult. d. lib. 1. de feud.
cap. 9 numer. 101. pag. 513. verſ. quod autem, &c. hoſq;
citans D. Bocerus d. claſſ. 5. diſput. 18. th. 22. ad lit. e.
& d. tractat. de jur ſucced. in feud. cap. 4. quæſt. 1. verſ.
tertius eſt caſus, &c. Gothofred. Anton. diſput. feud. 5.
th. 6. lit. A.*

386 Portò ſi cum aſcendentibus ſive parentibus de-
functi fratres & ſorores ἀμφιθαλεῖς, hoc eſt, utrin-
que defuncto juncti junctævè (nam ex uno latere
conjuncti, ab omnibus aſcendentibus meritò exclu-
duntur, *Novell. 118. cap. 2. in princip. ibi, exceptis ſo-
lis fratribus, ex utroque parente conjunctis, &c. Nicol.
de Vbald. in tractat. de ſucceſſ. ab inteſt. part. 2. num. 7.
Wurmſer. in pract. obſerv. tit. 41. obſerv. 5. & 6. Hæ-
non. diſput. 12. controverſ. 10. Bocer. d. claſſ. 3 diſput. 10.
theſ. 29. ed. 2. Hunnius d. libr. 3. tract. 1. quæſt. 34 Fa-
chineus libr. 6. controverſ. jur. cap. 8. ubi diſſentientem
adducit Chaſſenæum conſil. 9. & in conſuetud. Burgund.
Rubr. 7. § 6. verſ. dictum eſt hic, &c.*) concurrant:
tunc inter hos, & aſcendentes gradu proximos he-
reditas ex æquo dividenda eſt, adeoque tot facien-
dæ ſunt partes, quot perſonæ adſunt, *Authent. de-
functo. C. ad Senatusconſultum Tertyl. dict. Novell* 118.
387 *cap. 2.* Idem quoque cautum extat Jure renovato
Würtemberg *part. 4. tit. 20. pag. 491. & ſeq.* Fratrum
quinetiam, & ſororum prædefunctarum liberi, ex
utroque parente conjuncti, ſive defuncto frater ſu-
perſit, ſive non, cum aſcendentibus, propter jus re-
præſentationis, in ſtirpes vocantur Novell. 127. *c. 1.
Forſterus de ſucceſſionibus ab inteſt. libro 7. capite 7.
Schneidevvin. hic in ſecundo ord. ſuccedendi. num. 29.
Plebſt. de jure locali Württ. diſputat. 4. th. 87. & 89.
edit. 1.* Superſtitibus itaque avo paterno, aviaque
maternâ, fratre utrinque conjuncto, & fratris u-
trinque conjuncti filiis duobus; hereditas in quin-
que partes dividetur: quarum quintam hi duo ex
fratre filii accipient, quam habiturus fuiſſet parens
ipſorum, ſi vixiſſet. *Videatur Andreas Gerhardi De-
cad. 11. quæſt. 6. & 7. itemque Rittershuſius in expoſi-
tione Novell. Iuſtin. part. 7. cap. 10. n. 8. & 9.* Quam-
vis diverſum in nepotibus fratrum, aut pronepoti-
bus, utpote in quibus repræſentatio ceſſat, ſit rece-
ptum, *Authent. poſt fratres, fratrumq; filios. & ibi gl.
communiter approbata, Salicetus, Cornæus & alii, C.
de legit. heredib. Iean. Fab. in §. item vetuſtas. in fin.
infr. hoc tit. Angel. in §. præferuntur. num. 10. infr. de
SC. Tertyll. Oliver. Texter. in tractat. de ſucceſſ. ab in-
teſt. numer. 77. Covarr. in epit. de ſucceſſ. ab inteſtato.
num. 5. verſ. tertiò eſt notandum, &c. Heigius hic in 2.
ord. de ſucceſſ. aſcend n. 14. Wegner. diſp. 9. ad Inſtitut.
th. 3. ad lit. f. & Gerhardi. d. q. 6.*

Planè an defuncti frater utrinque conjunctus 388
præferatur avo ſuo, nec ne, controvertitur? Et il-
lum huic non præferri, ſed utrumque ſimul ſucce-
dere, rectè ſtatuitur, *d. Nov. 118. c. 2. verſ ſi verò. &c.*
ubi expreſſum eſt, fratres utrinque conjunctos de-
functo, cum proximis gradu aſcendentibus vocari.
Proximus autem gradu is dicitur, quem nemo ante- 389
cedit. *l. proximus 92. ff. de V. S.* Proinde ſi ex aſcen-
dentibus ſolus extet avus, cum eo frater utrinque
conjunctus ſuccedet, non verò eum excludet: quia
avus tunc gradu proximus cenſetur. *Atque ita de-
cent. Bartol. Caſtrenſ. Salic. & Corn in Auth. defun-
cto. C. ad SC. Tertyll. Covarruv. d epit de ſucceſſ. ab
inteſt. numer. 5. hosque allegans Fachin. lib. 6. controv.
jur. cap. 7.* Quibus addendi ſunt *Bl. d. Auth. defun-
cto. C. ad SC. Tertyll Nicol. de Vbald. in tr. de ſucceſſ.
ab inteſt. p. 2. numer. 5. Matthæus Matthæſyllan. in d.
tract. in ſecundo art. princ. n. 9. in fin. Dynus in ſum-
mâ ſucceſſion. Borchols. in tract. de gradib. tit. de ſuc-
ceſſ. aſcend. pag. 220. Paul. Berens diſput. 8. ad Inſtit.
them. 2. quæſt. 2. Hilliger. ſedulus Enucleator Donelli,
lib. 9. cap. 3. lit g. Oliver. de ſucceſſ. ab inteſt. n. 77. &
ſeq. Hænon. diſput. 12. ad Inſtitut. controv. 8. Weſenb.
in parat. ff. de gradib. & affinib. n. 15. Hunn. d. tract. 1.
quæſt. 35. & Forſter. d. libr. 7. de ſucceſſ. cap. 6. num. 1.
& 2.* Si ergo defunctus reliquit avum paternum vel
maternum, & fratrem ac ſororem ex utroque paren-
te conjunctos: hereditas in tres diſtribuitur partes:
unam partem accipit avus paternus vel maternus:
ſecundam frater defuncti: tertiam ſoror. Idem di-
cendum, ſi defunctus reliquerit avum paternum &
aviam paternam, & avum maternum ac aviam ma-
ternam, & fratrem ac ſororem utroque ex parente
junctos. Hac ſpecie hereditas defuncti in ſex æqua-
les partes dividetur: & duas hereditatis partes ca-
pient avus & avia paterni; & avus ac avia materni
itidem duas partes; & reliquas duas partes frater &
ſoror defuncti accipient. *d. Novell. 118. cap. 2. verſ. ſi
verò cùm aſcendentibus, &c. Plebſt. d. diſput. 4. th. 91.*
Quare meritò jam diu nigros tulit calculos ſenten-
tia Jacobi de Belviſo *in d. Novell. 118. c. 2. verſ. ſi verò.*
Chaſſenei *in conſuet. Burgund. Rub. 7. §. 6. verſ. ſed*

adverte, &c. & aliorum, qui fratrem sororemvè utrinque conjunctos cum patre & matre quidem admittunt, non verò etiam cum avo vel avia; sed hos ab illis excludi autumant.

390 Cæterùm, si mater ad secundas nuptias transeat: tunc eorum, quæ ex paternâ substantiâ ad filium pervenerunt, usumfructum quidem consequitur; proprietatem autem amittit, eamque filiis primi matrimonii superstitibus reservare tenetur. *l. fœmina. 3. §. illud. juncta auth. ex testamento. ibique gloss. C. de secund. nupt. l. mater. 5. C. ad Senatusconsultum Tertyllianum. Nov. 22. cap. 46. vers. si autem. &c. & Novell. 2. cap. 3. ubi Cujac. Boër. decis. 185. & 192. Rittershus. d. exposit. Nov. part. 7. cap. 12. num. 5. Heigius hic in secundo ord. de success. ascend. num. 20. & latius Schneidevvinus hic in secundo ord. succedendi. num. 32. & seq.* Adde Doctorem Martam *tom. 5. digestorum novissimorum Tit. Successio. cap. 123. fol. 118.*

391 Sed utrùm idem ad patrem, ad secunda vota convolantem, porrigi debeat, non omninò expeditum videtur? Sententia affirmata cùm suffragiis Dd. conspirantibus *(contra Matthasyllanum hæsitantem, in tract. de success. ab intest. in 2. artic. principali. numer. 25.)* recepta sit, nec mihi displicere debet, *dict. Novell. 22. cap. 23. vers. & hæc communis, &c.* Ejusque ratio satis est perspicua: quia jura non solùm præsumunt, novas nuptas tum bona, tum animum & vitam suam novis maritis addicere. *l. lex, quæ tutores. 22. ante finem. C. de administrat. tutor.* verùm etiam judicant, patrem novercalibus delinimentis instigatum, malignè circa sanguinem suum ferre judicium,

392 & a στοργῇ ipsâ abduci atque avelli. *l. 3. & 4. de inoffic. testam.* Unde cùm & filiorum & conjugum causâ isthæc pœna introducta sit, & tam in patre, quàm in matre rationem eandem habeat: plusquàm manifestum sit, patrem similiter hoc casu proprietatem perdere, uti tenent *Bartol. Baldus, & Salicetus in dict. leg. fœmina. 3. C. de secund. nupt. Ioannes de Montefervate in repetit. l. frater à fratre. 38. quæst. 17. ff. de condict. indebit. Paris. consil. 29. num. 77. volum. 3. Oldrad consil. 33 num. 3. Decius consil. 87. num. 3. & consil. 130. num 1. Capra consil. 46. num. 5. Forsterus pulchrè lib. 7. de successionib. ab intest. cap. 21. Gail. libro 2. observ. 98. num. 3. Paul. Æmil. Gallus in tractat. de except. in success. tam ab intest. quàm ex testam. part. 1. tit. 4. except. 3. num. 32. cum seqq. fol. 121. aliiq; complures, ab iure consulti.* Quibus adjiciatur novissimè Bachovius *in suis not. ad volum. 2. Treutleri. Disput. 16. th. 4. lit. D. p. 1041. ubi pro utraque parte nervosè disputat.*

393 Præterea mater, si filio suo impuberi intra annum tutorem non petierit, jure succedendi in ejus impuberis defuncti hereditate, non gaudet. *§. penult. infr. de Senatusconsulto Tertyll. ubi hac de re acturi sumus latius. l. matres. 3. C. ad Senatusconsultum Tertyllian. l. sciant. 10. C. de legit. heredib. l. 2. §. 1. & l. ult. ff. qui petant tutor. vel curat. l. cùm à matribus. 8. & l. ult. Cod. eodem tit. Laurus de Palatiis in tract. de successionib. part. 1. num. 41. prolixè Robertus Marant. in repetit. l. u potest. 18. numero 219. cum multis seqq. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Sed & si turpem ac luxuriosam vitam elegerit mater, in filii defuncti hereditatem non succedit. *argum. l. ult. C. quando mul. tutela offic. fungi potest. Bartolus in leg. his solu. 7. in fin. C. de revocandis donat. Forsterus dict. lib. 7. capite 15. Gail. lib. 2. observ. 98. num. 15. & Becerus clas. 3. disput. 10. th. 32. ed. 2.* Licèt post Alexandrum in *l. sororem. 10. C. de his, quibus ut indignis, &c.* aliter sentiat Heigius hic *in secundo ord. de success. ascendent. n. 27.* 394

395 Verùm enimverò non solùm parentes naturales & legitimi simul, ad successionem liberorum suorum intestatorum vocantur, *ut hactenus traditum est:* sed & legitimi tantùm sive adoptivi parentes liberis suis adoptivis, quos in potestate habuerunt, succedunt: non etiam extraneis adoptatis. *§. sed hodie. 2. ubi Wesenbec. supr. de adoptionibus. l. penultim. circa princip. vers. si verò pater. & §. sed ne articulum. C. d. tit. §. sed ea omnia. 14. infr. h. tit.* neque liberis arrogatis, si hi intra pubertatem decesserint. *§. cùm autem impubes. 3. ubi gloss. supr. de adoptionib. dict. l. penult. §. fin. & ibi gloss. C. eod. Schneidevvinus hic in secundo ordine succed. num. 39. & explicatius Forsterus dict. libro 7. de successionib. ab intest cap. 18 num. 4. & aliquot subsequentibus.* 396 Quemadmodum autem filii naturales tantùm, sive ex concubinâ procreati, succedunt patri in duabus unciis, *ut superius expositum numer. 264.* ita & ipse pater, reliquique ascendentes duas uncias ex hereditate filiorum naturalium consequuntur, *Auth. licèt. C. de naturalib. liber. Novell. 89. c. 13.* Et vicissim sicuti filii naturales in solidum ad hereditatem maternam vocantur: ita & ipsa mater, ant ascendentes ex lineâ maternâ ad successionem liberorum naturalium in solidum admittuntur. *§. fin. inf. de SC. Tertyll. l. 2. in pr. ff. eod. Cravett. consil. 176. numer. 3. Forster. d. lib. 7. cap. 17.* 397 Etenim jura successionum correlativa sive reciproca esse solent, & debent. *argum. l. penult. & ibi Paul. de Castro. C. de legitimis heredib. Treutler. disp. 16. th. 4. ad lit. 1. volum. 2. Berchelt. in tract. de gradibus. pag. mihi. 231. Rittershus. in exposit. Novell. Iustin. part. 7. c. 1. numer. 11. Cujac. ad Novell 18. pagin. 139. Wegner. disput. 9. ad Institut. th. 3. sub lit. g.* & correlativorum 398 idem jus, eademque disciplina judicatur. *l. ult. Cod. de indict. viduit. tollend. l. 1. C. de cupressis. &c.* 399 Parentes porrò naturales filiis suis legitimatis eodem succedunt modo, quo naturales & legitimi sive justi. *§. sui autem. 2. vers. quib. connumerari. infr. hoc tit.* nisi quòd per oblationem curiæ legitimatis soli parentes succedant; non etiam alii agnati cognativè. *Novell. 89. cap. 4. Forster. dict. libro 7. cap. 19. numero 1. & 2.* 400 Sanè à spuriorum seu vulgò quæsitorum filiorum successione pater, & alii ascendentes per lineam paternam, cùm sint incerti, excluduntur. *l. si spurius. 4. ff. unde cognati. l. vulgò. 23. ff. de stat. hom.* Mater verò, quia semper certa, licèt publicum sit scortum,

scortum, cæterique ex materna linea ascendentes iisdem succedunt. *l. quia semper. 5. ff. de in jus voc. l. 2. ff. unde cognati.* exclusis fratribus uterinis, *argum. Novell. 118. cap. 2, ibi, exceptis solis. &c. Forster. d. lib. 7. cap. 17. num. 7.* Nec aliud de matre illustri statuendum, postquam nihil speciale de ea jure constitutum reperitur, *Matthæsyllanus in tractat. de successionibus ab intest. 2. membro secundi articuli principal. numer. 5. Schneidevvinus hic in secundo ord. succed. numer. 48. hocque referens Wegnerus dict. disp. 9.*
401 *thes. 5. sub lit. g. ad finem.* Parentes denique, qui liberos ex damnata seu incesta consuetudine ediderunt, prorsus indignos eorum successione reputari, frequentiùs obtinuit, *Auth. ex complexu. C. de incest. & inutil. nupt. Novell. 89. cap. ult. Angel. in §. præferuntur. numer. 18. infr. de Senatusconsulto Tertyllian. Borcholt. dict. tractat. de gradibus. pag. mihi 232. Forster. libr. 6. de success. cap. ultim. num. 10. & d. libr. 7. cap. 19. num. 3.* Et tantùm de successione ascendentium sive parentum.

DE SUCCESSIONE COLLATERALIUM.

402 Restat, ut agamus de successione collateralium seu transversalium. Appellantur transversales omnes ex latere cognati: ut fratres, sorores, & ex fratribus ac sororibus prognati: item patrui, avunculi, amitæ, materteræ, patrui magni, avunculi magni, amitæ magnæ, & materteræ magnæ. *l. Iurisconsultus. 10. §. sunt & ex lateribus. 8. ff. de gradibus & affinibus. Ioannes Borcholt. in tractat. de gradib. tit. de successione transversal. pag. 233.* Suet ces-
403 sione itaque tam ascendentium, quam descendentium deficiente: tertius transversalium occurrit ordo: quo fratres ac sorores defuncto ex utroque parente connexi (qui Germani fratres, Germanæque sorores iudigitantur) reliquis omnibus, ab uno saltem latere venientibus, præferuntur (adeò quidem, ut repudiante hereditatem fratre utrinque conjuncto, jure accrescendi non admittantur uno latere conjuncti, sed à filiis repudiantis excludantur) exceptis solis fratrum sororumque præmortuorum præmortuarumque, utrinque conjunctorum conjunctarumque, liberis: qui, patruis seu avunculis, amitis seu materteris suis in capita vocatis, jure repræsentationis portionem parentis sui accipiunt, atque ita in stirpes succedunt: *Novell. 118. cap. 3. Auth. cessante. C. de legitimis heredib.* §. W. ernewert Landrecht. *part. 4. tit. 21. pag. 502. Schneidevvin. hic in c. de tertio ordine succedendi num. 3. & 11. Heigius hic in tertio ord. de success. collateral. numer. 1. & seqq. Covarruv. in epitom. de successionib. ab intest. numer. 7. & 10. vers. decima conclusio, &c. Ferronius ad consuetud. Burdig. lib. 2. titul. 5. §. 12. Forster. libr. 8. de success. ab intest. cap. 1. & 2. Modestin. Pistoris consil. 25. numer. 24. vol. 1. Ranchin. in Commentar. de success. ab intest. §. 13. num. 11. Oliver. Textor. in tractat. de success. ab intest. num. 87. & 88. Daniel Moller. in Comment. ad constit. Saxon. part. 3. constitut. 17. num. 1. Matth. Coler. decis. 48. num. 1. part. 1. Berlich. part. 3. conclusion. practicabil. conclus. 24. num. 3. & 8. cum seqq. ubi id ampliationibus & limitationibus aliquot illustrat.*

Jure autem feudali frater consanguineus, id est, 404
ex patre tantùm conjunctus, unà cum fratre utrinque conjuncto succedit: eò quòd consanguinitas est species agnationis, cujus solius in usibus feudorum ratio habetur, *c. 1. de successione fratrum. §. his* 405
verò deficientib. tit. 11. lib. 2. F. ibiq. Bald. num. 1. Alvarot. num. 3. Præposit. num. 3. Afflict. num. 14. Laudens. num. 15. & alii ibidem communiter. Ioan. Petr. de Ferrar. in forma libelli, quo agitur ad revocat. feudi. in verb. nec superstitib. num. 10. Tiraquell. de retraict. lignag. §. 14. gloss. 2. numer. 10. Rosenth. in synopsi feud. cap. 7. conclus. 130. Alexand. cons. 9. num. 14. volum. 5. Schurff. consil. 8. cent. 1. Cravett. consil. 186. num. 3. Decian. consil. 16 num. 21. volum. 1. Borcholt. de feud. c. 7. p. 2. num. 80. Hartman. Pistoris lib. 2. part. poster. q. 43. num. 2. & 12. Schrader. in tractat. feud. part. 7. cap. 7. num. 14. Vult. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 108. ubi plures
citat. Atque hanc sententiam Assessores Cameræ 406
Imperialis approbasse, testis est locupletissimus Andr. Gail. *lib. 2. observ. 151.* Quòd si defunctus vasallus non tantùm fratrem vel fratres, sed & præter illos demortui fratris filios relinquat: hos filios unà cum patruo suo vel patruis suis in feudum paternum succedere, dubitandum non est, *per textum in tit. 14. §. 1. vers. si verò unus. ibi, prædicti fratres vel nepotes. lib. 1. feud. & d. t. 11. §. his verò deficientib. ibi, fratres cum fratrum præmortuorum filiis. lib. 2. F.*

Sed utrùm in stirpes, an in capita vocentur cum patruis suis prædefunctorum fratrum filii, controversum videtur? Et ex stirpibus hos succedere, statuendum est: ita ut eam portionem consequantur, quàm eorum parentes, si superstites essent, auferrent. Neque enim fratres fratri suo ut fratres, neque fratris demortui filii patruo suo ut patruo, sed illi tanquam filii suo patri, & hi tanquam aviatici nepotes suo avo in feudum succedunt *d. titul. 40. §. 1. vers. si verò. ibi, prædicti fratres vel nepotes per investituram patris & avi in beneficium succedunt. & titul. 19. §. si quis miles. ibi, in beneficium patris ipse*
succedit. libr. 1. F. Idque etiam ex eo patescit, quòd 407
frater, quando fratri in antiquum succedit feudum, succedere dicitur non in fraternum, sed in paternum feudum; sive pater, sive avus, sive proavus, sive abavus, sive atavus, sive tritavus feudum illud primò acquisierit. *t. 50. in princ. vers. ex latere. & §. paternũ. lib. 2. F.* Quemadmodum ergo nepotes avo suo in stirpes succedunt, si cum patruis suis concurrant. *t. 8. in pr. ibi, vel nepotes ex filio, loco sui patris. & d. t. 19. §. ult. ibi, in beneficium avi in*

patris vicem succedit. lib. 1. F. ita quoque si cum defuncti fratre concurrant alterius fratris prædefuncti filii, hi cum illo in stirpes succedunt: quippe cùm hac in parte jus commune Romanum. *d. Novell.* 118. *c.* 3. *& Nov.* 127. *c.* 1. comprehensum, contrario feudorum jure nullibi sit immutatum. *Et ita sentiunt omnes Feudistæ in d. c. 1. de success. fratrum. §. 11. lib. 2. F. Borch. de feud. d. c. 7 part. 2. num. 81. Curt. jun. de feud. part. 3. memb. 3. n. 60. Sonsbec. in consuetud. feud. part. 9. num. 98. Zasius in Epit. feud. part. 8. num. 17. Duaren. de feud. c. 11. num. 13. Wesenbec. de feud. c. 6. num. 16. Mynsing. cent. 1. obs. 94. Vult. d. lib. 1. c. 9. num. 109.* D. *Collega Bocer. cl. 5. disp. 18. th. 27. lit. a. edit. 2. Petr. Nic. Mozz. in tract. de feud. tit. de substantia feud. num. 77. Schrader. tract. eod. part. 7. c. 5. numer. 38. & Herlichius d. part 3. conclus. 40. num. 1.*

408 Cæterùm an id, quod modò diximus, fratris filios cum patruo sui in defuncti patrui feudum paternum succedere, non solùm in feudo simpliciter hereditario, sed etiam in feudo, quod est ex pacto & providentiâ, itemque mixto, id est, partim hereditario, partim ex pacto & providentiâ, procedat, major est controversia? Sunt sanè multi, qui ut maximè id concedant in feudo mixto, itemque absolutè hereditario; negant tamen in feudo ex pacto & providentiâ, in quo existimant, filios fratrum cum patruis suis ad successionem non admitti: siquidem hoc in feudo successio æstimetur non jure hereditario, sed jure sanguinis? ut proinde hæc res non sit metienda regulis successionum ab intestato, sed proximitate sanguinis, quo frater sine dubio fratri defuncto proximior est, quàm fratis filii. *Bart. in Auth post fratres. C. de legitimis hered. Alexand. cons. 204. numer. 6. vol. 2. & cons. 129. numer. 8. vol. 5 Jas. cons. 141. vol. 1. Ruin. cons. 25. num. 23. in fin. & cons 163. in fin. vol. 3. Covarr. practic. quæst. c. 38. num. 13. Natta cons. 127. & seq. Menoch. consil. 498. num. 19. hos, aliosque referens Vulteius dict. lib. 1. de feud. cap. 9. num 109. pag. 572. & seq.* ubi istam sententiam veritati theoricæ magis esse consentaneam arbitratur. Verùm hæc traditio vix, ac ne vix quidem sustineri poterit. Etenim *in prædicto t. 11. §. his verò deficientibus. lib. 2. feudor.* generaliter dicitur, quòd fratres cum fratrum præmortuorum filiis, ad successionem defuncti fratris in feudo paterno admittantur. Quo
409 confert & illud: quòd omnes agnati in paternum feudum succedunt, non tam quòd agnati sunt, quàm quòd sunt in numero liberorum, qui ex primo acquirente descendunt. Id quod ex eo quoque apparet, quòd ipsi agnati in paternum, non agnatitium seu fraternum feudum succedere ubique in libris feudorum dicuntur. Atqui verò liberorum in successione feudi ea conditio est; ut nepotes in vicem & locum sui patris succedant, *d. tit. 8. in pr. & d. 19. §. ult. lib. 1. F.* Unde sequitur, quòd & nepotes ex fratre vnà cum patruis suis demortuo patruo in ejus feudum paternum succedant, etiamsi ex pacto & providentiâ feudum illud fuerit: quod solùm feudum re ipsâ placita feudorum agnoscunt, non etiam hereditarium & mixtum feudum, *docente Hartmanno Pisteris lib. 2. quæst. jur. q. 1. num. 10. & seqq.* Atque ita sentiunt. *Bald. cons. 263. vol. 2. Panormit. cons. 85. vol. 1. & cons. 3. num. 4. vol. 2. Aretin. cons. 162. Corneus. con. 24. & cons. 131. volum. 2. & con. 232. volum. 4. Socin. sen. cons. 252. vol. 2. Brun. cons. 70. & 71. Taris. cons. 3. num. 42. volum. 1. Roland. à Valle cons. 68. num. 29. volum. 1. Tiraquell. de primogen. quæst. 40. num. 20. Decian. consil. 28. num. 34. vol. 1. ubi hanc sententiam veriorem & communiorem esse pronuntiat: quam etiam defendit* D. *Bocerus d. c. 5. disp. 18. th. 27. ad lit. b. edit. 2.*

Porrò illud hic non omittendum est: quòd col- 410
laterales, sive transversi ordinis agnati, in feudum duntaxat antiquum seu paternum, non etiam in feudum noviter acquisitum, succedant. *d. tit. 11. §. his verò deficientibus. tit. 14. 15. & 26. in princ. tit. 45. 49. & 50. lib. 2. feudor. tit. 1. §. cùm verò. vers. sin autem unus. tit. 8. §. ult. tit. 12. & tit 20. lib. 1. feudor. Forst. lib. 8. de successionib. ab. intest. cap. 1. num. 3.* Et in tantum agnatus agnato suo defuncto in feudum novum non succedit; ut, licèt cum eo communiter & simul feudum illud acceperit: ad ejus tamen portionem non admittatur. *d. tit. 1. §. cùm verò. vers. sin autem. & tit. 14. §. si duo fratres lib. 1. feudorum, & tit. 20. in princ. lib. 2. F.* sed eiusmodi feudum, ut apertum, ad dominum revertitur, *d. t. 20. lib. 1. F. d. tit. 11. §. his verò. vers. si enim Titii. d. tit. 14. d. tit. 15. & d. t. 26. in pr. lib. 2. F.*

Enim verò certi sunt casus, quib. etiam novum 411
feudum ad vasalli defuncti agnatos transit. I. est, 412
si pacto investituræ nominatim convenerit, vt frater ad novi feudi fraterni successionem admittatur, *d. t. 1. §. cùm verò. vers. sin autem ibi, nisi hoc nominatim dictum sit. & d. t. 8. §. ult. ibi, nisi hoc fuerit dictum expressim. & d. tit. 20. ibi, nisi per investituram, &c. lib. 1. feudor. & d. 12. ibi, nisi facta fuerit eo pacto investitura. & tit. 18. ibi, ut quamdiu ipsi, &c. juncto versic. ult. lib. 2. feudor.* II. Casus est: si unus fratrum, 413
qui simul habitant, feudum novum ex communibus bonis utriusque nomine acquisierit, domino conditionem fratrum haud ignorante. *d. tit. 20. ibi, vel nisi beneficium de communibus bonis, &c. lib. 1. feud.* Quòd si verò vnus ex fratribus feudum quidem novum acquisierit, sed non & communi pecuniâ de domini consensu: illo mortuo, feudum ipsius ad fratrem alterum non pertinet, sed ad dominum revertitur: tametsi vivo fratre fructus feudi, si simul ipsi fratres habitaverint, communes sint, *per textum in d. tit. 12. § si duo fratres lib. 2 feud. Vult. lib. 1. de feud. cap. 9. n. 106. vers. tertiò, si fratres, &c.* III. Casus est: 414
si duo fratres feudum aliquod communiter in hostem domini acquisierint; vt scilicet communibus equis & armis dominum contra hostem juvent, *textus est in d. tit. 20. in fine. lib. 1. feudor.* Quòd si verò simpliciter vnus fratrum acquisierit feudum in hoc, vt equis & armis dominum juvet: licèt

cum

cum fratre suo equos & arma illa communia habeat:
ei tamen sine filiis mortuo, alter frater in feudum il-
lud non succedit: ne fortè dominus alium, quàm
quem voluerit, sibi acquirat vasallum, *per text. in d.*
415 *tit.12.§.quòd si cum e qu u.lib.2.feudorum.* IV. Casus
est: si consuetudine vel statuto cautum sit, ut trans-
versales etiam in feudum novum succedant, *arg.*
tit.1.in princ.lib. 2.feudor. & l.de quibus 32.ff.de legi-
bus. Schrader. in tractat. feud. part. 7. cap. 7. num. 5.
416 V. & ultimus est casus: si in investitura novi feudi
adjectum fuerit, ut hoc feudum jure antiqui sive
paterni feudi censeatur. Hac si quidem specie om-
nes transversales illius, qui feudum acquisivit, in
feudum succedere, multiplex suadet ratio. Tum
quia natura cuiusque feudi, pacto investituræ im-
mutari potest. *tit. 18. & tit. 48. lib. 2. feudor.* Tum
417 quia dominus, quando jure paterni feudi, novum
alicui concedit feudum, jus suum remittit: quod
ei planè liberum & integrum est: cùm quisque rei
418 suæ legem dicere possit, *l. in traditionib. 48. ff. de pa-*
ctis. & l. legem, quam dixisti. 10. C. eod. & quilibet
rei suæ moderator & arbiter intelligatur, *l. in re*
419 *mandata. 21. C. mandati.* Tum quia donatio mortis
causa ita fieri permittitur, ut nullo casu ejus sit re-
petitio: quæ donatio quoad effectum, ut scilicet
revocari nequeat, perinde habetur, atq; alia quævis
donatio inter vivos. *l. si alienam. 13. §. 1. & l. ubi ita*
420 *donatur. 27 ff de mortis caus. donationib.* Tum deni-
que quia illud etiam, quod novum est, pro antiquo
haberi potest. *l. quicunque desertum. 7. in pr. ibi, &*
velut domesticum, & avita successione quæsitum. Cod.
de omni agro deserto, &c. lib. 11. D. Bocerus d. class. 5.
Disp. 12. th. 27. sub lit. g.

421 Neque in contrarium movet quicquam, quòd
pactum istud, ut videlicet feudum novum censea-
tur jure paterni feudi, rei veritatem non immutet,
arg. l. si fortè. 8. in fin. ff. de castrens. pecul. l. non nudis. 14.
C. de probationib. & l. si donatione. 13. C. de collationib.
Quamvis enim eiusmodi feudum novum, si rei
naturam spectes, reverà antiquum sive paternum
feudum non sit: effectum tamen juris si consideres
pro paterno feudo habetur, eademque illius hoc casu
qualitas reputatur. *Et ita tradunt Bald. in c. 1. in*
princ. de alienat. paterni feudi. Præposit. in c. 1. de gra-
dib. succed. in feud. Alexand. consil. 10. lib. consil. 51.
numer. 17. lib. 4. Matth. de Afflict. decis. Neapol. 282.
Paris. consil 17. libr. 1. quos refert & sequitur Schrade-
rus d. part. 7. n. 5. in fine. item Mynsing. cent. 4. obs. 84.
& Gail. libr. 2. obs. 50. aliique plures per hunc al-
legati.

422 De eo mirabile magnumque Doctorum certa-
men est: Si duorum pluriumve fratrum filii, nume-
ro diversi, soli (nullo patruo vel avunculo supersti-
te) extent: an illi defuncto suo patruo in stirpes,
vel in capita succedant? Et in stirpes succedere, tra-
diderunt *Accursius, Bartolus, Dynus, Angelus, Corneus*
Iacobus de Arena, Guilielm. de Cuneo, Franc. de Ram-
ponibus, & Raph. Fulgosius in Auth. cessante. C. de le-
gitimis heredib. & alibi. Ioan. Andr. ad Speculat. de suc-
cess. ab intest. §. 1. vers. sed an filii, & Matth. Matthæsyl.
in tract. de success. ab. intest. art. 3. princip. num. 12. vers.
sed contrariam partem, &c. & ibidem addit. Ludovic.
Bolognin. incip. quæst. hac quotidiana. num. 12. & seqq.
Gerhard. Mulert. in addit. ad Rolandin. Passager. in
tract. de success. ab intest. numer. 16. & seqq. Andr. de
Isern. Bald. & Martin. Laudens. ad tit. 11. de success.
fratr. lib. 2. feudor. Iacob. de S. Georg. in tract. feud. in
verb. præsentes & recipientes. num. 13. Curt. junior. in
tract. feud. part. 3. memb. 3. numer. 53. Sonsbecc. de feud.
part. 9. num. 100. & seqq. Ioannes Lignan. in Clement.
plures, ext. de jure patronat. Ioan. Faber. in §. cæterùm.
instr. de legitima agnator. success. Guido Papa decis. 134.
incip. sed qualiter, &c. Ruinus consil. 8. in fin. lib. 1.
Guilielm. Benedictus in cap. Raynutius. in verb. & uxo-
rem. num. 631. ext. de testament. Stephan. Bertrand. in l.
hac. edictali. 6. vers. quam observationem. num. 4. Cod.
de secund. nupt. Rochus Curtius in tract. de jure patro-
nat. vers. ipse volo. à quo causam habuit. quæst. 2. Fa-
bianus de Grochis in repetit. Auth. novissima. in 5. quæ-
stion. quarta quæst. princip. C. de inofficios. testam. An-
ton. Faber in disp. solertis. quam addidit Tractatui de
variis debitorum solutionibus. Bachov. in suisnot. ad
vol. 2. Treutleri. disputat. 5. lib. 1. pagin. 1056. Ioan. Ol-
dendorp. in Epitom. de success. ab intest. num. 20. Nico-
laus de Vbald. in tract. de success. ab intest. part. 3. n. 2.
Anton. Contius lib sing. de hered. & bonor. poss pag. 104.
& seqq. Cravett. consil. 966. lib. 5. Hippol Riminald.
cons. 31. num. 47. lib. 1. Federicus Scotus consil. 18. lib. 2.
Tiraquellus in Comment. de retraict lignagier. §. 11.
gloss. 12. num. 5. ubi complures Interpretes coacer-
vat, qui ab isthac opinione, utpote communi, in ju-
dicando non discedendum esse, autumant. Et ean-
dem naturali rationi & æquitati consentaneam esse,
haud obscurè innuit Forsterus *lib. 8. de successionib.*
cap. 3. num. 3. in fine. E contrà verò in proposito 423
themate fratrum filios in capita (etiam in feudis,
quippe cùm hic casus expressè feudorum placitis de-
cisus non sit) admittendos esse, non in stirpes, cen-
suerunt *Azo in summa Cod. de legitimis heredibus.*
num. 7. Iacobus Butrigar. Cynus, Odofredus, Albericus
Castrensis, Obertus de Bebio, & Salicetus in d. Auth.
cessante. Cod. de legit. heredibus Idem Salicetus & Io-
annes de Montein Auth. post fratres. Cod. eod. tit. Ho-
stiens. in summa tit. de success. ab intestat. §. vise igitur.
colum. ult. Fortunitus Garzia in repetit. l. Gallus. 29. §.
idem credendum. colum. 19. vers. ex superioribus. ff. de
liber. & posthum. Zasius libr. 1. singulor. resp. cap. 7. &
in Epit. feud. part. 8. num. 18. & tom. 1. consil. 4. Hoto-
man. in quæstionib. illustrib. quæst. 14. Covarruv. in
Epitom. de success. ab intestat. numer. 8. Rebuffus in
proœmio Constit. Reigar. gloss. 5. num. 81. Vasquius de
success. resol. libr. 2. §. 13. num. 33. Ioannes Spiegelius
in Lexico juris. in verb. in capita succedere. Cujac. lib. 2.
de feud. tit. 11. & consultat. 4. in fin. & in fragment. Vl-
pian. tit. 26. §. 4. citans ibidem. Constantinum. Har-
menopul. lib. 5. Epitomes tit. 8. Duarenus in consuetud.

feud.capit.8. numer.10. & cap.11.num.14. Mynsinger. cent. 3. observat. 94. & in §. hoc etiam addendum. n.5. infr. de legitimâ agnator. success. Maturinus Montanus de heredib. ab intest. venientib. reg. 29. Grassus in libro commun. opinion. §. successio. ab intest. q. 30. n. 4. Cephalus consil.431. lib. 3. Anton. Tessaur. decis. Pedemont.162. hosque referens Fachineus libr.6. controvers. jur. c. 3. Quibus addendi sunt *Wesenbecius ad §. cùm filius. num.6. infr. hoc tit. & cons. 84. vol. 2. Vandus lib.1. var. quæstion. q. 24. Borchols. in tract. de gradib. cap. de success. transversal. pag. 241. & in tract. feud. c.7. part. 2. num.29.* Donell. *lib. 9. Commentar. de jur. civ. c. 4. pag. 405. ibiq. se Hilliger in suis notat. ad lit. L. Rittershus. lib.1. partitio. feudal. c.16. quæst.9. & seqq. & in exposit. Novell. Iustin. part.7. c.13 num.13. & cap.14. per totum. Ludovic. Molina tom.1. de justit. & jur. tract.2. disp.146. numer.12. & seqq. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract.1. quæst.36. Berlichius part. 3. conclusion. practicabil. conclus. 24. num. 26. Berens disputat.8. ad Institut. them.3. quæstion. 2. Francisc. de Barry lib. 18. de success intestati. tit. 3. numer. 5. Ioan. Georg. Majer. in synops. Iurisprud. beneficiar. sect.3. c.9. reg. 40. numer. 140. pag.68. Frantzkius exercitat. jurid. 8. q. 9. pag. 242. & seqq. Arumæus Exercitat. Instit.11. th.12. Schrader in tract. feud. part.7. c. 7. n.16. Bocer. hic num. 109. pag.75. & class.3. disput.10. th.46. edit.2. Hackelman. illustr. quæst. disp. 18. th.18. ad lit. b. Iacob. Schegk. in delibat. jur. Disp.14. th. 58. lit. b. Schurerius in tract. de hereditatib. quæ ab intest. defer. tit. 12. de success. collateral. reg. 3. dilatat. 1. Schneidevvin. hic in tertio ord. succed. num. 29. Heigius hic in tertiò ord. de success. collateral. num. 20. Vult. hic n. 44. & lib.1 Iurispr. Rom. c.74. num. 17 Bronchorst. cent.2. assert.52 edit. 1. Hænonius Disp. 12. controvers. 11. Roberus Disp. 13. th. 10. Giphanius ad lib. 3. Instit. Disput.23. th.44. & ibi in suis Olemannus num. 19. Ranchin. de success. ab intest. §.13. num. 14. cum seqq. Plebst. Disp. 4. de jure topico Wurtem. th. 96. ed. 1. Antonius de Rosell. in tract. de success. ab intest. num.111. Henning. Gœden. consil. 68. Matth. Stephani cent. 3. quæst. 12. Vngepaur. exercit. Instit. 9. quæst.6. pag.305. edit. ult. Treutler. d. vol.2. Disput.16. th.5. lit. b. Schröter. decad. 6. diatrib. domesticar. q. 9. Andr. Gerhardi Decad. 11. q. 9. Barter. decad.5. q.1. Hartm. Hartmanni pract. obs. tit.32. obser.10. Forster. junior part. 1. disput. Instit. disp. 15. th. 9. Wegnerus Disput. 9. ad Instit. th. 4. sub lit. d. D. Marta. tom. 5. digestor. novissimorum. tit. successio. cap. 136. fol. 120. Grivellius decis. Senatus Dolani. 130. num. 12. cum seqq. fol. 361. & seqq. & Adamus. Kellerus in tract. de jure succedendi ab intest. tit. 20. num.22. & seqq.*

Quæ sententia (quam & ego juri magis consonam, magisque communem, proindeque semper in judicando sequendam esse, libenter fateor) tot & tántis stipata Auctoribus, probatur per luculentos textus *in l. 2. §. 2. ff. de suis & legit. heredib. in l.1. §. fin. ff. si pars heredit. petat. l. penult. in fin. C. de legit. heredib. & in §. hoc etiam. 4. infr. de legitimâ agnator. success. & apud. Vlpianum in fragment. d. tit. 26. §. agnatorum. & apud Cajum lib. 2. Instit. tit. 8. §. item si moriatur quis, &c.* Qui textus cùm jure Novel- 424
larum correcti aut immutati specialiter non sint: meritò illis standum erit, *argumento l. præcipimus. 32. §. ult. C. de appellationib. & l. sancimus. 27. ibi, quod enim non mutatur, quare stare prohibetur. C. de testament.* Quinimò eadem sententia non difficulter evincitur *ex Novell. 118. c. 3. vers. hujusmodi verò privilegium. cum vers. sed & ipsis. &c.* ubi Justinianus de nepotibus ex fratre, qui cum patruis in successione concurrunt, duntaxat loquitur, & disponit; ut fratrum filii cum patruis in stirpes succedant jure repræsentationis. Ergo argumento à contrario sensu ducto, si fratrum filii cum patruis non concurrant, sed soli existant: in capita, non in stirpes, patruo defuncto succedent, *arg. l. 1. ibi. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. l. si procuratorem. 8. §. si ignorantes. 7. juncto §. seq. vers. igitur. ff. mandati. & l. qui testamento. 20. §. mulier. 6. ff. de testament. qui testam. fac. poss.* Idem præterea
suadere videtur ratio illa solidissima: Hereditas 425
inter eos, qui pari gradu distant, pariter æqualiterq; partienda est, *d. l. 2. §. hac hereditas. 2. ff. de suis & legit. hered.* Cùm igitur fratrum filii pari gradu à patruo distent: æqualiter quoque, sicque in capita, & secundùm numerum personarum, heredita-
tem inter se distribuent. Adde, quòd tum demum 426
divisioni in stirpes locus est, cùm ad eos hereditas defertur, qui è defuncti stirpe, id est, sobole ac progenie sunt: veluti cùm avi hereditas ad ejus nepotes aut pronepotes defertur. *§. cùm filius. 6 infr. hoc tit.* Fratris autem filii ex patrui stirpe ac progenie non sunt. Ideòque absurdum est, hereditatem ejus dici posse in stirpes dividi. Hancque decisionem non solùm Galliæ Parlamenta receperunt, *teste Hotomano d. quæst. 14.* sed & Caroli V. Imp. constitutio Germanica, *in Comitiis Spirensibus An. 1529. promulgata,* expressè confirmavit. Eandem quoque sequitur & comprobat jus renovatum Ducale Wurtembergicum *part. 4. tit. 21. pag. 506. §.* So aber das Abgestorben / *&c.* nec non jus Saxonicum Landtrecht *lib.1. art.17. vers.* Wenn sich aber ein Erb *&c. Henning. Gœd. consil. 68. numer. ult. Zobel part. 3. Disput. 17. numer. 18. Fachs. differ. 38. part. 1. Reinhart. differ. 54. part. 1. eosque referens Berlichius d. part. 3. conclus. 24. num. 28.*

Huic ita stabilitæ assertioni minimè adversatur 427
d. Novell. 118. c. 3. vers. si autem defuncto. ubi dicitur, fratres & fratrum filios in hereditate patrui succedere in stirpes. Nam tum demum fratrum filii in stirpes succedunt, quando unà cum suis patruis & avunculis ad hereditatem patrui vocantur. Hoc siquidem casu fratrum filios beneficio repræsentationis succedere, non dubium est: cujus repræsentationis hic perhibetur effectus, ut divisionem in stirpes inducat. Nostra autem quæstio est, cùm soli

soli patrueles seu fratrum filii inter se patruo succedunt : quâ specie jure proprio, & ex suâ personâ, non alieno beneficio succedere censentur : proindeque in capita hereditas dividenda venit.

418 Nec obstat textus *in verf. unde consequens.d.cap.3.* ubi habetur, fratris filios patruo, ex altero latere defuncto conjuncto, præferri: atq; adeò filios fratrum, utrinque defuncto conjunctorum, patruo jure repræsentationis, sicque in stirpes succedere. Facilè enim conceditur, eo in casu filios fratrum in stirpes succedere : quia jure repræsentationis patris sui demortui succedunt : alioqui fratres defuncti, ex uno latere tantùm conjunctum, unoque gradu præcedentem, excludere non possent. Et iste casus novus atque singularis est, de quo hîc non agitur. Verùm nostra disquisitio est, quando soli extant filii fratrum : nullus frater defuncti prorsus, neque utrinque, neque ex uno latere tantùm conjunctus superest. Quo casu ut ipsi filii succedant, nullâ patris sui repræsentatione opus habent : & consequenter, cùm ex personâ propriâ ad successionem vocentur, ea in capita secundùm jus antiquum dividetur.

429 Pariter nihil movet *verf. illud palam est. in d. Novell.118.c.3.* ex quo liquet, fratrum filios in locum suorum parentum succedere, & patruos atque avunculos defuncti excludere. Nos etenim in illo versamur casu, ubi liberi duorum pluriumve fratrum, defuncto ex utroque latere junctorum, soli existunt. Hi sanè parentes defunctos non repræsentant. At secus est, quando patrui & avunculi (quos patruos & avunculos magnos nominamus) ipsius defuncti existunt. Hi duorum fratrum liberi repræsentant patres demortuos : & propter repræsentationem in secundo esse gradu finguntur : atque ita defuncti patruos, qui in tertio sunt gradu, excludunt, *d. versic. illud palam, &c.*

430 Minùs urget generalitas textus *in verf. hujusmodi verò. in d. c. 3.* ubi repræsentationis beneficium, fratrum & sororum filiis in genere tribuitur, sicque satis apertè indicatur, illud ipsis competere sive sint soli, sive cum patruis succedant. Quia generalitas illa secundùm ea, quæ præcedunt, intelligi debet. Ex præcedentibus autem constat, fratrum filios repræsentare parentes, quando fratres & sorores utrinque defuncto conjuncti conjunctæve extant. Quinetiam ex verbis subsequentibus *in verf. sed & ipsis.* manifestissimum evadit, ipsis fratrum filiis *tunc* hoc beneficium conferri, quando cum propriis thiis, hoc est, patruis, materteris, amitis

431 & avunculis vocantur. Ubi particula *tunc* extremitatem temporis significat, *l. si his legatum. 4. in fin. ff de condit. & demonst.* & præcisè successionem in stirpes restringit ad eum casum, quo fratrum filii cum patruis concurrunt. Nec rectè regeritur, Justinianum *in d. verf. sed & ipsis* hoc velle, non tantùm filios fratrum, quando soli sunt, succedere in jura suorum parentum ; sed tunc etiam, quando simul cum patruis succedunt in successione patrui mortui : idque probari ex copulativâ illâ, *Et*, quæ sine causâ ibi posita non sit, sed emphasim habeat. Siquidem si voluisset Imperator id obtinere solùm in casu, quo cum suis patruis illi succederent, & tunc demùm in locum parentum suorum succedere ; non dixisset, *sed & ipsis* : sed dixisset, *ipsis fratrum filiis* (neglectâ copulativâ. *Et,*) *tunc hoc beneficium conferimus, &c.* Aliàs Justinianus culpandus esset, tanquam superflua scripsisset : cùm idem jam supra scripserit *in d. verf. hujusmodi, &c.* Hoc, *inquam*, non rectè regeritur. Quandoquidem nihil superflui hic scripsit vel dixit Justinianus : *quia in d. verf. hujusmodi* hoc ipse statuit, ut hujusmodi privilegium solis filiis fratrum, & non ulterioribus, concedatur. At *in verf. sed & ipsis.* aliud statuit, ut nempe ipsis quoque fratrum filiis tunc illud competat beneficium, cùm ad successionem cum patruis vocantur. Et sic cùm diversa utrobique statuerit : non potest superfluus videri. Quod verò dictionem illam, ET, attinet : ea non malè posita est in hoc sensu ; quoniam hoc vult Imperator, solis fratrum filiis privilegium illud competere, & non aliis : sed & ipsis tunc solùm competere, quando ad successionem cum propriis patruis vocantur. Quo sermone beneficium illud, quod antea videri posset absolutè filiis fratrum competere, ad certas personas, & ad certum casum restringit. Qui enim successionem in patris locum tribuit solùm tunc, cùm succedunt fratrum filii cum superiore gradu sive patruis suis : apertè iis, qui cum aliorum fratrum filiis pari gradu succedunt, denegat, *arg. præallegata l. 1. verf. hujus rei. ff. de offic. ejus, cui mandata est jurid. & similium.*

432 Rursus non refragatur *§. si verò neque fratres. in d. Novell. 118. c. 3.* ibi cùm tradatur, successionem in capita post fratres demum, & fratrum liberos admitti : ex eo inferri videtur, quamdiu vel fratres, vel fratrum liberi extant, non in capita, sed in stirpes succedi. Nam illic Justinianus quidem constituit, vocari cognatos in capita hac conditione, si defunctus neque fratres, neque fratrum filios reliquerit: sed disertè addit, *sicut diximus*. Quâ adjectione de filiis fratrum omnem dubitationem sustulit. Declarat quippe ea adjectione, se non loqui de his separatim inter se & solis succedentibus: sed succedentibus unà & conjunctim, cum fratribus defuncti. De illis enim hactenus dixerat, ut eos vocaret solùm cum defuncti fratribus. Cæterùm quid juris esset, si soli fratrum filii existerent, nec ad alterius exclusionem venirent: nullibi *in d. Nov.118.* exposuit: proindeq; istum casum dispositioni juris veteris reliquit, *d l. præcipimus. 32. §. ult. C. de appellationibus.*

Nihil insuper resistit, quòd Justinianus *in d. §. si verò*

verò neque fratres, nihil novi constituisse videatur, si duorum fratrum liberos in capita succedere dicamus. Etsi enim Imp. Justinianus eâ in parte nihil novi sancivit: inutilis tamen propterea constitutio non fuit. Ex eâ siquidem perspicere licet, quid idem Imperator juris antiqui aliis in articulis abrogaverit, & quid juri antiquo convenienter statuerit. Neque verò ulla necessitas est, ut per novam constitutionem jura vetera omnia correcta esse putentur: sed satis est, si in aliquibus correcta, in aliquibus declarata, in aliquibus etiam confirmata fuerint, *docente Fachineo d. lib. 6. controv. jur. c. 3. in fine.*

433 Similiter non repugnat nostræ sententiæ, quòd fratrum filii avo in stirpes succedant, *§. cùm filius. 6. infrà hoc tit.* Eo namque casu avi hereditatem illi nomine alieno consequuntur, quasi à suo patre transmissam: qui etiam vivo avo quodammodo dominus fuit bonorum patris, *§. sui autem. 2. vers. sed sui quidem. f. de hered. qual. & differ. l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum heredib. instit.* ut non tam hereditatem dividere, quàm liberam ejus administrationem consequi videantur. Sed diversum est, cùm fratrum filii patruo succedunt: quippe cùm pater eorum in bonis fratris defuncti nullum omnino jus habuerit.

434 Adhæc nihil negocii facessit, quod objicitur: si patrueles soli, succederent patruo in capita: inde hoc absurdum sequi, quòd necessum esset, eos concurrentes cum patruo superstite succedere difformiter, scilicet cum patruo in stirpes, inter se autem in capita: atque adeò unius & ejusdem hominis hereditatem modò in stirpes, modò in capita dividi. *Etenim* negatur, absurdum esse, unius ejusdemque hominis hereditatem variè, pro casuum & personarum varietate, dividi; hoc est, modò in stirpes, modò in capita Nam etiam antiquo & perpetuo jure, cujus hominis hereditas, si ex duobus filiis nepotes succedebant, in stirpes dividebatur: ejusdem hereditas, si fratrum filii, & (*ut vulgus loquitur*) ex fratribus nepotes succedebant, in capita dividebatur, *l. 1. §. si filius. & seqq. l. 2. §. 2. ff. de suis & legitimis heredib. l. Papinianus. 8. §. quoniam. ff. de inoffic. testament. Hotoman d. q. illust. 14. ad finem. Rittershus. d. lib. 1. part. feudal. cap. 16. quæst. 13. p 246.* Præterea non valet hęc consequentia: Fratrum præmortuorum liberi succedunt unà cum patruo in stirpes: ergo succedunt quoque in stirpes, quando soli concurrunt. Illo namque casu ideo in stirpes succedunt: quia jure repræsentationis ad defuncti hereditatem perveniunt, nec aliter admitterentur: quoniam cum patruo, gradu proximiori defuncto conjuncto, succedunt: à quo excluderentur, nisi ita jure repræsen-
435 tationis succederent. At soli concurrentes succedunt in capita: quoniam suo jure succedunt, *ut suprà aliquoties monitum.* Illic concurrunt diversi gradûs personæ: hic verò personæ gradûs ejusdem. A separatis proinde propositum argumentum procedit: & consequenter nihil validè concludit, *arg. l. ult. ff. de calumniatorib. l. duobus. 25. ff. de testam. tutol.*

l. neq; natales. 10. C. de probationib. Denique minimè 436
obsistit *Auth. cessante. C. de legitimis heredib.* ubi disertè dicitur, cessante successione lineæ descendentis, & ejus, quæ sola sit ascendentis, vocari primò fratres, fratrisque præmortui filios in stirpes. Primò enim Auctor istius Authenticæ, quisquis ille fuerit, malè eam & mutilatè *ex d. Novell. 118. c. 3.* concepit: & ideo, quia cum fonte & textu, unde derivata & excerpta est, non concordat, auctoritatem nullam habet. Deinde verba illa (*vocantur primò fratres, fratrisq; præmortui filii in stirpes*) non disjunctim, sed conjunctim intelligi debent: ut sensus sit, fratres defuncti, fratrisque filios, simul concurrentes, succedere in stirpes: id quod verum est, & à nobis haud negatur, *D. Hunn. d. lib. 3. tract. 3. quæst 36. in fine.*

Quemadmodum autem duorum fratrum liberi, 437
cùm soli sunt, patruo suo in capita succedunt, *ut ad longum hactenus explicatum est*: ita iidem patruo suo magno, id est, avi fratri, tam in allodialibus, quàm feudalibus, succedere non malè dicuntur: cùm utrobique eadem militet ratio: quòd scilicet jure & nomine proprio, tanquam proximiores, non jure repræsentationis, ad successionem veniant. Atque ita in quadam facti specie responsum fuisse, testatur Joannes Borcholt, *d. tractat. feud. cap 7. part. 2. num. 83. quem refert & probat D. Bocerus class. 5. Disput. 18. sub thes. 29. in fine. edit. 2. item Berlichius. d. part. 3. conclus 24. num. 31.*

Sanè fratres legitimi tantùm, tum demum mu- 438
tuo successionis jure utuntur, cùm ab aliquo ascendentium sunt adoptati, *l. penultim. §. & ideò. Cod. de adoptionibus. Forster. libr. 8. de successionibus. c. 14. n. 3. Schneidevvin. hic in tertio ord. succed. numer. 41. & Heigius in tert. ord. de success. collateral. num. 37.* Naturales tantùm, nec non spurii, ab uno eodemque procreati, diversas autem matres nacti, jus hereditatis mutuæ non habent: licèt de illis, qui eâdem matre editi sunt, aliud sit statuendum. *§. vulgò. infr. de success. cognator. l. 2. & l. si spurius. 4. ff unde cognati. Didac. Covarruv. in Epitom. in quart. lib. Decretal. part. 2. cap. 8 §. 5. num. 19.* Ex coitu tandem legibus damnato natis, sibi invicem succedere nullo jure permittitur, *Auth. ex complexu. Cod. de incest. & inutilibus nupt. Novell. 74. cap. ult. & Novell. 89. cap. ult. Forster. d. lib. 8. de success. c. 13.*

Quòd si porrò defunctus fratres sororesvè utrin- 439
que copulatos copulatasvè non reliquit, nec etiam eorundem liberos: ad hereditatem ejus ex altero tantùm parente juncti, seclusis patruis, avunculis, & aliis similibus, haud dubiè admittuntur, *Auth. post fratres autem. C. de legit. hered. Novel 118. cap. 3. vers. his autem non existentibus, &c. Schneidevvin. hic in tertio ordine succedendi. num. 20. Oliver. de success. ab intest n. 88. vers. non existentibus autem fratribus. &c. Berlich. d. conclus. 24. num. 71. & seqq.* Quod & jure nostro renovato Würtembergico procedit. *part. 4. titul. 21. §.* Wann aber der Abgestorben. *pag. 507. & seq.* Hinc si fratrum filii ex uno latere, & nepos ex duplici

440 duplici vinculo concurrant: illi soli, hoc excluso, heredes erunt, *d. Novell. 118 cap. 3. §. si verò neque fratres. & d. Auth. post fratres. ibique Dd. Cod. de legit. heredibus.* Quod tamen jure Würtembergico non æquè est receptum. Siquidem eo jure omnes fratres, fratrumque filii ex uno latere, & nepos (non itidem pronepos) ex duplici copulâ, simul ad hereditatem vocantur, *d. tit. 21. §.* Sollte aber der verstorben/ *&c. pag. 511. Plebst. disp. 4. de jure Topico Würtemb. th. 134. edit. 2.*

441 At quid pronunciandum, si defunctus fratrem consanguineum, hoc est, ex eodem patre progenitum, itemque fratrem uterinum, id est, ex eâdem matre natum reliquerit? Hac specie utrumque fratrem ad defuncti fratris hereditatem vocari, frequentiùs placuit: ita tamen, ut consanguineus solus habeat bona à patre; uterinus contrà à matre quæsita: in reliquis bonis communiter patris, ex æquo admittantur. Et huic pronunciato fundamentum satis solidum positum est in *l. de emancipatis. 13. §. cùm enim. vers. exceptis. Cod. de legitimis heredibus.* Quæ lex cùm jure novissimo non reperiatur nominatim & expressè correcta aut mutata, cur stare prohibeatur? *argum. l. sancimus. 27. Cod. de testament. & l. præcipimus. 32. in fin. Cod. de appellationibus. & l. unic. ibi, leges legibus concordare promptum est, Cod. de inofficiosis dotibus.* Unde vulgò, & quidem non inscitè, dici solet: paterna paternis, materna maternis deferri. Eoque pertinet versiculus:

Maternis cedant materna; paterna paternis:

Eamque concordibus calculis sententiam comprobarunt *Accursius in d. Auth. post fratres. super verb. filii eorum. Cod. de legit. heredibus. & in Auth. itaque mortuo. in verb. ex utroq; parente. ibique Bartol. Cod. communia de successionibus. Idem Accurs. in Nov. 84. c. 1. §. 1. in verb. meliores. & ibidem Cujacius, Azo in summa Cod. de legitimis heredibus. num. 9. Dynus Mugellanus in tractat. de success. ab intestat. num. 17. Rolandinus Passagerius in tractat. de success. ab intestat. num. 20. Cynus Pistoriens. in eod. tractat. part. 3. numer. 8. & 9. Matthæsyllanus in tractat. de success. ab intest 2. art. princ. num. 8. & ad eundem Ludovicus Bologninus in suis additionib. Angel. Aretin. nu. 5. & Iohan. Faber. num. 2. in §. si plures. infr. de legit. agnator. success. & idem Faber in Breviario Cod. ad d. Auth. itaque. C. de legit. heredib. pag. 306. Ioh. Petr. Ferrar. Practicus in formâ libelli, pro hereditate ab intestato delatâ in verb. nulliq; superstitibus ex eo liberis. num. 29. Hartmann. Hartmanni libr. 2. pract. observ. t. 43. observ. 3. num. 13. Ant. Gabrielius Rom. com. concl. lib. 4. t. de success. ab intest. 9. conclus. 3. n. 3. & 4. Iason. in l. post dotem. 41. n. 106. & seq. ff. solut. matr. Alex. consil. 5. incip. consideratis. col. 2. vers. sed hac confirmo. lib. 6. Ranchin. de success. ab intest. §. 13. num. 8. Tiraq. de retraict. lign. §. 14. gl. 2. n. 4. Bertachin. in suo Repertorio. in verb. fratres uterini, &c. Covarruv. in Epitom. de successionib. ab intest. num. 8. vers. tertio. &c. Grassus in thes. recept. sent. quæst. 32. num. 1. in §. successio ab intestato. Schurff. consil. 91. incip. visis & diligenter. num. 4. cent. 3. Donell. libr. 9. Comment. de jure civ. cap. 4. p. 405. D. Bocer. class. 3. disput. 10. th. 44. edit. 2. & in hoc tit. numer. 114. pag. 76. Forster. libr. 8. de successionib. q. 8. num. 2. & 4. Pfeil. consil. 116. Petr. Greg. Tholosan. in syntag. jur. part. 3. lib. 45. cap. 11 n. 7. Borcholt. in tract. de gradib. c. de success. transversal. pag. 244. Ambros. Schürer. in tr de success. tit 12. ampliat. 7. Treutler. vol. 2. disp. 16. th. 5. lit. C. Vultejus hic n. 45. & Heigius in tert. ord. de success. collateral. n. 32. Modestin. Pistoris consil. 31. quæst. 3. n. 38. 39. 43. cum seq. vol. 1. & noviter Matthias Berlichius part. 3. conclusionum practicabil. conclus. 20. num. 4. & seqq. ubi istius conclusionis quasdam restrictiones adducit.* Quorum Doctorum tam veterum, quàm novorum, eorumque gravissimorum traditioni meritò etiam subscripsit Collegium Juridicum Altorfinum, *Respons. 17.* Et quamvis non desint ex Interpretibus, qui contrariæ opinioni patrocinantur, sicque nullam in præsenti casu bonorum separationem instituendam esse contendunt: quorum antesignanus perhibetur Placentinus *Glossator, quem sequuntur Raynerius de Forolivio, Baldus, Salicetus, Fulgosius & Corneus in dict. Auth. itaque. C. commun. de successionibus. Fachineus lib. 6. controversiar. jur. cap. 5. D. Nicolaus Varenbülerus, Collega olim meus honorandus, in consilio quodam inter Altorfina relato. 26. huncq; laudans Plebst. d. disput. 4. de jure Top. Würtemb. th. 136. Bachovius in not. ad d. volum. 2. Treutler. dis. 16. lit. C. pag. 1058. Petrus Barbosa ad l. post dotem. 41. num. 71. cum seqq. ff. soluto matrim. Schrfordegherus lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 14. quæst. 1. & 2. itemque novissimè Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 1. quæst. 37. Adamus Keller. in tract. de jur. succed. ab intest. titul. 20. num. 34. & seqq. Thomas Lindenmannus exercitationum Iustin. disput. 5. th. 39.* attamen cùm nostra decisio 442
non solùm manifesto juris textu, eoque nondum specialiter correcto (neque enim *per Novell. 118. c. 3. generaliter & indistinctè loquentem* correctio, quæ per se odiosa, adeòque vitanda est, *c. cùm expediat. 29. ext. de elect. in 6.* induci potest vel debet: cùm in correctione specialis expressio desideretur, *d. l. præcipimus. 32. §. ult. ibi, specialiter non videtur expressum. Cod de appellat.* & omissum à Justiniano, pro 443
omisso habendum sit. *l. si cùm dotem. 22. in princ. & l. si verò. 64. §. de viro. 9. ff. solut. matrim. l. commodissimè. 10. ff. de liber. & posthumis. cum similib. Cothman. cons. 26. num. 4 vol. 1. Mundius consil. 20. n. 118. vol. 1.*) corroborata sit: verùm etiam communem applausum meruerit, ut vel ipsi adversariæ opinionis defensores fateantur & agnoscunt: eò minùs de veritate illius quisquam dubitare poterit. Ea namque 444
opinio verior præsumitur, quæ à majori Dd. parte recipitur & approbatur. *l. 1. in princ. ibi, sanè crebrior apud veteres opinio est. ff. de officio quæstor. l. 4. in princip. ibi, & generaliter omnes opinantur. ff. de his, qui not. infam. l. ita vulneratus. 51. in princip. ibi, dicitur vulgò. ff. ad L. Aquil. l. quæsitum. 12. §. sed si fundus.*

fundus. 27. ibi, quam sententiam quotidiè increscere &
invalescere videmus. ff. de instruct. vel instrum. legat.
Bartol. in l. ult. C. de pœn. jud. qui malè judic. Stephan.
de Federicis in tractat. de interpret. jur. part. ult. n. 118.
Alexander. consil. 7. n. 10. lib. 4. & consil. 19. n. 13. lib. 7.
Decius cons. 480. Thomas Ferrarius in tract. cautelar.
cautel. 31. Alciat. in tr. de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 51.
n. 1. Nevizan. lib. 5. sylva nuptial. n. 1. Martinus Na-
varrus in manuali confessor. cap. 27. num. 287. & Io-
annes Baptista Asin. in praxi de ordine judicior. §. ult.
445 cap. ultim. numer. 1. Quò pertinet, quòd commu-
nis Dd. opinio vim consuetudinis obtinere dicitur,
secundùm Bald. in cap. ne innitaris. ext. de constitut. &
Menochium de præsumptionibus. libro 2. præsumpt. 71.
num. 3. ubi eâ de re explicatiùs differtas. Denique hæc
nostra sententia, quæ bonorum paternorum & ma-
ternorum separationem inter fratres consanguineos
& uterinos inducit, non modò ab usu & observan-
tiâ viridi non dissentit, ut testatur d. Responsum Al-
torfinum. 17. ad fin. & Ranchinus d. §. 13. numer. 8. in
fine. verùm etiam summo Consistorio nostro Würt-
tembergico, nec non in Facultate Juridicâ Tubin-
gensi, quamdiu ego quidem cum aliis Dominis meis
Collegis interfui, in illiusmodi controversiâ deci-
dendâ, exactè & notoriè hactenus observata fuit:
ita ut mirum sit, quosdam ex dissentientibus scri-
bere non vereri; isthanc bonorum distinctionem
hodie non tam jure, quàm moribus & usu antiqua-
tam ac abrogatam esse. Tametsi eam jus renovatum
Würtembergicum haud obscurè rejecerit, part. 4.
titul. 21. §. Solte damit/ &c. ibi, ohne Unterschied/
die Güter seyen vom Vatter oder Mutter / auff den
Verstorbenen kommen. pag. 509. Vide D. Besoldum in
delibat. juris ex libr. 37. ff. quæst. 8. pag. 133. & seq.

446 Hujus loci propria & hæc quæstio est: an fratres
utrinque conjuncti excludant fratres ex altero dun-
taxat parente junctos, in successione nepotis ex fra-
tre prædefuncto? Et non excludere, sed simul om-
nes admitti, docuit primò omnium Bartolus in l.
post consanguineos. 2. §. legitimæ. 4. ff. de suis & legit.
heredib. quem secuti sunt Curtius junior cons. 46. col. 2.
Antonius de Rosell. in tractat. de success. ab intest. nu-
mer. 154. & seqq. Corneus in Auth. post fratres. col. 22.
C. de legit. heredib. Rubeus consil. 102. Covarruv. in
epitom. de success. ab intest. num. 9. Nicol. de Ubald. in
tract. de success. ab intest. part. 3. num. 6. Borcholt. in
tractat. de gradibus. c. de success. transversal. pag. 247.
& seqq. Schneidevvin. hic in tertio ord. succed. num.
34. Cujac. consultat. 4. & Ranch. in Comm. de suc-
cess. ab intest. §. 13. num. 18. Ratio autem, cur frater
consanguineus, & frater germanus ad successionem
nepotis ex fratre præmortuo simul admittantur,
hæc redditur, quia frater consanguineus & germa-
nus in uno eodemque gradu existunt. Neque hic
duplicitas vinculi quidquam operatur: sed sola co-
gnatio, proximitas & paritas gradûs spectatur: h. e.
non attenditur, quòd frater germanus ipsius defun-
cti patri ex utroque parente; consanguineus verò
ex altero tantùm conjungitur. Nam ille respectus
tunc habetur, quando de hereditate & successione
defuncti fratris aut patrui agitur. Secus est, quando
de successione nepotis, aut quâ aliâ, tractatur. Tunc 447
enim omnes ex latere sive ex transverso juncti, se-
cundùm gradûs prærogativam, ad hereditatem ve-
niunt: ita ut perpetuâ lege priores in gradu, potio-
res sint in successione: pares verò in gradu, pariter
quoque & in viriles portiones succedant. Novell. 118.
cap. 3. §. si verò. & Auth. post fratres. C. de legitimis he-
redibus. Fürstl: Würtemberg: ernewert Landrecht.
part. 4. tit. 12. §. Ferners/ wo die abgestorben / &c. pa-
gin. 514.

Est & alia huic admodùm affinis quæstio: utrùm
frater patruelis, sive consobrinus utrinque conjun-
ctus, præferatur defuncti patruo aut avunculo, ex
uno latere conjuncto? Pone: erant tres fratres, Ti-
tius, Sempronius, Cajus. Titius & Sempronius ex 448
primo matrimonio procreati, & sic utrinq; conjun-
cti: Cajus ex secundo, sicque ex uno tantùm latere
iis junctus. Titius decessit uno superstite filio: Sem-
pronius itidem altero filio, qui postea intestat' mor-
tuus est; superstitibus fratre patrueli, & patruo Ca-
jo, ex uno duntaxat latere copulato. Quæritur de le-
gitimâ successione inter hunc patruum & fratrem
patruelem: Cajus patruus vult succedere solus, tan-
quam proximior, excluso consobrino, tanquam re-
motiori, cùm sit in quarto gradu. Ex adverso con-
tendit consobrinus, se solum legibus vocari, cùm sit
utrinque conjunctus, & patruo potiorem esse, qui
defunctum ex uno tantùm latere contingat. Quid
juris? Patruum præferri consobrino, eumque ex-
cludere, verius est: cùm ipse patruus in tertio sit
gradu; consobrinus in quarto. §. 3. & 4. infr. de gra-
dib. cognat. l. 1. §. tertio gradu. 5. & §. seq. l. Iurisconsul-
tus. 10. §. tertio gradu. 14. & §. seq. ff. de gradib. & affi-
nib. Conjunctio siquidem ex utroque latere (ut pau-
lò antè monitum) in successionibus ab intestato tunc
demùm attenditur, cùm fratribus aut patruis, aut
parentibus succeditur: non verò, cùm quæstio de
successione fratris patruelis oboritur. Hoc enim ca-
su connexos ex uno latere, cum conjunctis ex utro-
que latere æqualiter succedere, respondit Alexander
consil. 166. vol. 5. & Paulus de Castro consil. 368. quos
refert & sequitur Guilielmus Ranchinus dicto Comm.
de successionib. ab intest. §. 13. num. 19.

De reliquorum agnatorum & cognatorum suc-
cessione copiosiùs disputare nihil attinet: cùm ea,
ex generalibus regulis, ex jure novissimo deprom-
ptis, quas mox subjiciam, facilè dijudicari possit.
I. Agnati & cognati hodie simul succedunt, nullo 449
inter eos habito discrimine: ut, sororis neptis cum
fratris nepote: avunculi aut materteræ filius, simul
cum patrui aut amitæ filio: avunculus magnus &
matertera magna, cum patruo magno & amitâ ma-
gnâ: qui omnes sunt in quarto gradu, sed alii agna-
ti, alii cognati, auth. post fratres, fratrumq; filios. C. de
legiti-

450 *legitimis heredib. Novell.* 118. *cap.* 3. §. *ult.* II. Proximiores agnati aut cognati excludunt ulteriores: ut sororis nepos, qui in quarto est gradu, fratris pronepotem, qui est in quinto, excludit: quamvis hic sit agnatus, ille cognatus, *juribus modò allegatis.* Item avunculi filius excludit patrui nepotem: patruus aut avunculus magnus, amita aut matertera magna propiores sobrino: cùm illi sint in quarto gradu, hi verò in quintò. *l.* 2. *Cod. de successorio edict. d. l.* 1. §. *quarto gradu.* & §. *seq.* & *d. l. Iurisconsultus.* 10. §. *quarto gradu.* 15. & §. *seq. ff. de gradibus & affinibus.*
451 III. Nulla est inter eos differentia sexûs: sed fœminæ simul cum masculis succedunt: & proximiores mulieres excludunt ulteriores viros. *auth. post fratres autem. in fine.* & *Auth. seq. C. de legitim. heredib.*
452 *d. Novell.* 118. *cap.* 4. IV. Collaterales omnes, præter fratres, & fratrum filios, succedunt in viriles portiones, id est, in capita, nunquam in stirpes. *dictâ Novell.* 118. *cap.* 3 §. *ultim. d. auth. post fratres, fratrumq́; filios. C. de legitimis heredib. Berlichius d. part.* 3. *conclus.* 24. *num.* 84. & *seqq. Riemer. decad.* 8. *quæst. illustr.* 5. *Istasq́; regulas recenset etiam Ranchinus. d.* §. 13. *num.* 20.

453 Illud hoc loco singulariter, alboque (*quod ajunt*) calculo notandum venit: quòd si qua persona duplici ratione defuncto conjuncta sit, ea duas quoque hereditatis partes auferre queat. Ideoque si (*exempli gratiâ*) Titia tanquam neptis ex avunculo magno, & tanquam neptis ex amitâ magnâ, defuncto fuerit conjuncta: eam duas portiones ex ipsius hereditate accipere posse, credibile omninò & proba-
454 bile est. Primò enim juris est non incogniti: quòd eo casu, quo duplex qualitas in unâ eâdemque personâ concurrit, illa persona pro duabus personis reputetur, & perinde habeatur, atque si illa duplex qualitas duabus diversis personis inesset. *l. si consul.* 3. & *l. seq. ff. de adoptionib. l. tutorem.* 22. *ff. de his, quæ ut indig. auferunt. l. quæsitum.* 16. *ff. de in jus vocan. l. procuratoris.* 5. §. *si plures. ff. de tributor. act. l. Titia textores.* 36. *ff. de legat.* 1. *l. legatis.* 65. §. *si unus. ff. de legat.* 3. §. *si tutor.* 4. *f. de inofficioso testament. l. cùm quadam.* 26. *Cod. de administrat. tutor. cap. à collatione.* 11. *extr. de appellationib. in* 6. *Andreas Gail. in tract. de Arrestis Imperii. cap.* 6. *num.* 14. & *seqq. ubi*
455 *hoc aliquot exemplis illustrat.* Atque hinc est, quòd una eademque persona diverso respectu censeatur diverso jure. *l. ille, à quo.* 13. §. *fin. cum leg. seq. ff. ad SC. Trebellian. l. apud filiumfamilias.* 18 *ff. de manumissis vindictâ. l.* 1. §. *sed & si præses. ff. quando appelland. sit. c. postulastis.* 15. *extr. de concessione præbenda. c. cùm capella.* 16. & *c. ex ore.* 17. *in fin.* & *utrobique notabilis gl.* & *Zabar. ext. de privil. Crav. in tract. de antiq. temp. p.* 4. §. *absolutis. num.* 34. & *Everh. à Midelb. in top. legal. in loc. de tanquam seu respectivis nu-*
456 *mer.* 24. Sicut etiam una eademque res diversis respectibus diverso jure censetur. *l. miles.* 75. §. *pro parte. ff. de legat.* 2. *ubi in præallegatis pars habetur jure hereditario, pars jure legati. Panormitan. in cap. cùm in tua. in fin. extr. de decimis. Ripa in cap. ultim. numer.* 122. *Cod. de revocand. donat. Tiraquell. de retract. lign.* §. 1. *gloss.* 18. *numer.* 23. & §. 8. *gloss.* 5. *numer.* 14. & *idem latè in tract. de nobilitat. cap.* 28. *n.* 13. *Menoch. in tract. de recuper. possess. remed.* 1. *num.* 36. *ubi plures citat.*

Secundò, quando duæ qualitates in eâdem personâ simul concurrunt, quarum quælibet per se potest operari suum effectum: tunc una qualitas alteri non derogat; *argum. l.* 1. §. *consules. ubi Baldus. ff. de offic. consul. Socin. in l. cùm filiofamilias.* 11. *n.* 28. *vers. secunda ratio. ff. de legat.* 1. *ibiq́; Cravett. in* 2. *part. numer.* 395. *hosq́; referens Ioann. Petr. Surdus consil.* 91. *numer.* 19. *item idem Surdus consil.* 183. *n.* 42. & *consilio* 365. *num.* 22. ubi ita disertè respondit: *Quando unus repræsentat duplicem personam, & diversa jura habet secundùm personæ diversitatem; tunc unumquodq́; jus consideratur de per se, tanquam si duæ essent personæ.* Cùm igitur Titia nostro in themate duplicem sustineat personam, duplexque successionis jus obtineat: consequens utique est; eam, si tanquam neptis ex avunculo magno unam portionem acceperit, non impediri, quò minùs & alteram portionem, ceu neptis ex amitâ magnâ, petere possit. 457

Tertiò hanc decisionem juvat, quòd exercens duas diversas artes mechanicas, ad onera & statuta 458
utriusque Collegii obligetur, *per textum in dict. cap. postulastis.* 15. *extr. de concess. præbend. l. penultim. ff. de offic. assessor. dict. l. ille, à quo.* 13. §. *tempestivum.* 4. *ff. ad Senatusconsultum Trebellian. l. hac parte.* 10. *Cod. de proximis sacror. scrinior.* & *ibid. gloss. in verb. duplici.* & *l. final.* §. *nec sit concessum. Cod. de adsessoribus. Et tradunt Felinus in cap.* 2. *num.* 10. *extr. de probat. Roman. consil.* 422. & *Andreas Gail. dict. tractat. de arrest. capite* 6. *numer.* 28. Quemadmodum ergo una eademque persona propter artificii, vel aliam duplicem qualitatem, duarum personarum onera sustinet: ita & propter duas diversas qualitates, duarum personarum commoda percipere debet: cùm contra- 459
riorum eadem sit ratio & disciplina, *argument. l.* 1. *in princip. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt. init. tit. supr. dicto tit.* & *initio tit. f. de tutelis.* & *l. si mortis.* 18. *in princip. ff. qui & à quib. manumissi liberi non fiunt. Aristot. lib.* 1. *Topic.* 11.

Quartò facit textus *in leg. si ita scriptum.* 13. *ff. de* 460
liber. & *posthum. heredib. instit.* ubi Julianus respondit in hæc verba: *Si ita scriptum sit; si filius mihi natus fuerit, ex besse mihi heres esto: ex reliquâ parte uxor mea heres esto: Si verò filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto: ex reliquâ parte uxor heres esto; Et filius, & filia nati essent: dicendum est, assem distribuendum esse in septem partes: ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat, &c.* Hæc Julianus. Ex cujus responso patet, quòd uxor in utrumque casum, si vel filius, vel filia nascetur, in certâ parte à marito heres instituta, natis & filio & filia, duplici respectu & quasi duplex mater consideretur:

una, quæ filium, & altera, quæ filiam peperit. Et juxta hunc duplicem respectum uxor considerata, maiorem etiam portionem ex voluntate testatoris aufert, per textum ibi, *quam ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, &c.* Eòdem etiam spectat text. *in l. post emancipationem. 40. in pr. ff. de leg. 3.*

461 Quintò, quando pluribus eadem quantitas promittitur; tunc pro personarum numero quantitas promissa inter eos dividenda est. *l. reos. 11. § 1. ff. de duob. reis constit. l. eum, qui. 56. in pr. ff. de verb. oblig.*

462 Sic etiam quando pluribus eadem res in testamento legata est; ad partes viriles rei legatæ, pro numero personarum, vocantur. *l. pluribus. 33. ff. de legat. 1. l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3. §. si eadem res. 8. ff. de legat.* Iam verò jura ad hereditatem illius, qui sine ascendentibus & descendentibus, & sine fratribus & sororibus, eorumque liberis vitâ functus est, vocant plures cognatos, qui proximiores eodem gradu existunt: & illa vocatio intelligitur secundùm numerum personarum ad æquales portiones facta esse. *Novell. 118. c. 3. § si verò neque fratres. Auth. post fratres fratrumque filios. C. de legitimis heredib.* Cui consequens est, quòd persona, quæ propter diversas qualitates ei inhærentes, pro pluribus habetur personis, in plures etiam viriles portiones ad successio-

463 nem ab intestato vocata esse censeatur. Nam argumentum ab ultimâ voluntate ad legem, vel contrà, jure nostro receptum est. *Novell. 22. cap. 2. vers. dissonat, &c. Nicol. Everh. in loc. legalib. loc. ab. ultimâ voluntate ad legem, &c.*

464 Sextò huc confert, quòd res eadem bis debetur ex diversis causis, quæ non sunt invicem incompatibiles, ut nostri loquuntur. *l. si u. quis Sti: hum. 18. ff.*

465 *de obligat. & actionib.* Et quando sunt duæ obligationes paris potestatis, non potest altera per alteram consumi: cum non reperiatur, utra alteram perimat. *l. si reus. 13. ff. de duobus reis constituend. & l. generaliter. 5. vers. reum vero. &c. ff. de fideiuss.* Et de-

466 nique quotiescunque uni eidemque una eademque hereditas ex duabus causis defertur, toties cunque lucri multiplicatio contingere potest, *argument. l. quingenta. 12. ff. de probationibus. & l. hereditas. 3. Cod. de petitione hereditat. Baldus, Castrensis, Cumanus, Alexander, Iason. & alii in l. planè. 34. §. 1. ff. de legat. 1. & Surdus consil. 119. numer. 1. quem citat & sequitur Plebst. Disp. 4. partis quarta. de jure Provinciali Württemb. sub th. 144. edit. 2.*

467 Hanc ita firmatam sententiam non destruit; quod quando quis moritur sine ascendentibus & descendentibus, non relictis post se fratribus & fratrum filiis, tunc ad ejus successionem vocentur agnati & cognati, gradu proximiores: & si sint plures pares in gradu, pariter vocentur, & in capita succedant; id est, secundùm numerum personarum, non attentà sexûs differentiâ, nec etiam consideratà duplicitate vinculi, *d. Auth. post fratres fratrumque filios, C. de legit. heredib. & d. Nov. 118. c. 3. § si verò neque fratres, &c. Schneidevv. hic. in tertio ord. succed. n. 32. & seq. Ranchinus, post alios. in d. Commentar. de success. ab intest. §. 13. num. 19. Grassus in §. successio ab intestato. q. 33. num. 2. D. Besold. in delibat. juris ex lib. 37. ff. quæst. 6. pag. 132.* Etenim pro dissolutione hujus objectionis observandum est diligenter, quòd Justinianus Imp. *in allegatis locis* loquitur de vinculo duplicitatis, inter fratres ex eodem matrimonio progenitos subsistente, & de duplicitatis vinculo, quod inter posteros fratrum, ex duplici illo fraternitatis vinculo originem trahit. Statuit itaque Justinianus quòd in materiâ successionis ab intestato, duplicitas isthæc vinculi fraterni in ipsis quidem fratrib. ad hoc prosit, quòd frater utrinque conjunctus defuncto, vel filii fratris utrinque conjuncti, fratrem uno ex latere junctum, hoc est, consanguineum vel uterinum, vel eorundem filios excludat. Verùm hoc ipsum duplicitatis vinculum, quod ex fraternitate communi ducit originem, non vult Justin. ultra fratres, fratrumq; filios attendendū esse. Quare si moriatur quispiam sine descendentib. & ascendentib[9], relictis nepotib. fratris, ex utroque latere conjuncti, cum nepotib. fratris ex uno latere copulati; non attentâ duplicitate vinculi, quâ nituntur nepotes fratris utrinque conjuncti, nepotes fratris, ex uno latere conjuncti, per illos non excluduntur, sed simul cum illis ab intestato succedent. Hæc autem duplicitas vinculi, in fratribus utrinque conjunctis, eorumque posteris subsistens, non efficit, ut unà persona duas personas sustinere intelligatur. Nam frater utrinque connexus, quamvis eodem patre & matre defuncto conjunctus sit: non idcirco tamen pro fratre consanguineo, aut pro fratre uterino tantum habetur: siquidem impossibile est, ut frater utrinque conjunctus, sit frater consanguineus vel uterinus ipsius defuncti. Id quod hoc modo 468 ostenditur: quia frater germanus definitur, qui eodem patre & matre genitus est: consanguineus, qui ex eodem patre & matre genitus est: consanguineus, qui ex eodem tantum patre; uterinus, qui ex eàdem tantùm matre natus est. Sicut itaque *absurdum* & impossibile est; ut, qui eodem patre & matre natus est, dicatur eàdem matre tantùm natus esse, vel natus esse eodem patre tantùm: sic impossibile est, ut frater defuncti germanus, sit ejusdem consanguineus vel uterinus, & vice versâ. Eàdem ratione est impossibile; ut filius fratris, utrinque conjuncti, sit filius fratris consanguinei vel uterini. Et ita consequenter de nepotibus & pronepotibus fratrum judicandum. Quemadmodum verò in unà personâ non possunt hæc re ipsa concurrere: ita nec una persona ob eam rem pro duabus personis haberi potest. Fictio enim non potest fingere super im- 469 possibili, neque locum habere, ubi veritas locum habere nequit: sive consideremus impossibilitatem naturæ, sive etiam juris. *l. adoptio. 16. ff. de adoptionib. l. qui ad certum. 14. in fin. ff. locati. l. certè. 6. in princ. ff. de precario. l. si tibi electio. 8. § unius. ff. de opt.*

... legata. Gloss. in l. Lucius scriptura. 30. §. ult. super verb. universa. ff. de legat. 1. latè & pulchrè Bartolus in leg. quandam. 9. num. 2. ff. de duobus reis constituend. idem Bartolus latiùs in leg. si is, qui pro emptore. 15. numero. 22. & seqq. ff. de usurpation. & usucap. ibidemq; Iason num. 209. & seq.

470 Ex his probè & exquisitè perpensis cernere promptum est, quòd communis doctrina, de duplicitate vinculi ultra fratres fratrumque filios non attendendâ, decisioni nostræ non adversetur. Nam in propositâ quæstione agitur de tali duplicitatis nexu, quâ mulier Titia & neptis ex avunculo magno, & neptis ex amitâ magnâ simul est: propter quod duplicis cognationis vinculum mulier ista duarum personarum vicem sustinet, & jure sustinere potest: cùm impossibile non sit, ut neptis ex avunculo magno, simul etiam neptis sit ex amitâ magnâ. Regula autem Doctorum de tali duplicitatis vinculo loquitur, ad quod nulla personarum multiplicitas considerari potest, *ut suprà ostensum.* Sed & quòd illa doctrina, quâ traditur, ultra fratres fratrumque filios duplicitatem vinculi non esse considerandam, non obstet, quò minùs in proposito casu Titia duas capiat portiones, inde manifestum est: quia Justinianus *in d. Novell. 118. c. 3. §. si verò, &c. & dict. Auth. post fratres, fratrumque filios. C. de legit. heredib.* pluribus cognatis, eodem gradu defuncto conjunctis, pro numero personarum hereditatem ab intestato defert; ut, quot sunt personæ, tot partes fiant. Atqui nostro in casu Titia duas constituit personas, propter duplicem conjunctionem. Ergo ex mente Justiniani & Doctorum huic mulieri Titiæ minimè refragatur regula, de duplicitate vinculi ultra fratres fratrumque filios non attendendâ: sed, eâ prorsus non obstante, duas illa hereditatis portiones accipit.

471 Similiter nostram assertionem non evertit, quòd duæ causæ lucrativæ in unâ eademque personâ, circa eandem rem, eodem tempore concurrere non possint, *§. si res aliena. 6. supr. de legat. l. omnes. 17. & l. ex promissione. 19. ff. de obligat. & act. l. si servus legatus. 108. §. Stichum. ff. de legat. 1. l. Maximè. 66. §. 1. ff. de legat. 2. l. nutu. 21. §. 1. ff. de legat. 3.* Primùm enim in nostra specie Titia pro duabus personis, juris interpretatione habetur. Dubium autem non est ullum, quin duæ lucrativæ causæ in duabus diversis personis locum habere possint. Deinde duabus lucrativis causis locus esse potest in una & eâdem personâ, quoties causa acquisitionis variatur; *ut, post Baldum, Castrensem, Cumanuus, Alexandrum, Iasonem, Lancellotum & Decium in l. planè. 34. §. 1. ff. de legat. 1.* docet *Ioannes Petrus Surdus tradicto consil. 219. numer. 1.* Sed in proposito casu variatur acquirendi causa. Una namque portio Titiæ tanquam nepti ex avunculo magno, altera tanquam nepti ex amitâ magnâ debetur. Atque huic decisioni, ut juris & æquitatis rationibus consentaneæ, Domini Collegæ mei plerique olim, *nimirum D. Halbritterus, D. Varenbüllerus, D. Magirus & D. Bocerus (quos omnes debiti amoris causâ hic nomino)* haud inviti subscripserunt. *5. die Maij, Anno Christi* 1604. *quo hac ipsa controversia decidenda emerserat.* Tametsi decisionem similem improbare videatur Tilemannus Roenerus *quæst. 8. prout* eum refert D. Collega Besoldus *in thesauro practico. num. 51. pag. 826.*

Quamvis autem collateralium sive agnatorum & cognatorum successionem decimo gradu circumscriptam esse, Doctores communiter tradant, *Gloss. in Novell. 118. §. si verò. & in Auth. in successione, ibiq; Bartolus n. 5. C. de suis & legit. liber. Nicol. de Vbald. in tract. de success. ab intest. part. 3. num. 12. Azo in summa C. de legit. heredib num. 10. Matthæsyllan. in tract. de success. ab intest. 3. artic. princ. num. 30. ibique Bologninus. Schneidewin. hic in tertio ord succed. n. 38. & Heigius in tert. ord. de success. collateral num. 52. & seq. Vultejus hic n. 51. & lib. 1. Iurisprudent. Roman. c. 74. num. 12. Ant. Peregrin. lib. 4. de jure fisci. tit. 3. n. 3. Andr. Gail. lib. 2. obs. 150. Valent. Forster. lib. 8. de successionib. c. 9. conclus. 5. num. 7. Mynsing. & Schilbock, in §. ult. infr. de success. cognator. & alij.* veritati tamen propinquius est, omnes in infinitum, qui gradus proximitatem probare queunt, esse admittendos, *l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. heredib. §. caterùm. 3. ibi, etiam si longissimo gradu sint. infr. de legit. agnat. success. & §. ult. ibi, etiamsi longissimo gradu sit. infr. de servill. cognat. d. Novell. 118. c. 3. §. si verò. ibi, omnes deinceps à latere cognatos. & cap. 4. ibi, & omnes sint qualibet. &c.* Qui textus omnes cùm de longissimo loquantur gradu, & de agnatis & cognatis indefinitè, nec quicquam de certo gradu adjiciant: perspicuè inde evincitur, quocunque gradu sint, omnes exclusâ successione conjugum vel fisci admitti, *argum. l. item veniunt. 20. §. petitam. 11. vers. à quo. ff. de petit. heredit. & l. metum. 9. §. 1. ff. quod metus caus. gest. erit.* 472

Nec obloquitur huic sententiæ *§. final. infr. de success. cognator.* ubi dici videtur, quòd agnati duntaxat ad decimum usque gradum admittantur. *Haud* enim ibi Justinianus præcisè docet, quòd agnati duntaxat ad decimum usque gradum succedant, non ultrà: sed quòd succedant agnatis suis, licèt sint in gradu decimo constituti: atque ita hæc verba exempli solummodo causâ pro longissimo gradu ponuntur. Ideo autem Justinianus Imp. exempli gratiâ loquitur de gradu tantùm decimo; quòd ultra eum gradum rerum natura non facilè agnatorum vitam consistere patiatur, *l. non facilè. 4. in princ. ff. de gradib. & affinib.* Si tamen agnatio & cognatio ultra gradum decimum constare possit: non debent ut agnati, sic nec cognati per fiscum excludi: cùm hodie in successionib⁹ exæquati sint cognati agnatis, *d. Nov. 118. c. 4.* Et huic suffragantur doctrinæ *Wesenbecius. ad d. §. final. num. 4. infr. de success. cognat. Berchold. ibid. & in tr. de gradib. sub tit. de success. transversalium. circa finem. pagin. 250. Hanonius Disput. 12. controvers. 13. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 4. pag. 408. numer. 30. Bocer. class.* 473

K 3

classſ. 3. Diſput. 10. theſ. 52. ad lit. c. ed. 2. & in tract. de regalibus. c. 3. num. 30. Arumaus Exercitat. Iuſtin. 11. theſ. 13. Andreas Gerhardi decad. 11. Exercit. Iuſtin. quaſt. 10. Paulus Berens Diſput. 8. ad Inſtitut. them. 3. quaſt. 1. Treutler. vol. 2. Diſput. 16. th. 5. lit. h. ibique pulchrè Bachovius in ſuis not. p. 1001. & ſeq. Conrad. ab Einſiedel. in tr. de Regalib. c. 3. num. 122. pag. 584. & ſeqq. Valen. Riemer. Decad. 8. quaſt. illuſtr. 3. aliique plures. Eandem traditionem in feudis quoque obtinere, plerique ſtatuunt, per cap. 1. ſi vaſallus feudo privet. tit. 31. & cap. 1. de natura ſucceſſ. feud. tit. 50. lib. 2. feudor. Curt. jun. in tractat. feud. par. 2. tertia partis princip. verſ. ſucceſſivè. numer. 48. Schenck Baro, Petrus Ravennas, Eguinarius Baro, & Hoteman. in cap. 1. §. hoc quoque ſciendum. 4. de his, qui feud. dare poſſ. tit. 1. libr. 1. F. Zaſius in Epitom, feud. part. 8. numer. 5. Sonsbec. in tractat. feud. part. 9. num. 84. Duaren. in conſuetud. feud. cap. 11. numer. 16. Hanneten. de jure feudor. libr. 2. cap. 5. Covarruv. lib. 3. variar. reſolution. cap. 5. numer. 4. verſ. quintò hinc. &c. Iul. Clarus libr. 4. ſententiar. §. feudum quaſt. 79. num. 3. & hos aliosque citans Hartmannus Piſtoris libr. 2. part. poſter. quaſt. 19. numer. 26. cum ſeqq. Fachinens. libr. 7. controverſiar: jur. cap. 27. & Hackelmann, illuſtrium quaſt. Diſput. 18. th. 19. ad lit. f. qui Doctores variè diſſentientes notant. Illud hîc addendum: quòd tantùm Deſcendentes & Aſcendentes, non item collaterales, in bonis damnatorum ſuccedant, arg. Novell. 134. c. fin. Et, contra Vulteium libr. 1. Iuriſp. Rom. cap. 74. numer. 26. Clarum lib. 5. ſent. §. fin. q. 78. numer. 1. & communem Dd. opinionem luculentiſſimè oſtendit Gothofredus Anton. Diſput. 2. Anti. Vult. th. 134. eumque laudans Riemer. d. decad. 8. q. illuſtr. 6.

DE SUCCESSIONE CONIUGUM.

476 Quoties omnis liberorum, parentum, atque propinquorum ſucceſſio deficit & expirat: maritus uxor viro inteſtato, in ſolidum, ex juris Prætorii beneficio, ſuccedit: ſi modò juſtum inter eos matrimonium fuerit, & ad mortis uſque tempus duraverit, l. unic. ff. unde vir & uxor. & l. unic. Cod. eod. tit. ibique Bartol. Bald. Salicet Caſtrenſ. & Dd. communiter. D. Beſold. in delibatis jur. ex lib. 37. ff. quaſt. 10. pag. 135. Iuſtus Schütz exercitati. jur. Diſp. 12. th. 21. pag. 190. Ratio hujus ſuccedendi modi hæc redditur: quia æquiſſimum eſt, cùm inter conjuges omnis vitæ conſortium ſit, ac divini & humani juris communio, l. 1 ff. de ritu nuptiar. ut propter hujusmodi vitæ conſortium, nullis legitimis heredibus exiſtentibus, fiſco prælati, ab inteſtato invicem ſibi ſuccedant. Nam & aliàs conſortem conſorti, fiſco
477 excluſo, ſuccedere certum eſt, l. 1. & l. ſi quis cohortali. 3. C. de hereditatib. decurion. &c. l. unic. C. ſi liberalit. Imperial. ſoc. ſine herede deceſſerit. ſi quis presbyter. 20. C. de Epiſcop. & cleric. Conſortes autem 478
dicuntur collegæ ejuſdem alicujus corporis, ſive collegii, jure non reprobati; veluti naviculari, d. l. 1. C. de hereditatib. decurionum &c. quorum Romæ & in Provinciis certum fuit corpus, ex quibus alii annonæ, alii lignis, alii neceſſitatibus ſerviebant, l. 1. in fine princip. ff. quod cujuscunque univerſitatis nomine, &c. l. ſemper. 5. §. licèt. 9. & §. ult. ff. de jure immunitatis. & l. 1. C. de navicularis, &c. Milites quoque ejuſdem legionis, vexillationis vel cunei, conſortes ſunt; ut militi inteſtato, ſine legitimo herede defuncto, vel legio, vexillatio, vel cuneus ſuccedat, fiſco excluſo, l. ſi quis filio. 6. §. ejus. qui. 7. verſ. quam diſtinctionem. ff. de injuſt. rupt. irr. fact. teſt. l. 2. Cod. de hereditatib. decurionum, &c. Sed & conſortes ſunt clerici & monachi: ita ut clerico, aut monacho ſine legitimo herede inteſtatò defuncto, Eccleſia vel monaſterium, non fiſcus, illi ſuccedat, d. l. ſi quis presbyter. 20. C. de Epiſcop. & cleric. Denique conſortes ii judicantur, quibus ab Imperatore communiter aliquid donatum eſt; & horum uno abſque legitimo herede mortuo, alius ei ſuccedit, fiſco ſimiliter excluſo, d. l. unic. C. ſi liberalitatis Imper. ſoc. ſine herede deceſſerit. Et ut conjunx & conſors fiſcum excludunt: ſic & patronum in ſucceſſione liberti, ſine liberis defuncti, eundem fiſcum excludere, probabile eſt, §. ſed noſtra conſtitutio. infr. de ſucceſſ. libertor. d. l. ſi quis presbyter. 20. Cod. de Epiſcop. & cleric. D. Collega Bocerus in tractat. de regalibus. cap. 3. num. 29. Ad quid dicendum, ſi etiam conju- 479
ges ſibi invicem ſanguine juncti ſint, ac non tantùm vinculo matrimonii: id quod ſæpe fieri ſolet, nempe in gradibus permiſſis? Hoc caſu vocabuntur quidem, non tamen tanquam conjuges, ſed tanquam cognati: dummodò ſint proximi. Ideòque ad præcedentem ordinem ſuccedentium, nempe collateralium ſeu tranſverſalium propinquorum pertinebunt. Rittershuſ. in expoſit. Novell. Iuſtin. part. 7. cap. 16. num. 4.

Planè interdum, matrimonio ſine dote contracto 480
ſuperſtes conjunx, inopiâ laborans, cùm communibus, alteriusve matrimonii liberis, prædefuncto diviti in quartam hereditaris partem, ſi tres vel pauciores ſuperſint liberi; ſin plures, in portionem virilem ſuccedit. Auth præterea. C. unde vir & uxor Novell. 53. c. 6. & Novell. 117. c. 5. Borcholt. in tractat. de gradib. t. de ſucceſſ. conjugum. pag. 253. & ſeq. Forſter. lib. 9. de ſucceſſ. ab inteſt. c. 4. Rittershuſ. d. part. 7. c. 17. num. 11. & ſeqq. Franciſc. de Barry lib. 18. de ſucceſſ. inteſt. tit. 4. num. 11. Schneidevvin. hic ſub. tit. de ſucceſſ. inter vir. & uxor. numer. 14. & 17. Matthias Coler. deciſ. 61. n. 32. part. 1. Ambroſ. Schurer. in tr. de heredit. quæ ab inteſt. t. 15. pag. 209. Domin. Cardinal. Tuſchus tom. 7 pract. concluſ. lit. S. concluſ. 674. num. 7. & tom. 8. lit. V. concluſ. 401. num. 1. & ſeqq. Paul. Æmil. Gallus in tract. de exceptionib. in ſucceſſione ab inteſt. quam ex teſtam. art. 1. ſit. 4. except. 5. numer. 1. & ſeqq. fol. 137. Idque fuſiùs & explanatiùs. proſequitur

Berlichius

Berlichius part. 3. conclus. practicabil. conclus. 26. n. 14.
481 *& seqq.* Isthæc tamen succedendi ratio evanescit: si vel pacta dotalia (quæ, si bonis moribus non repugnant, observanda sunt) in medio fuerint: vel statuta loci & consuetudines de successione conjugum disponentes, contrarium suaserint, *l. fin. C. de pact. convent. arg. l. omnes populi. 9. & ibi Dd. ff. de just. & jur. Mynsing. cent. 2. obs. 33. Gail. libr. 2. observat. 126. num. 3. latè Rittershusius. d. part. 7. c. 18. per totum.*

482 Sed elegans quæstio est: Num portio illa, quæ conjugi superstiti debetur, per testamentum conjugis alterius auferri possit? Et non posse, crebrior & verior opinio est: ejusque ratio potissima hæc perhibetur: quia portio ista superstiti conjugi non ex provisione hominis, sed beneficio ipsius legis debetur: ideòque testamento auferri nequit, *argum. l. nemo potest. 55. ff. de leg. at. 1. & Novell. 22. c. 33.*
483 *in fine.* exemplo nimirum legitimæ liberis debitæ, quam parens sine causa justâ legibusque approbata, testamento suo liberis detrahere non potest, *l. omnimodo. 30. C. de inoffic. testam. auth. novissima. C. eod. Novell. 18. c. 1. Novell. 92. c. 1. Novell. 115. c. 3. Accurs. Bald. Alexand. Iason, Fabianus de Pepis, & alii, in Auth. præterea, Cod. unde vir & uxor. Socin. sen. consil. 118. numer. 12. vol. 1. consil. 121. num. 14. & 34. volum. 4. Corn. cons. 4. col. 2. & 3. vol. 4. Borcholt. d. tractat. de gradib. tit. de success. conjug. pag. 256. & seq. Grass. in lib. recept. sent. §. successio ab intestato. qu. 39. num. 3. Francisc. Vivius in communib. opinionibus in verb. uxor seu mulier. numer. 6. Ernest. Cothman consil. 74. numer. 59. & multis seqq. Daniel. Moller. in Commentar. ad constitut. Saxon. part 3. constitut. 7. Carol. Ruin. consil. 162. num. 10. vol. 2. Augustin. Berous consil. 124. numer. 13. vol. 2. Ioan. Cephal. consil. 183. num. 14. lib. 2. Gail. lib. 2. obs. 86. numer. 17. Forster d. lib. 9. cap. 5. Ioan. Dilect. Durantes. in tract. de arte testand. tit. 6. caut. 20. num. 2. Matth. Coler. consil. 21. num. 17. 18. 43. & seq. vol. 1. Schneidevvin. hic sub tit. de success. inter vir. & uxor. num. 17. vers. tertiò ampliatur, &c. hosque citans Berlichius d. part. 3. conclus. 9. num. 3. 10. & seqq. ubi de hac, & similibus quæstionibus plenissimè disserat.* Atque
484 hinc illius dubiæ controversiæ resolutio plana efficitur: si maritus bona per donationem, vel aliquem contractum inter vivos alienaverit, utrùm uxor pro consequendâ quartâ totius substantiæ, possit donata vel alienata revocare? Etenim, si in fraudem alienatio facta sit, revocationem fieri posse, meritò concluditur, *argum. l. omnes. 17. §. 1. ff. quæ in fraud. creditorum facta, &c. l. filia mea. 59. ff. soluto matrimonio. &c. 2. ex. de renunciatione. lib. 6. Hanonius Disput. 12. controvers. 14. in fin. Matthias Stephani cent. 3. quæst. 13. ad lit. a. Virgil. Pingiz. in sua quæstion. Saxon. quæst. 28. num. 12. & seqq. Coler. d. decis. 61. numer. 5. & seq. part. 1. Hieron. Pansehm. quæst. 5. numer. 12. sub fin. vers. ideo etiam maritus. part. 2. Berlichius d. part. 3. conclus. 9. num. 22. & d. conclus. 26. num. 25. D. Bocer. in hoc. tit. numer. 133. pag. 38. Forster. d. lib. 9. de successionib. c. 6. ubi utramq; in partem multa adducit, contrariaque diligenter refellit.*

Circa successionem mariti vocatur in disceptationem & illud: si statuto caveatur, maritum non posse uxori ultra quartam, jure communi debitam, aliquid relinquere quocunque titulo: an idem obtinere debeat in uxore? Et quamvis hanc quæstionem, *post Iasonem*, affirmativè decidat Schurffius *cent. 1. consil. 85. num. 14.* negatam tamen sententiam probabiliorem esse, haud levis ratio suadet. 485
Constat enim ex communi Dd. traditione, statuta stricti esse juris, & eorum verba, prout jacent, sicque ad literam accipienda esse, *arg. l. 1. §. licèt. 20. vers. in re igitur dubia. ff. de exercitor. act. l. ait Prætor. 3. §. hæc verba. 6. ff. de negoc. gest. Bartol. in l. omnes populi. 9. num. 60. ff. de just. & jur. & in l. constitutionibus. 24. num. 1. ff. ad municipal. Albert. Brunus in tract. de statut. art. 5. princ. num. 1. & 21. Menochius consil. 4. num. 8. & consil. 76. num. 24. Alderanus Mascardus de generali statutorum interpretat. conclus. 4. pag. 151. & seqq.* Statutum autem eo in casu loquitur tantùm de marito, & per consequens ad uxorem extendi non debet: præsertim cùm sit odiosum, & favorabilem ultimæ voluntatis dispositionem impediens, *l. vel negare. 5. ff. quemadm. testam. aperiant. l. 1. C. de sacros. Eccles.* 486

Nec obstat, quòd statutum in uno ex correlativis disponens, & in alio disponere censeatur. *arg. l. ult. C. de indicta viduit. tollend. & l. 1. C. de cupressis, &c.* Nam vulgaris, & quidem vera est responsio, axioma istud obtinere, ni diversa correlativorum ratio appareat; quæ hic diametralis apparet. Siquidem causa finalis statuti proculdubio hæc fuit: ut importunitates & instigationes mulierecularum coërcerentur, *argum. l. non est enim 4. ff. de inoffic. testament.* quas in maritis non ita metui, quotidiana experientia attestatur. Altera ratio in conservatione familiarum consistit: ne agnati, qui sunt de familiâ testatoris, bonis ejus privarentur: quæ ratio rursum in uxore non æquè militat. *Et hanc sententiam, ut veriorem, magnificus Iurisconsultorum ordo in illustri Salanâ secutus est, referente Virg. Ping. decis. Ien. 26. & Arumæo Exercit. Iustin. 21. thes. 15.* 487

Præterea & hoc in quæstione versatur: an ut vir uxori, sine agnatis & cognatis defunctæ, succedit, excluso fisco: ita & socer ad nurûs suæ (nullo ex sanguinis lineâ, nec viro relicto successore) hereditatem admittatur, fisco excluso? Et (*nihil remorante Baldi id affirmantis, in d. l. n. post medium. vers. item quarò si non extat vir. C. unde vir & uxor. item Nicolai de Neapol. & Ioannis Plat. ad §. mariti. suprà. de nupt. aliorumque paucorum auctoritate*) negantium doctrinam esse verissimam, plusquàm manifestè patet ex textu *in l. affinitatis. 7. Cod. communia de successionibus.* ubi Impp. Dioclet. & Maximia- 488

Maximianus disertis rescripserunt verbis: quòd af-
finitatis jure nulla successio permittatur.
489 Neque refragatur quicquam, quòd soceri nomen
à matrimonio derivatur. *l. cui eorum. 3. §. 1. ff. de postu-*
lando Nam & vitrici, novercæ, privignique nomi-
na similiter ex matrimonio derivantur, *l. non facile.*
4 §. sed quoniam. 3. vers. affines. ff. de gradibus & affi-
490 *nibus* & tamen vitrico privigni successio, neque ci-
vili, neque honorario jure debetur. *l. vitrico. C. com-*
munia de successionibus. quemadmodum neque here-
ditas novercæ debetur privigno, *l. amita. 5. C. eod.*
tit. Et ita sentiunt Raphael Fulgos. Paul. Castrens. Ro-
man. Alexand. Iason, Decius, & alij communiter ad d.
l. unic. C. unde vir & uxor. & ipse Bald. sibi contra-
rius in l. ult. colum. 4. vers. item queritur, an sit. Cod.
unde legitim. Tiraquell. in Tractat. Le mort saisit le vif.
part. 2. Declarat. 15. num. 2. Anton. Peregrinus lib. 4. de
jure fisci. tit 3. num. 4. Einsiedel. in tract. de Regalib. c. 3.
num. 128. pag. 593. cum seq. Dn. Becerus in Tractat. de
491 *regalibus. cap 3. num. 33.* Porrò ad jus nostrum locale
renovatum Würtembergicum quod attinet: eo jure
conjunx superstes in certâ portione succedit defun-
cto etiamsi cognatos is relinquat, *part. 4 tit. 5. & ali-*
quot seqq Idq; fusissimè explanat Ioan. Iacob. Plebst. Di-
sput 4. partis quarta. de jure Topico Würtemberg. th. 5.
& multis seqq. edit. 2.
492 Denique & illa hoc loco non prætereunda est
quæstio: quid dicendum sit, de sponsâ, quam de
præsenti appellitant: ecquid & hæc sponso, reliquis
successoribus deficientibus, succedet? Et ab ajen-
tium partibus standum est, sequentes præcipuè ob
rationes. Nam matrimonium, per verba de præsen-
ti contractum, licèt non sit consummatum, pro per-
493 fecto tamen matrimonio habetur: cùm nuptias non
concubitus, sed consensus faciat, *l. nuptias. 30. ff. de*
regul. jur. l. cùm fuerit. 15. ubi Bartol. ff. de condit. &
demonstrat. l. cùm hic status. 32. §. si mulier. 13. l. pen-
ultim. ff de donat. inter vir. & uxor. Novell. 22. cap. 3.
494 *& Novell. 117. cap. 3. can. sufficiat. 27. quæst. 2.* Inde
quoque fit, quòd sponsus per verba de præsenti, non
consummato matrimonio, accusationem adulterii
instituere possit, *l. propter. 7. C ad Leg Iul. de adulter.*
495 Sicut etiam donatio, quæ inter virum & uxorem
prohibita est, prohibita censetur, si sponsus per ver-
ba de præsenti sponsæ donet, *d. l. penult. ff. de donat.*
496 *inter vir. & uxor.* Adhæc eum sequi debet commo-
dum, ad quem incommodum spectat, *l. secundum*
naturam. 10. ff de reg. jur. Sponso autem incom-
modum maximum impendet: quia sponsalibus de
præsenti libertatem cum aliâ fœminâ matrimo-
nium contrahendi amisit, *c. quos Deus. 33. quæst. 2. c.*
inter corporalia. 2. ext. de translat. Episcop. Igitur &
commodum successionis in propositâ quæstione
consequi debet. Plura pro stabiliendâ hac opinione
afferunt *Valent. Forsterus lib. 9. de successionibus. cap. 3.*
num. 10. & multis subseqq. Albericus Gentilis in tract.
de nupt. lib. 2. cap. 23. D. Besoldus in Oiconomia titul. 5.
& 6. libri 1. ff. num. 9. pag. 186. item in discursu juri-
dico-polit. de nupt. cap. 6. num. 9. p. 28. Carer. in tract.
de sponsalib. & matrim. lib. 5. cap. 5. Andr. Gail. lib. 2.
observ. 80. Dominicus Card. Tuschus tom. 7. practic.
conclusion. lit. S. conclus. 511. numer. 58. Matthias Berli-
chius part. 3. conclusionum practicabil. conclus. 25. n. 5.
& seqq. Treutler. vol. 2. disp. 16. th. 6. lit. A. ibique in
suis not. Bachovius p. 1063. & Hunnius quæst. 45. pa-
gin. 253. Roland. à Valle in tract. de lucro dotu. quæst.
106. Francisc. à Solis in tractat. de lucr. dot. quæst. 13.
Cæterùm isthæc moribus nostris immutata viden-
tur, ubi requiritur. Daß nach gehaltenem Kirch-
gang allbereit zu ehelichem Beylager kommen / vnnd
die Decken beschlagen worden. Fürstl. Würtemb. er-
newert Landrecht. *part. 4. tit. 2. pag. 431.* Sic & Sa-
xonico jure, conjuges antequam conscenderint le-
ctum conjugalem, conjugii nomine tituloque nil
alter ab altero præmortuo lucratur. Sächsisch Land-
recht. *lib. 1. art. 45. & libr. 3. artic. 45. August. Elect.*
constit. part. 3. artic. 19. Berlich. d. conclus 25. num. 27.
Et de generali consuetudine attestatur Boërius, *de-*
cis. 22. num. 33. 36. & 38. Enimverò hic non requiri
copulam carnalem, verius est: cùm non coitus ma-
trimonium faciat, sed maritalis affectio, *ut respondit*
Vlpianus in l. cùm hic status. 32. §. si mulier. 13. ff. de
donat. inter vir. & uxor. Berlich. d. conclus. 25. num.
31. eumq; referens D. Besold. d. discurs. de nupt. cap. 6.
num. 9. pag. 28. ad finem. Adde Riemerum *decad. 8.*
quæst. illustr. 8. ubi & alios citat. *Hucque pertinent,*
quæ annotavimus ad §. 1. num. 25. suprà de patr. pote-
stat. nec non ea, quæ attulit Samuel Bansovius *part. 6*
consil. Besoldi 297. num. 14. & seq. fol. 263.

DE SUCCESSIONE FISCI.

SI nullum prorsus ex qualibet sanguinis lineâ, vel 497
juris titulo, legitimum heredem defunctus reli-
querit: bona ejus, rejectâ affinitatis successione,
tanquam vacantia, fisco deferuntur, *l. 1. l. vacantia. 4.*
Cod. de bonis vacantibus. l. affinitatis. 7. Cod. commu-
nia de successionibus. Regner. Sixtin. in tract. de Rega-
lib. lib 2. cap. 9. num. 3. cum seqq. D. Rümelin. part. 3.
ad Aur. Bull. Caroli IV. Imper. Dissert. 3. th. 29 Arni-
saus de jur. majestat. lib. 3. cap. 6. numer. 18. Fiscus
non dictus est quasi fixus, id est, firmus & stabilis: 498
quòd semper præsumatur esse dives & solvendo, *l. 2.*
in fin. ff. de fundo dotali. Accurs. & Bart. num. 10. in
Rubric. C. de jure fisci. Bald. in l. 1. num. 7. C. de he-
redit. vel actione vendita. & consil. 363. in princ. hesq;
referens & sequens Antonius Peregrinus libr. 1. de jure
fisci. tit. 1. num. 14. sed potiùs nomen habet à fiscis si-
ve sportis, quibus pecuniæ publicæ olim asportari
concludique solebant, *ut auctor est Asconius Pedia-*
nus in secunda Verrinâ: quem comprobant Mynsinger.
in §. res fisci. num. 1. sup. de usucapionibus. Schneide-
vvin. hic sub c. de successione fisci. numer. 2. & Ioan-
nes Borcholt. in tractat. de gradibus. tit. de success. fisci.
pag.

499 *pag.260.* Hinc fiſcus ſignificat locum, quo pecunia
& inſtrumenta omnis patrimonii, quod Principi
Romano, ad ejus dignitatem tuendam, & uſus Im-
perii publicos, tributum eſt, conduntur, *l.1. in princ.*
ibi, ex fiſco comparaſſe, &c. & paſſim. ff. C. de jure fiſc.
l.2.§. hoc interdictum. 4. ff. ne quid in loco publico, &c.
Qui locus nonnunquam etiam ærarium appellatur,
l. ſenatus.15.§.1. & 3. ff. de jure fiſc. §. ultim. verſ. ad-
verſus autem. ſ. de uſucapionibus. l.2. in princip. ibi, à
ſacratiſſimo ærario comparaverint. & ibi, contra ſacra-
tiſſimum ærarium. & l. bene à Zenone. 3. in princ. C.
de quadriennii præſcript. Quanquam olim fiſcus ab
500 ærario diſtinguebatur. Fiſcus quippe erat pecunia
Principis ſive Imperatoris privata; ærarium verò
pecunia publica & Imperii, ſive populi & Reipubli-
cæ: ut *ex Plinio in Panegyr. ad Trojan. Tacito libr. 5.*
annal. & Spartiano in Adrian. evincunt, docentque
Duarenus ad tit. ff. de jure fiſci. c. 1. Cujacius ad Rubr.
C. de jure fiſc. in fin. & ad l. 2. C. de petitionib. bonor.
ſublat. lib. 10. Dn. Collega Beſold. in diſcurſu de Æra-
rio publ. cap. 1. numer. 3. Iul. Cæſar Bulinger. in lib. de
vectigalib. populi Romani. cap. 50. Rittershuſ. in expo-
ſit. Novell. Iuſtin part. 7. cap. 19. numer. 1. Döringius in
Bibliothecâ Iuriſconſultorum. tom. 1. verb. ærarium.
num. 14. fol. 949. aliiq; per eum citati. Conſtitutio-
nes autem Imperatorum noviſſimæ, & Doctores
plerique, illum locum Cameram Imperialem vel
Imperii nuncupant, veluti Friderici III. Conſtitu-
tio Francofurti promulgata, Anno 1442. §. Item
tocum dieſetb. ibi, des Reichs Kammer. & Ferdi-
nandi Ordinatio monetalis, Auguſtæ edita, Anno
1559. §. Wir ordnen / ſetzen vnd wöllen. ibi, in vnſer
Kayſerliche Kammer. aliique Receſſus Imperii, *Ac-*
curſ. & Bart. num. 6. in d. Rubr. C. de jure fiſci. Cardi-
nal. ad Clement. Nolentes. 5. inquiſitoribus. num. 3. tit.
de hæreticis. Peregrinus d. lib. 1. de jure fiſci. tit. 1. num. 2.
& D. Becer. d. tract. de Regalib. c. 3. num. 2. & ſeqq. ubi
plures ſignificatus nominis fiſci recenſet & explicat.
501 Cæterùm non aliter ad defuncti bona vacantia fi-
ſcus admittitur, quàm ſi illa intra quadriennium a-
gnoſcat. Aliâs etenim poſſeſſor bonorum adverſus
fiſcum præſcriptione ſe tueri poterit. *d. l. 1. ubi Bar-*
tol. & l. penult. C. de bonis vacantib. l. ergo. 4. §. eadem.
17. ff. de fideicommiſſar. libertat. l. 1. §. Divus Pius. ff. de
jure fiſci. l. quia autem. 6. §. cerè. 7. ff ſi quis, omiſſa
cauſa teſtamenti. &c. l. 1. C. de quadrienny præſcriptio-
ne. Berchols. d. tractat. de gradib. titul. de ſucceſſ. fiſci.
pag. 261. Quinimò fiſcus interdum propiores ex-
cludit heredes: putà ſi vel ob criminis alicujus a-
trocitatem, vel alioquin indignos ſe hereditate fe-
cerint, *l. quisquis. 5. C. ad l. Iul. Majeſt. l. fraudem.*
45. §. ejus bona. 2. ff. de jure fiſci. tot. tit. ff. & Cod. de
bonis eor. qui ante ſentent. &c. & t. tit. ff. & Cod. de
his, quibus ut indig. hereditates auferuntur. Heredi-
502 tates tamen, quæ filiis reorum perduellionis defe-
runtur, non fiſco, ſed heredibus proximioribus, ab
inteſtato venientibus, applicari; rectè, *poſt alios*
nonnullos, defendit Menochius *conſil. 275. num. 26.*

lib. 3. Peregrinus lib. 3. de jure fiſc. titul. 9. num. 1. Be-
rens. diſſ. 8. ad Inſtitut. them. 3. quæſt. 3. & Fachineus
libr. 9. controverſ. jur. cap 30. idque latiùs expoſui-
mus *in §. publica autem. 3. inſr. de public. judic. num.*
72. & ſequentibus. Porrò varias cauſas ex quibus bo- 503
na alicui, ut indigno, auferuntur & fiſco vindican-
tur, recenſet Regner. Sixtinus *in tractat. de Regali-*
bus. cap. 12. eumque laudans Adamus Keller. *in tra-*
ctat. de jure ſuccedendi ab inteſtato. tit. 28. num. 4.
Illud hic non inconvenienter quæritur: an pu- 504
pillo defuncto, nullis agnatis vel cognatis relictis,
ejus tutor perſona extranea ſuccedat, adeòque fi-
ſcum excludat, necne? Alii ajunt, *Accurſius ad l.*
quò tutela 73. in fine princip. ff. de regul. jur. Dynus,
Albericus, Corneus & Iaſon, num. 10. ad l. unic. Cod.
unde vir & uxor. Bald. in l. ſi qua illuſtris. 5. num. 6.
C. ad Senatusconſult. Orfician. Angel. ad l. nutritori-
bus. 10. C. commun. de ſucceſſ. l. ſi quis filio. 6. §. ejus.
in fin. ff. de injuſt rupt. irr. fact. teſtament. & ad l. cùm
in eo. 44. in fin. ff. de pact. Matthæus de Afflict. ad ti-
tul. 56. Quæ ſint regalia. in verb. bona vacantia. co-
lum. 1. verſ. item tutor deficientibus. lib. 2. feudor. Alii
negant, *Bartol. & Cagnolus. num. 4. ad d. l. quò tute-*
la. 73. ff. de regulis juris. Baldus ſibi contrarius, ad l.
ultim. num. 14. Cod. unde legit. Tiraquellus in tractat.
mort. ſaiſit leviſ. part. 2. Declarat. *15. numer. 4. & 5.*
D. *Becerus d. tract. de Regalibus. cap. 3. numer. 31. Hæ-*
monius Diſput. 12. ad Inſtitut. ſub controverſ. 15. Mol-
ler. lib. 4. ſemeſtr. quæſt. ultim. in fin. Treutler. Diſpu-
tat. 16. theſ. 1. ſub lit. f. volum. 2. Berens d. diſputat. 8.
them. 3. quæſt. 4. & Matthias Stephani centur. 3 quæ-
ſtion. 13. ſub lit. a. in fine. Alii verò, cùm ita varient
in hac re opiniones, difficultatem iſtam pro medie-
tate eſſe componendam, cenſent: adeoque dimidiam
Fiſco, dimidiam tutori tribuunt hereditatem. *Ber-*
guinus Cavalcanus in tractat. de tutoribus ſub numer.
336. & Peregrinus lib. 4. de jure fiſci. tit. 3. num. 18. ad
fin. Sed ego negantium ſententiam firmioribus ra-
tionibus munitam eſſe, omninò arbitror. Tum quia 505
legitima hereditas ſolâ lege defertur, nec ulli datur,
niſi cui lex ipſa nominatim eam tribuit. *§. 1. inſr. hoc*
titul. l. 1. & l. 3. ff. de petitione heredităt. l. vitrico. 3.
& d. l. nutritoribus. 10. C. communia de ſucceſſioni-
bus. Unde etiam legitima vocatur hereditas, quòd
ſolâ lege defertur, *l. ſi curateris. 9. Cod. de jure de-*
liberan. cum ſimilibus ſuprà allegatis. numer. 4. Cùm
ergo nuſquam ullâ lege pupilli hereditas ſpeciali-
ter ejus tutori dativo, perſonæ extraneæ, defe-
ratur: injuſtum ſanè fuerit, illud ſine lege af-
firmare, *Novell. 18. cap. 5. in princip. l. illam meritò.*
19. ibi, eò quòd nulla conſtitutio, &c. Cod. de colla-
tionibus. l. ultim. in fine. Cod. de conſulibus. libr. 12.
cap. illa. 2. ibi, cùm nuſquam inveniatur cautum in
jure. ext. Ne ſede vacante aliquid innovetur. & ca-
pite 1. ibi, cùm id non inveniatur à jure conceſſum.
ext. de ſupplenda negl. Prælator. libro 6. Tum quia 506
hereditas extraneis teſtamento datur: ab inte-
ſtato illi non ſuccedunt, *l. hereditas. 5. Cod.*

de pactis conventis &c. Tutor igitur dativus, perso-
507 na extranea, pupillo suo non succedet. Tum quia nutritor, ut qui gratis puerum [illegible] aliquem educavit, *l. sancimus.* [illegible] *neque his, &c. Cod. de infantibus exposit.* ipsi puero, intestatò mortuo, non succedit. *d.l. nutritoribus.* 10. *Cod. communia de successionib.* Itaque multò minùs tutor dativus pupillo suo succede-
508 re debet. Tum etiam quia tutor gratis administrare tutelam regulariter tenetur, *l. à tutoribus.* 33. §. *ult. ibique Bartol. & alij Dd. ff. de administration. & peric. tutor. & facit l.* 1. §. *si pupillus.* 6. & §. *seq. ff. de tutelâ, & rationibus distrahend.* Ergo, ut pro mercede hereditas pupilli obveniat tutori, haud credibile aut æquum videtur. Tum denique quia *sub tit. C. de hereditatib. decurion.* extraneæ proponuntur personæ, quibus etiam defunctorum intestatorum hereditates jure deferuntur, & per quas ipse fiscus excluditur: nusquam verò sub toto isto titulo hisce personis tutor dativus connumeratur: cùm tamen verisimile non sit; quòd si per tutorem dativum voluissent Legislatores fiscum excludi, hunc tam notabilem & frequentem casum ibidem omisissent. Atque ita noviter quoque docuit Valentinus Riemer. *decad.* 8. *quæst. illustr.* 9.

509 Nihil nostræ obstat sententiæ *d. l. quò tutela.* 73. *ff. de reg. jur.* cujus in principio Scævola Iurisconsultus, *quò*, ait, *tutela redit, eò hereditas pervenit.* Nam ea regula accipienda est de tutelâ legitimâ, quæ ad proximos agnatos, ex Justiniani constitutione ad cognatos etiam pertinet, *Novell.* 118. *c.* 5. non item de testamentariâ, vel dativâ tutelâ, uti exceptio fœminarum huic regulæ subjecta satis arguit. Etenim ad fœminas agnatas legitima spectat hereditas, non autem tutela. *l.* 1. §. 1. *ff. de legit. tutor.* §. *ult. J. de legit. patronor. tutela. l. tutela.* 16. & *l. ult. ff. de tutelis.* Sed & hoc fortsan non ineptè cum quibusdam dici poterit, principii istius lectionem vitiosam, proindeque legendum esse, vel ita: *Quò hereditas redit, eò & tutela pervenit*: vel ita; *Eo tutela redit, quò hereditas pervenit.* Neque enim propter tutelam cuipiam hereditas defertur, sed tutela hereditatem consequitur: hoc est, onus tutelæ demandatur ei, qui spem successionis, ab intestato consequendæ habet, *d. tit. J. de legitimâ patronor. tutel. & l. tutela.* 3. §. *proinde.* 7. *vers. legitima. ff. de legitimis tutorib.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit: *Legitima hereditas ad solum filium pertinet.* Ergo & tutela ad solum filium descendit. *Sed eàdem videtur, post Placentinum, Cujacius, Hotom. Petrus Faber & Philippus Matthæus ad l.* 73. *ff. d.* [illegible] *Ant. Fab. in errore.* 7. *decad.* 6. & *D. Boc. d. tr. de regalib. c.* 3. *num.* 33. *ubi id enucleatius persequitur.*

510 Tenetur autem fiscus post agnitionem bonorum creditoribus, pro viribus tantùm rerum hereditariarum. *l.* 1. §. *an bona.* 1. *l. non possunt.* 11. *ff. de jure fisci. l. mulier bona.* 72 *ff. de jure dot. Fachineus lib.* 6. *controvers. jur. c.* 21. Bona siquidem agnovit, non hereditatem, quâ agnitâ teneatur creditoribus hereditariis, licèt hereditas solvendo non esset. *l. qua dotis* 33 *ff. soluto matrim. l. bona.* 3. *ff. de bonor. possessionib. l. si te bonis.* 10. *C. de jure deliberandi.* Etsi bona immobilia diversis in territoriis sint sita; domini territoriorum, secundùm quantitatem bonorum, creditoribus defuncti satisfacere compelluntur. *Alex. cons.* 111. *ad fin. p.* 4. & *cons.* 31. *p.* 1. *Zas. cons.* 17. *lib.* 2. *hosque referens & probans Borcholt. in tract. de gradib. tit. de successione fisci. pag.* 261.

Sed utrum fiscus, in bona vacantia succedens, te- 511
neatur legata & fidei commissa præstare testamento vel codicillis relicta, controversiâ non caret? Et negativè responderunt *Richardus Malumb. in l. unica.* §. *penult. C. de cad. toll. Petr. de Bellapert. & Imola in l. quidam testamento.* 96. §. *quoties. ff. de legat.* 1. *Ripa in. l. ex facto.* 17. §. *ex facto. num.* 6. *ad Senatusconsul. Trebell. Prosper. Farinac. lib.* 1. *variarum quæst. criminal. quæst.* 25. *num.* 186. & *alii, quos memorat & sequitur Martus Anton. Peregrin. lib.* 4. *de jure fisci. tit.* 3. *n.* 26. Verùm contrariam amplexi sunt sententiam *Baldus in l. eam, quam.* 14. *num.* 5. *C. de fidei commissis. Salicet. in. d. l. unic.* §. *pen. num.* 39. *C. de caduc. tollend. Fachineus dict. libr.* 6. *controversiar. jur. cap.* 22. *Boterus class.* 3. *Disp.* 10. *th.* 63. *edit.* 2. & *d. tract. de regalib. c. num.* 37. *Adam. Keller. d. tract. de jur. succed. ab intest. tit.* 28. *num.* 8. & *nuperrimè Valentinus Riemer. decad.* 8. *quæst.* 10. *circa medium.* Quam & ego verissimam esse judico, *per textum. in d.* §. *quidam testamento.* 96. §. *quoties. ff. de legat.* 1. ubi clarè & generaliter Iulianus ait: legata & fideicommissa esse præstanda à fisco, qui in bona vacantia succedit. Accedit ad ejusdem sententiæ confirmationem textus *in l. dicitur.* 14 *ff. de jure fisci. l. recusare.* 6. §. *si fisco.* 3. *ff. ad SC. Trebell. l. cùm fisco.* 9. *ff. de SC. Silan. & d. l. unica.* §. *penult. ibique gloss. in verb. pepercimus. C. de caduc. tollend.*

Nec adversatur regula generalis, quæ vult, quòd 512
si nemo hereditatem adierit, nihil quod testamento scriptum est, debeatur. *l. si nemo.* 9. *ff. de testamentar. tutela. l. si nemo.* 118 *ff. de regulis juris.* Nam regula hæc officium suum perdit, sicque locum non obtinet, quando bona vacantia ad fiscum transeunt. Tunc enim, quia is heredis loco habetur, meritò legata & fideicommissa præstare tenetur. *Ad reliqua contraria opinionis argumenta solidè respondit Fachineus d. lib.* 6. *c.* 22. *circa fin.* Et hæc de successione Fisci.

Ad extremum hìc subjiciendum est: quempiam 513
hereditatem, ab intestato sibi delatam imprimis consequi posse, vel petitione hereditatis, *de quâ tot. tit. ff. & C. de petitione hereditatis.* §. *actionum.* 28. *circa finem.* & *ibi copiosè Angel. Platea, Iason, Zasius, Schneidewinus & alii infr. de actionibus. Ioan. Petr. de Ferrariis in sua practica, in forma libelli pro hereditate ab intestato delatâ. Oldendorp. in progymnasmat. action. forens. class.* 5. *act.* 5. & *Borcholt. in tract. de gradib. tit. ult. pag.* 262. & *seqq.* vel interdicto quorum bonorum, *de quo tot. tit. ff. & C. quorum bonor.* §.

adipiscen-

adipiscendæ possessionis. infr. de interdict. Ioannes Crispus de Mentib. action. 58. & Oldendorp. class. 2. act. 1. vel imploratione officii judicis ; *de quâ, ut & aliis juris remediis, pro hereditate ab intestato competentibus, prolixè & perspicuè agit Ambrosius Schurerius in tract. de hereditatib. quæ ab intestato deferuntur. tit. 22. per totum : item novissimè Adamus Kellerus in d. tract. de jure succedendi ab intestato. tit. 36. per totum.*

514 Coronidis vice insignis illa, & inter Dynastas quosdam haud ita pridem exorta, discutienda venit quæstio : Si transactio sive conventio sit inita : ut si res data perveniat in alienas manus (in andere Hände) ea danti restituatur : nunquid, si res per successionem legitimam pervenerit ad heredes, eadem in alienas manus pervenisse censeatur ? Ego sanè (*quicquid ab aliis regeratur*) ad negativæ sententiæ patrocinium me procliviorem agnosco, sequentibus potissimùm rationib. adductus. I. Quia
515 in transactione & quovis contractu magis voluntas & mens transigentium ac contrahentium inspicienda est, quàm verba. *l. in conventionibus 219. ff. de verb. signif. l. semper in stipulationibus. 34. in princ. ff de reg. jur. l. ult. ibi. cùm si justum voluntates contrahentium, &c. C. Quæ res pignori obligari possunt.*
516 Verisimiliter autem præsumitur, transigentes de heredibus cogitasse : quippe cùm regulariter contractus & ad heredes, & contra heredes transeat, sive specialis eorum facta sit mentio, sive non, *per apertum textum in l. veteris. 13. C. de contrah. & com-*
517 *mitt. stipulat.* Hinc clausula Notariorum in instrumento heredum mentionem faciens, superflua & supervacua creditur. *arg. l. eum. qui ita. 56. §. 1 ff. de*
518 *V. O.* II. Quælibet conventio sive pactio in dubio judicatur esse realis, & sic transitoria ad heredes non verò personalis. *arg. l. juris gentium. 7. §. pactor. 8. in fine. & l. tale pactum. 40. in principio. ff. de pactis.* cùm intentio contrahentis præsumatur esse ta-
519 lis, ut non solùm sibi, verùm etiam suis heredibus prospexisse videatur. *l. si pactum. 9. ff. de probationib. t. 18. de duobus fratrib. à capitaneo investit. lib. 2. F.*
520 III. Defunctus (*scil. contrahens*) & heres reputantur una eademque persona. *l. heredum. 59. ff de reg. jur. & Novell. 48. in fine principii.* Ergo clausula ista (in andere Hand) sub se heredes non complectitur.
521 IV. In pactis & stipulationibus, verba dubia sunt interpretanda contra stipulatorem, qui poterat legem contractûs dicere apertiùs. *l. veteribus. 39. ff. de pact. l. stipulatio ista. 38. §. in stipulationibus 18. & l. quicquid. 99. ff. de verb. obligat.* Quo casu pro reo, tanquam favorabiliori, contra actorem esse respondendum, certùm est *l. favorabiliores. 125. ff. de regulis*
522 *juris.* V. In prohibitione alienandi in alienam familiam, vel in alienas manus, non comprehenditur alienatio, quæ fit per successionem legitimam sive ab intestato : quoniam hæc non est alienatio hominis, sed ipsius legis, quæ ab intestato successiones defert. *§. 1. infr. hoc t. l. ea verò 3. §. de illo quæritur. ff. pro socio. & l. lege obvenire. 130. ff. de V. S.* Item necessaria omninò est : quia per mortem, quæ om- 523
nibus est necessaria, causatur : ideòque sub hominis interdicto contineri non intelligitur. *l. alienationes. 13. ff. familiæ ercisc. l. peto. 69. §. prædium. ff. de legat. 2.* Quocirca prohibitio de alienando, facta ab homine, ad hominis alienationem restringenda videtur. Et huc facit casus *in l. cùm pater. 77. §. cùm inter. 28 ff. d. t. de leg. 2.* ubi (*secundum interpretationem Bartoli & Imolæ*) filius libertæ, quamvis non sic de familiâ libertorum, *arg. l. pronunciatio. 195. §. fi. & l. seq. ff. de V. S.* succedit tamen matri suæ in re 524
alienari prohibitâ extra libertorum familiam. Eòdem pertinet textus *in d. l. peto. 69. §. fratre. 3. ff. de legat. 2. ibi, extero herede instituto, &c.* Secus ergo, si non fuisset institutus exterus : *ut ibi plenè notavit Bartolus, & alii,* Idem Bart. *in l. si ita quis. 135. §. ea lege. numer. 7. & seq. ff. de V. O.* ubi pulchrè con- 525
cludit ; prohibitâ alienatione per legem, aut per hominem, non censeri prohibitam successionem intestatam : cùm hæc legis alienatio necessaria existimetur. *Idem tradidit Aretin. in l. Pannonius. 86. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. heredit. & latè Socin. consil. 227. in 3. qu. numer. 8. ubi in eandem sententiam plures allegat : eamque communem esse testatur Corneus cons. 213. col. 2. lib. 2. & cons. 269. col. 2. lib. 4.*

His ita satis copiosè de novissimâ ab intestato succedendi ratione declaratis & præcognitis : jam ordine, quod instat, exequemur ; adeòque ipsum propositi tituli textum breviter explicandum suscipiemus. Initiò autem Justinianus Imp. indicat 526
ex l. 1. ff. de suis & legit. hered. aliquem intestatò decedere quatuor modis. Primùm intestatus decedit, qui omninò testamentum non fecit ; cùm tamen facere posset. Nam si facere non potuit, id est, si testamenti factionem non habuit, ut est impubes, furiosus, prodigus : non nisi abusivè & impropriè intestatus decedere videtur : *uti arguit Ulpian. d. l. in pr. ff. de suis & legit. heredib. Paulus. libr. 4. sentent. tit. 8. Stuckius par 1. Exercitat Iustin. decad. 8. assert. 1. lit. b.* Siquidem privatio habitum præsupponit, *arg. l. decem. 116. ff. de verb. obligat.* Quamvis & hæ, similesquè personæ, ratione effectûs & juris, in successionibus ab intestato constituti, pro intestatis, habeantur, *d. l. 1. in princ. vers. planè. ff. de suis & legit. hered. d. l. 2. §. divus. 2. l. credendum. 4 §. 3. ff. qui petant tutor. l. qui duos. 9. ff. de reb. dub. l. pater. 14. §. ult ff. ad L. Falc. l. vel singulis. 37. l. qui duos. 42. in fine. & l. Lucius. 41 ff. de vulg. & pupill. substit. l. 2. §. impuberem. 5. ff. ad SC. Tertull. & legib. concordantibus. Eâque de re videantur Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 2. & Timeus Faber Disput. 21 ad Instit. Imperial. th. 3. itemque Lecamer. quæstion. juridicar. fascic. quæst. 8.*

Unde quæsitum disceptatumque graviter fuit à 527
Doctoribus : an pupillus, furiosus, prodigus, intestatorum appellatione in statutis contineantur ? Finge statutum ita sonare : *Bona ejus, qui ab intestato*

decedit, proximorum agnatorum sunto. Nunc pupillus mortuus est: dubitatur, anne mater à successione illius excludatur? Sunt sanè multi, qui pupillum, furiosum, & similes, qui testari non possunt, intestatos non dici; ideoque nec matrem à successione repelli posse, opinantur. Cynus & Alberic. ad l. 2. C. qui testament fac. possunt. Bald. & Salicet. ad l. cùm in antiquioribus 19. C. de jure deliber. Raynerius & Nicolaus de Neapol. ad l. intestato parente. 6. ff. de legitimis tutoribus Angel. ad l. in testamento. 6. C. de testamento milit. & ad l. 2. C. de impub. & al. substitutionibus. Ioan. de Imola ad leg. centurio. 15. ff. de vulgari & pupill. substitut. & ad c. cùm tibi. 13. extr. de testament. Signorol. consil. 6. & consil. 101. Raphael Fulgos. consil 40. consil. 48. consil. 165. & consil. 199. Decius consil. 466. Marian. Socin. consil. 23. Ioan. Fab. numer. 2. Ang. Aret. numer. 8. & Christoph. Porc. in hoc principio nostro, Alexand. Trentacinq. in tract. de substitution part. 2. cap. 3. Ioan. Petrus Ferrariensis in forma libelli, quo petitur hereditas ab intestato delata. in fine, eumque referens Rittershusius in expositione Novell. iustin. part. 7. cap. 1. num. 3. Cæterum non desunt plures, qui contrarium intrepide adserunt, adeoque concludunt; appellatione intestatorum in statutis hos quoque, qui ipso actu testamentum facere nequeunt, comprehendi. Bartol. in d. l. 1. in princip. num. 2. ff. de suis & legit. heredibus Bald. sibi non constans, in auth. praterea. C. unde vir & uxor. Felinus in prooemio decretal. Castrens. in l. in ambigua. 19. ff. de leg & in d. l. 2. C. de impub. & aliis substitutionibus. & d. l. cùm in antiquioribus. 19. C. de jur. deliber. & consil. 48. lib. 1. Alciatus numer. 6. & Gœdd. numer. 4. in l. intestatus. 64. ff de verb. signific. Matthaeus de Afflict. in cap. 1. titul. de success. feudi. in usibus feudor. Carolus Ruin. consil. 50. libr. 3. Paul. Paris. cons. 22. l. 2. Cardin. Zabarella cons. 111. Alexand. cons. 115. lib. 2. Corneus cons. 75. & cons. 336. l. 1. Barbat in d. c. cum tibi. 13. ext. de testam. & cons. 67. lib. 1. Ioan. Baptista Castellioneus in additionibus ad dictionarium Alberici. in verb. intestatus. Politus in tract. de substitutionibus in tit. de pupillari substitutione. quæst. 4. Rolandinus Passagerius in tract. de successionibus ab intest. numer. 5. Oliverius Textorius in tract. de success. ab intest. in princ. num. 8. Maturin. Montan. in tract. de heredibus ab intest. venientibus. cap. 1. col. penult. Hieron. Gabr. consil 14. num. 15. lib. 1. Simon de Pratis cons. 263. num. 42. Paul Pic. consil. 60. numer. 3. aliiq; nonnulli, relati & approbati à Menochio consil. 569. volum. 6. numero 12. Quibus adjiciendi sunt Forsterus in tract. de successionibus ab intest. lib. 3. cap. 4. numer. 10. & 14. Emanuel Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. I. numer. 160. Fachin. libr. 4. controvers. jur. cap. 74. D. Boeer. class 3. disput. 10. th. 4. edit. 2. Foman. disput. 18. th. 1. ad lit. b. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 9. cap. 1. ad lit. I. Martinus Schickhard. disputat. 11. ad Institut. th. 1. numer. 1. & in resolut. quæst. 1. & 2. Trentler. disp. 16. th. 1. sub lit. a. volum. 2. ibiq; in suis Notis Bachovius pag. 980. & Hunnius quæst. 2. pag. 188. & seq. Hackelman. illustr. quæst. disput. 18. th. 1. sub lit. b. Heigius hic in cap. 1. numer. 4. Hœnonius disput. 12. sub controvers. 1. & Andr. Gerhards decad. 11. quæst. 1. Quorum 528
sententiæ & ego lubens meritòque subscribo. Etenim & is non malè dicitur intestatus, qui testamentum actu facere non potuit, argum. d. l. credendum. 4. §. hac autem. 3. ff. qui petant. tut. vel. curat. d. l. 2. §. impuberem. 5. ff. ad SC. Tertyll. Quæ significatio licèt minùs propria videatur: usu tamen juris, & communi stylo approbata est, d. l. 1. in princ. ibi, sed hos quoque pro intestatis accipere debemus. ff. de suis & legit. heredibus. d. l. pater. 14. §. ultim. ff. ad l. Falc. l. qui duos 42. ff. de vulg. & pupill. substit. d. l. qui duos. 9. in princ. ff. de reb. dub. d. l. in testamento. 6. C. de testament. milit. d. l. 2. C. de impub. & al. substit. l. sciant. 10. C. de legit. heredib. & l. omnem. 6. C. ad SC. Tertyll. in quibus locis omnibus, ut & aliis quibusdam, 529
pupillus intestatus apertè appellatur. In statutis autem communem loquendi usum observandum esse, nemini dubium esse potest, argum. l. uxor. 32. in princ. & l. librorum. 52. §. quod tamen. 4. ff. de legat. 3. l. cùm de lanionis. 18. §. item. 3. ff. de instructo, & instrum. legato. l. supellectilis. 3. §. ultim. ff. de supellect. legat. Bartolus in l. talis scriptur. 30. num. 2. ff. de legat. 1. & idem ad titul. ff. de operis novi nunciat. numer. 6. & ibidem latè Franciscus Niconitius numer. 196. Et proinde quicquid lege, vel statuto, de intestatis cautum reperitur: illud ad pupillorum, furiosorum & prodigorum (dummodo illis substitutum non sit) successionem (ut & ad successionem feudalem) rectè porrigitur, argum. l. libertum. 64. §. 1. ff. de rit. nupt. Niellius Disputat. feudal. 5. th. 1. ad lit. c. Idque eò magis dicendum est; quòd 530
omnis hereditas aut ex testamento, aut ab intestato defertur; adeoque tertia successionis species non datur. §. ultim. supr. per quas personas cuique acquiritur. l. 1. ff. de pet. heredit. & l. 1. in princip. ff. si tabulæ testam. nulla extab. Sed hereditas à pupillo, cui nullus testamento substitutus est, ab intestato obvenit. Intestatum igitur eum dici oportet.

Non obstat, quòd statutum istud odiosum sit, lu- 531
ctuosam matrem hereditate privans. l. maximum vitium. 4. C. de liber. præterit. idque contra juris civilis provisionem, Auth. cessante. C. de legitim. hered. proindeque in benigniorem partem accipiendum; ita scilicet, ut ad eos tantùm pertineat, qui propriè intestati decedere dicuntur, argum. l. ea, quæ. 192. §. 1. ff. de R. I. nec ad pupillos, furiosos, & similes, qui testamentum facere non potuerunt, extendendum, argum. c. odia. 15. de R. I. in 6. maximè cùm non desit ratio diversitatis. In illis siquidem, qui testamentum facere potuerunt, nec fecerunt, præsumptio est voluntatis, quâ se ad statutum accommodant, & ex mente statuti proximis agnatis, exclusâ matre, hereditatem relinquunt: in reliquis verò, qui etsi aliter disponere voluissent, non tamen potuissent, præsumpta nulla pro agnatis voluntas militat. Non, inquam, illud obstat.

Licèt

532 Licèt enim propter matrem odioſa interpretatio vi-
deatur: conſiderata tamen penſiculatè principali
ratione ac mente ſtatuti (ea quippe ſemper conſide-
randa venit, *l. ſcire leges. 17. ff. de legib. d. l. libertum.
64. §. 1. ubi Gothofred ff. de ritu nuptiar.*) quæ eſt con-
ſervatio familiarum (Familia etenim propriè con-
ſiſtit in agnatis, *l. pronunciatio. 195. §. 1. ff. d. V. S.*)
maximum favorem continet, *arg. l. 1. §. ſed & ſi ſer-
vus. 13. ff. de ventre inſpiciend. l. ſuper ſtatu. 9. C. de
quæſtionib. Mynſing. cent. 3. obſ. 26. in prin. latiùs Ferſt.
d. lib. 3. de ſucceſſ. c. 4. num. 20.* Et hinc haud obſcurè
patet, quòd præſumpta defuncti voluntas hujuſmo-
di delationis ad agnatos, excluſa matre, in cauſa non
ſit, nec differentiam importare poſſit: cùm lex eam
533 voluntatem non ſequatur, ſed ipſa legem. Volunta-
tem enim ſuam ſecundùm leges regere, & modera-
ri quiſque præſumitur: alioquin ſi quis de facto
impeditus teſtari non potuiſſet, agnati fuiſſent ex-
cludendi: quod abſurdum eſt, *tradente Alciato ad
d. L. inteſtatus. 64. num. 9. de verb. ſignific. quem refert
& ſequitur etiam Andreas Gerhardi d. Decad. 11. q. 1.*
534 *in fin.* Non obſtat etiam, quod verba ſtatuti in prò-
priâ ſignificatione ſint accipienda, maximè quando
ſtatutum juri communi eſt contrarium, *arg. l. 1. §.
licèt autem. 20. ff. de exercit. act. l. non aliter. 69. in prin.
ff. de legat. 3. l. quod conſtitutum. 21. ff. de teſtament. mi-
lit. l. ſi ſervum. 71. §. non dixit. 5. ff. de acquir. vel omitt.
heredit.* Nam in ſtatutis, ob communem loquendi
uſum, ſi is à proprietate verborum diverſus eſt, re-
cedi ſoletà propriâ verborum ſignificatione, *per ju-
ra allegata ſuprà numer. 529.* propterea quòd, cum
ſtatuta municipibus, hominibus juris planè impe-
ritis, præſcribantur: idcirco ad modum potius lo-
quendi apud ipſos uſitatum, quàm in jure receptum,
ſeſe ſtatuentes accommodare ſoleant. *Sed inſpiciatur
Hunnius d. quæſt. 2. pag. 189. ubi & aliis objectiunculis*
535 *ſatisfacit.* Quid autem, ſi codicillos quis fecerit, an
putandum eſt illum deceſſiſſe teſtatum? Nequa-
quam: quia teſtatum, aut inteſtatum eſſe, eſt ad-
536 junctum hereditatis. Hereditas autem codicillis
non datur, nec adimitur. *§ codicillis. 2. ſup. de codi-
cillis. l. 2. l. ſi idem. 7. C. eod.* & faciendo codicillos
creditur quis ſponte ſuâ relinquere hereditatem le-
gitimam ſucceſſuris ab inteſtato. *l. conficiuntur. 8. §.
1. ff. de jure codicill. Ioan. Faber. hic numer. 4. & Vult.
numer. 7.*

537 Secundò decedit inteſtatus, qui fecit quidem te-
ſtamentum, ſed injuſtum ſive minùs rectè; putà
quia in eo juris ſolennia omiſit. *l. 1. ff. de injuſto, rupt.
irrit. fact. teſtam. l. ſi veritas. 23. C. de fidei commiſſ. l. ſi
unus. 12. C. de teſtament. tot. tit. ſ. de teſtament. ordinan-
dis.* (paria enim ſunt: aliquid omninò non fieri,
vel minùs ritè & ſolenniter fieri. *l. quoties. 6. ff. qui
ſatisdar. cogant. l. 2. ff. de auctorit. tutor. l. non putavit. 8.
§. non quavis. ff. de bon poſſ. contra. tab. l. quamvis, 8. §.
ſi convenerit. ff. ad SC. Vellejan.*) aut pietatis officium
præteriit, malè exheredando filium, vel prætereun-
do: quo caſu vel initiò irritum eſt; vel per inof-
ficioſi teſtamenti querelam, vel per bonorum poſ-
ſeſſionem contra tabulas, irritum efficitur, *tot. tit. ſ.
de exhered. libror & de inofficioſo teſtam §. quos autem
infr. de bon. poſſeſſionib. tot. t. ff & C. de inoffic. teſtam. d.
l. 1. ff. de injuſto, rupt. irr. fact. teſt. l. 1. l. illud. 4. dict. l.
non putavit. 8. §. à primo. 5. & ſeqq ff. de bon. poſſ.
contra tab.*

Tertiò inteſtatus decedit ſive moritur, cujus te-
ſtamentum ex poſt-facto ruptum irritumve factum
eſt, *hoc principio noſtro.* Quia hoc teſtamentum
licèt jure factum ab initio, poſtea tamen infirma-
tum perinde habetur, atque ſi nullum eſſet, utpote
jam ſublatum. Rumpitur autem teſtamentum ag- 538
natione ſui heredis, ſeu nativitate poſthumi præ-
teriti: irritum fit, capitis deminutione teſtato-
tis, & aliis modis, *de quibus. ſ. tot. t. quibus. mod.
teſt infirm. & tot. t. ff. de injuſto, rupt. irrit. facta te-
ſtamento.*

Poſtremò & is inteſtatus decedit, qui quidem ini-
tiò teſtamentum jure fecit, ſed ex eo nemo heres e-
xiſtit h.e. ex eo nemo hereditatem adit, *per hoc princ.
in fine. l. 1. ff. de ſuis & legit. heredib. d. l. inteſtatus. 64.
ff. de V. S. l. ſiquis poſthumos. 9. §. 2. verſ. ſed & ſi he-
res. ff. de liberis. & poſthum. heredib. inſtit.* Etſi enim 539
reverâ eo tempore, quo hic decedit, teſtatus cen-
ſetur: attamen cùm hæc res tractum quendam ha-
beat, & quodammodo ab herede, qui caput ac fun-
damentum eſt totius teſtamenti, pendeat. *§. ante
heredis. 34. ſupr. de legat.* judicari non poteſt, certum,
ratum, perfectumque teſtamentum eſſe, niſi aditâ
hereditate, propter tritam notamque juris regulam
quâ traditur; vim omnem teſtamenti ſolvi, ſi ne-
mo hereditatem ſubierit. *l. ſi nemo. 9. ff. de teſtamen-
tar. tutel. l. ſi nemo. 181. ff. de regulis jur. l. filium. 20. cir-
ca princip. ff. de bonorum poſſ. contra tabul. l. eam, quam-
vis 14. C. de fideicommiſſis. cum ſimilibus.*

Porrò inteſtatus quis deceſſiſſe in dubio præſu- 540
mitur, non verò teſtatus, *ut docuerunt Alexander, Ia-
ſon, Corneus, Sapia, Bolognetus, Cagnolus, & alii com-
muniter ad l. ſi emancipati. 9. C. de collationib.* Unde
legitimam petens hereditatem, neceſſe non habet
probare, inteſtatum aliquem deceſſiſſe: modò ſe
proximiorem, & à lege vocatum eſſe, demonſtret.
Certum eſt enim, factionem teſtamenti pluribus 541
indigere ſolennibus, quæ in facto conſiſtunt: atque
ideò non præſumuntur. *argum. l. quacunque. 13. §.
ult. ff. de Public. in rem act. l. 1. C. de probationib. l. aſſe-
veratio. 10. C. de non numer. pecun.* Et eâ de re egregiè
diligenterque ſcripſerunt *Franciſcus Mantica lib. 2.
de conjectur. ult. volunt. tit. 1. Didacus Covarruvias
lib. 2. variar. reſolut. cap. 6. n. 5. Menochius de præſum-
ption. lib. 4. præſumpt. 1. Maſcard. de probationib. volum.
2. concluſ. 937. & vol. 3. concluſ. 1352. Petrus Heigius
hic cap. 2. n. 5. cum ſeq. & Fachineus lib. 6. controverſiar.
jur. cap. 46.* Quibus adſtipulantur *Rittershuſius in d.
Expoſitione Nov. Iuſtin. part. 7. cap. 1. n. 6. Treutler. vol.
diſp. 16. th. 1 lit. A. ibique Bachovius pag. 981. cum ſeq.
& Hunnius pag. 190.*

§. Intestatorum. 1. & §. sui autem heredes existimantur. 2.

§. Intestatorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum, primùm ad suos heredes pertinent.

§. 2. Sui autem heredes existimantur (ut suprà dixim⁹) qui in potestate morientis fuerint: veluti filius filiavè, nepos neptisvè ex filio, pronepos proneptisvè ex nepote, ex filio nato prognatus prognatavè. Nec interest, utrùm naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati secundùm divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Necnon eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus: ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum quâ poterat habere conjugium, & ex eâ liberos sustulerit: postea verò affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum eâ fecerit, & filios vel filias habuerit: non solùm eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse; sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus, & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisvè, pronepos proneptisvè, suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse: sive morte id acciderit, sive aliâ ratione, velut emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit: nepos ex eo, suus heres esse non potest. Idque & in cæteris deinceps liberorum personis dictum esse intelligimus. Posthumi quoque, qui si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.

Summaria.

1 *Quæ personæ ab intestato succedant.*
2 *Iure civili novo quot sint succedendi ordines.*
3 *Ratio differentiæ inter jus novum & vetus.*
4 *Potissimum jus est suorum heredum.*
5 *Iure naturæ parentum hereditas debetur liberis.*
6 *Sui heredes, etiam vivis parentibus, quodammodo domini existimantur.*
7 *Sui heredes propriè & verè qui dicantur.*
8 *Adoptivi in plerisq; juris articulis eodem jure censentur, quo naturales.*
9 *Suis heredibus qui connumerentur.*
10 *Legitimatorum liberorum quot genera.*
11 *Vtrùm ad legitimationem per subsequens matrimonium sufficiat, quòd tempore nativitatis liberorum, matrimonium parentes contrahere potuerint: an verò præcisè conceptionis etiam tempus sit attendendum.*
12 *Quatenus is, qui in utero est, pro jam nato habeatur: & num. 16.*
13 *Ingenui qui vocentur.*
14 *Sensus & consideratio l. Paulus. 11. ff. de statu hominum.*
15 *Ecquid legitimatio per subsequens matrimonium dotalia instrumenta requirat.*
16 *Inter suos heredes, quales posthumi referantur.*

Disserit hîc Imp. Justinianus de personis, quæ ab intestato succedunt. Earum autem personarum jure civili veteri, quod ex lege duodecim tabularum defluxit, duo tantum sunt gradus seu ordines: prior suorum; alter legitimorum sive agnatorum, teste Ulpiano *in fragment. Institut. tit. 26. & l. 1. in princip. ff. unde cognati.* & Cajo *libr. 2. Instit. tit. 8.* & Paulo *lib. 4. recept. sentent. tit. 8.* De priori gradu explicatur sub hoc titulo: de altero, sub titulo proximo. Hue accesserunt ex jure Prætorio duo alii gradus: quorum unus est cognatorum: alter viri & uxoris. De illo agetur *infr. tit. de successione cognator.* de hoc verò *in §. sed eas quidem. 4. vers. aliam. infr. de bonor. possessionibus.* Sed jure civili novo tres sunt ordines: descendentium scilicet, ascendentium, & collateralium, *de quibus in Novell. 118. Forster. lib. 3. de successionib. ab intestat. cap. 7. n. 8.* Quibus additur gradus viri & uxoris, item fisci, *ut suprà circa principium hujus tituli uberius explicatum.* Ratio differentiæ juris novi & veteris hæc assignari poterit: quia jure novo spectatur ratio naturæ, & sanguinis: jure veteri inspicitur ratio civilis, quæ est, tum patria potestas, tum jus familiæ, & agnationis, *l. cùm ratio. 7. ff. de bonis damnator. Auth. in successione. C. de suis & legit. liber. Rittershus. ad principium hujus tit. pag. 337.* Cæterùm ad jus antiquum, & id, de quo tractatur in his Institutionib⁹, quod attinet: duo (*ut modò dictum*) sunt successionis ab intestato ordines civiles; suorũ, & agnatorum: & duo Prætorii; cognatorum, & viri uxorisque. De priore ordine civili, videlicet suorum, hoc jus est: intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primùm ad suos heredes pertinere. Ita enim lex ista habuit: *Si intestatus moritur, cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto. Vlpian. d. titul. 26. l. pronunciatio. 195. §. 1. ff. de verbor. significat.*

Ratio,

Ratio, cur primum & potissimum jus sit suorum heredum, hæc est: tum quia jure naturæ parentum hereditas debetur liberis, *l. nam etsi. 15. ff. de inoffic. testam. l. scripto. 7. in fine. ff. unde liberi. l. penult. §. 2. in fin. ff. de bonis libertor. & suprà expositum in principio*
6 *hujus tit. num. 55. & 71.* Tum quia (quæ est ratio civilis) sui heredes, etiam vivis parentibus, quodammodo domini existimantur: adeò, ut hoc dominium post mortem parentum in ipsos continuetur: & non tam hereditatem percipere, quàm liberam bonorum administrationem consequi videantur. *l. 1. §. largius. 12. vers. quia arctandi. ff. de success. edict. §. sui autem. 2. vers. sed sui quidem. f. de hered. qual. & differ. l. in suis. 11. ff. de liberis & posthumis heredib. instit. §. 3. vers. & statim morte, &c. ubi nos latius. infr. hoc tit.*

7 Sui autem heredes propriè & verè sunt liberi, qui in potestate morientis proximi fuerunt, *hic & d. §. sui autem. 2. suprà, de hered. qual. & differ. ubi singula hujus definitionis verba ita copiosè explanata sunt, ut eadem inculcare nihil necesse sit. Eandem definitionem etiam diligenter discussimus part. 1. Disputationum nostrarum ad Institut. Disputat. 26. th. 4.* Nec verò interest, utrùm naturales & legitimi sint liberi, an adoptivi, *hic & l. 1. §. suos. 2. ff. de suis & legitimis heredib. Paul. d. lib. 4. recept. sent. tit. 8. & Cajus d. lib. 2. Instit. tit. 8.*
8 Hujusque ratio est hæc: quoniam adoptivi in plerisque juris articulis eodem jure censentur, quo naturales, id est, ex legitimo matrimonio nati, *§. in plurimis. 8. f. de adoptionibus.* In quibus autem adoptivis hoc obtineat, ipse Justinianus declarat *in §. sed ea omnia. 4. infr. hoc tit.*

9 Suorum porrò heredum loco sunt legitimati, ex constitutionibus Principum, *de quibus hic in vers. quibus connumerari, &c.* & emancipati, ex edicto Prætoris, *de quibus in §. emancipati. 9. infr. hoc tit.*

10 Legitimatorum autem liberorum genera hoc loci exponuntur duo: primum est ex oblatione curiæ; quod introduxit Imp. Theodosius, *l. siquis. 3. C. de naturalib. liber.* quodque hodie in usu amplius non est, *ut indicatum in §. ult. sup. de nupt. numer. 2.* Alterum, quod Constantinus invenit, hodièque viget, est ex subsequente matrimonio, *l. divi. q. C. de naturalib. liberis.* Si quis enim extra figuram conjugii usus est consortio ejus mulieris, cum quâ jure matrimonium contrahere potuit, & postea contraxit: liberi, etiam ante matrimonium contractum, ex eâ suscepti, jus suorum heredum nanciscuntur, legitimique fiunt, *hic & d. §. ult. vers. nec non is, &c. f. de nupt. c. tanta est vis. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Rectè dicimus: *cum quâ jure matrimonium contrahere potuit.* Nam si inter eas personas matrimonium jure subsistere non potuisset, propter impedimentum aliquod juris naturalis, canonici, vel civilis: nuptiæ, quantumvis mutuo consensu contractæ, minimè proficient liberis ad jus legitimorum consequendum, *per hunc textum nostrum, & l. cùm quis. 10. C. de naturalib. liber.*

Sed valde controversum est; utrùm sufficiat, 11
quòd tempore nativitatis liberorum, matrimonium parentes contrahere potuerint: an verò præcisè conceptionis etiam tempus sit attendendum? ut si deportatus, qui civis Romanus non est, rem cum aliquâ habuerit, & postmodum ante nativitatem receperit jura civitatis, num hoc satis sit: etiamsi tempore conceptionis istæ personæ ad nuptias ineundas quæ tantùm inter cives Romanos consistunt, idoneæ non fuerint? Et quidem ut matrimonium ipsius conceptûs tempore contrahi potuerit, præcisè requiri, docuerunt *Cynus ac Paul. Castrens. in l. ex libera. 6. & Salicetus in l. filium. 7. C. de suis & legit. liberis. Anton. de Rosell. in tract. de legimat. tit. de causa materiali legitimat. num. 26. & Sarmientus lib. 1. selectar. interpretat. c. 5. num. 10. & seq.* Verùm ex adverso Hostiensis, *Ioan. Andrea, Anton. Butr. & Cardinal. in d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legit. Didac. Covar. in Epitom. de sponsalib. part. 2. de matrimon. c. 8. §. n. 2. hosque referens Fachineus lib. 3. controversiar. jur. c. 50.* & alii communiter statuunt: tempus conceptionis ad nuptiarum habilitatem non desiderari; si modò nativitatis tempore nuptiæ potuerint inter parentes contrahi. Hæcque sententia (quæ & mihi non di- 12
splicet) probatur ex eo, quòd ita jure cautum est, ut vel conceptionis, vel nativitatis tempus inspiciatur, quatenus scilicet filiorum legitimationi magis expedit: idque liquet primùm *ex l. qui in utero 7. ff. de stat. hom.* ubi Paulus, *Qui in utero est*, inquit, *perin-* 13
de ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partûs quæritur. Si ergo de incommodis ejus agatur, secus erit: atque adeò isto casu pro non nato habendus erit; & nativitatis ejus tempus inspicietur. Secundò id patet *ex §. sufficit. suprà, de ingenuis. & l. & servorum. 5. §. 2. ff. de stat. hom.* ubi textus ita habet: *Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt. Sufficit enim, liberam fuisse eo tempore, quo nascitur; licèt ancilla conceperit. Et è contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat: placuit, eum qui nascitur liberum nasci.* Tertiò idipsum apparet *ex l. nuper. 11. circa fin. C. de naturalib. lib.* ubi Justinian. ita rescripsit: *Et generaliter definimus, & quod super hujusmodi casibus variabatur, definitione certâ concludimus ut semper in hujusmodi quæstionib. in quibus de statu liberorû est dubitatio, non conceptionis, sed partûs tempus inspiciatur. & hoc favore facimus liberorum, ut editionis tempus statuamus esse inspectandum: exceptis his tantummodo casibus, in quib. conceptionem magis approbari, infantium conditionis utilitas expostulat.* Accedit ad ejusdem sententiæ confirmationem textus *præpositi §. nostri. vers. quibus connumerari, &c.* in quo generaliter dicitur; omnes liberos, etiam ante nuptias procreatos, per subsequentes nuptias legitimari: nec distinguitur, an tempore conceptionis matrimonium inter parentes esse, vel non, potuerit. Ergo nec nos distinguere debemus, *arg. vulgata l. de pretio. 8 ff. de public. in rem actione.*

Non

14 Non obstat *l. Paulus.11.ff. de statu homin.* ubi qui ignorante patre ex filia concipitur, illegitimus esse pronunciatur, quamvis mortuo avo suo nascatur: & tamen certum est, avo mortuo potuisse inter patrem nuptias legitimas celebrari. Sed cùm conceptionis tempore non potuerint subsistere nuptiæ: nihil conducit tempus nativitatis. Non obstat, *inquam*, lex illa. Nam in eà de consensu novo nuptiarum legitimè contrahendarum nihil constabat: ideòque meritò responsum est, secundùm facti speciem ibidem propositum; liberos non fieri legitimos. At hoc enim, ut legitimi efficiantur, non tantùm requiritur, ut tempore nativitatis liberorum nuptiæ potuerint contrahi; sed necesse etiam est, ut reverâ per consensum in matrimonium de præsenti sint contractæ & confirmatæ. *Alius leviorib. quæ adduci solent, objectionibus respondit Fachineus. d. lib. 3. capit. 50.*

15 Ut autem legitimatio per subsequens matrimonium valeat: nuptialia sive dotalia instrumenta jure civili omnino exiguntur, *hic & d. §. ult. s. de nupt. d. l. nuper, 11. C. de naturalib. liber. Novell. 12. c. 4 & Novell. 18. cap. 11.* Iure verò pontificio & moribus nostris illa non requiri, plerisque placuit, *d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Wesenbecio *hic in d. vers. quibus connumerari. numer. 6.* & Mynsingero *num. 8.* Covarruv. *d. Epitom. de sponsalib. part. 2. c. 8. §. 2. nu. 8.* Hieron. de Cævallos *in specul. aur. commun. opin. cont. comm. qu. 591.* & aliis, *tum per eos tum per nos designatis supr. d. §. ultim. de nupt. numer. 4.* Cæterùm præter istos duos, hoc loco relatos, legitimandi modos, sunt & alii, *de quibus videatur Novell. 89. per tot. & de iis explicatiùs tractatum est suprà in jam allegato §. ult. de nupt. num. 36. cum seq. & s. in principio hujus t. nu. 271. & subsequentibus.*

16 Denique inter suos heredes non solùm nati, sed etiam posthumi referuntur illi, qui si vivo parente nati essent, in ejus potestate fuissent, primumque gradum obtinuissent, *hic in fine, & l. 3. ff. de injusto. rupt. irrit. facto testam.* Ejusque ratio est perspicua: quia posthumi, sive ii, qui sunt in utero, pro jam natis habentur, cùm de ipsorum commodo agitur, *prædictâ l. qui in utero. 7. & 26. ff. de stat. homin. l. vel si vivo. 7. ff. de suis & legit. heredib. l. cùm quidem. 30. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. heredit. & dictum suprà initio hujus tit. numer. 60.*

§. Sui autem heredes fiunt 3.

§. 3. Sui autem heredes fiunt etiam ignorantes: & licèt furiosi sint, heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur: ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium: & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis; cùm etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas. Nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.

SUMMARIA.

1. *Extranei heredes qui dicantur.*
2. *Sui sine ullà aditione, etiam ignorantes & inviti, heredes fiunt: ejusque ratio.*
3. *Quæ ipso jure fiunt, nobis etiam invitis & ignorantibus fiunt.*
4. *Morte parentis dominium rerum paternarum continuatur in suos heredes.*
5. *Unius rei dominium penes duos in solidum esse nequit.*
6. *An possessio in suum heredem absque ulla apprehensione continuetur.*
7. *Possessio animo & voluntate retinetur.*
8. *Animus & voluntas morte finitur.*
9. *Quid in heredem transfundatur.*
10. *Sui non dicuntur adire hereditatem, sed se ei immiscere.*
11. *Suitas non plus operatur in suo, quàm aditio in extraneo.*
12. *Fictio in iis, quæ facti sunt, locum non habet.*
13. *Pater & filius eadem penè persona esse reputantur.*
14. *Ratio differentiæ inter dominium & possessionem.*
15. *Intellectus l. cùm miles. 30. ff. ex quibus caus. majores, &c.*
16. *Sine possessione usucapio non contingit.*
17. *Usucapio quatenus ante aditam hereditatem impleatur.*
18. *Sententia l. 2. C. de usucapione pro herede.*
19. *Viventis nulla est hereditas.*
20. *A proprietate verborum non facilè recedendum.*
21. *Non quid dictum, sed quà mente dictum sit, perpendendum.*
22. *Verborum prior, rerum potior vis atque potestas.*
23. *Sensus verus l. 2. §. 1. vers. filium. ff. pro herede.*
24. *Res immobilis tradi non potest.*
25. *Nihil refert, quid ex æquipollentibus fiat.*
26. *Explicatio l. gerit. 88. ff. de acquir. vel omitt. heredit.*
27. *In toto & pars continetur.*
28. *Quis pro herede gerere dicatur.*
29. *Conciliatio l. per procuratorem. 8. C. de acquir. possess. cum l. naturaliter. 12. ff. eod.*
30. *Nicolaus de Passeribus à Genoa, impudentiæ arguitur & convincitur.*
31. *An & quatenus interdictum unde vi heredibus competat.*
32. *Possessio rerum etiam feudalium à patre in filium non ipso jure migrat, sed apprehensione indiget.*

ETsi heredes extranei (quicunque scilicet non subditi sunt potestati testatoris, *§. cæteri. 3. sup. de hered. qualit. & differ. Forster. lib. 2. de successionibus. cap. 18. numer. 55. & seq.*) necesse habent adire hereditatem, hæcque iis ignorantibus atque invitis non acquiritur, *l. nemo. 17. cum ll. seq. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* 1

heredit. & expoſitum eſt ſuperius in §. in extraneis. 4. & §. extraneus autem. 5. & §. final. de hered. qualit. &
2 *different.* tamen ſui ſine ullâ aditione heredes fiunt, etiam ignorantes & inviti, *hoc §. & l. lege Cornelia. 12. ff. qui teſtam facere poſſ. l. 1. §. qui ſunt. 7. ff. ſi quis, omiſſa cauſa teſtamenti, &c.* Cujus ratio eſt: quia ſui ipſo jure, hoc eſt, legis ipſius vi ac poteſtate, nullo hominis intercedente facto, heredes conſtituuntur & exiſtunt. *l. in ſuis. 14. ff. de ſuis & legit. heredib. l. ſi fratris. 3. ibique Gothofred. ad lit. t. C. de jure deliber. Iul. Paul. libr. 4. ſentent tit. 8. §. qui ſui heredes &c. Donellus libr. 7. Commentar. de jure civil. cap. 2.* Quæ
3 autem ipſo jure fiunt: nobis etiam invitis & ignorantibus fiunt, *ſicut explicatum in §. item vobu. ſup. per quas perſon. cuique acquirit. & notat hic, D. Giphan.* Itaque & furioſis, & infantibus, & peregrinantibus modò ſuis, ut hereditas, ita & legata, & fideicommiſſa, & actiones, acquiruntur, *l. ſi à furioſo. 12. ff. de reb. credit. l. ſi à furioſo. 24. & l. furioſus. 46. ff. de obligat.*
4 *& act. Paul. loco ante allegato.* Et ſanè ſtatim morte parentis dominium rerum hereditariarum ſeu paternatum continuatur in ſuos heredes, *per hunc textum*: quaſi ſcilicet vivo adhuc parente domini ſint, *l. in ſuis 11. ff. de liberis & poſthumis. &c.* Rectè, *quaſi*,
5 Reverâ enim non ſunt domini, vivo adhuc patre: ſed ſolus pater verè dominus eſt: quoniam unius rei dominium penes duos in ſolidum eſſe non poteſt, *l. ſi, ut certò. 5. ult. ff. commodati.*

6 Perelegans & egregia hoc loco examinanda occurrit quæſtio: Anne ſicuti dominium, ita & poſſeſſio in ſuum heredem abſque ullâ apprehenſione continuetur? Et (quicquid in contrarium adſerant Coraſius *lib. 6. Miſcellan. jur. civil. c. 12.* Duarenus *ad t. ff. de liber. & poſth. c. 3. pag. mihi. 459.* & Forſter. *d. lib. 2. de ſucceſſionib. c. 4. num 17. & ſeqq.*) ſententiam negantem à veritatis tramite non alienam eſſe, omnino perſuaſum mihi habeo, *per textum in l. cùm heredes. 23. in princ. ff. de acquir. vel amitt poſſeſſ.* ubi his verbis à IC. Iavoleno reſponſum eſt; *Cum heredes inſtituti ſumus: aditâ heredit ate, omnia quidem jura ad nos tranſeunt: poſſeſſio tamen, niſi naturali-*
7 *ter comprehenſa, ad nos non pertinet.* Et ratio non obſcura eſt: Tum quia poſſeſſio animo & voluntate retinetur, *l. 3. §. ſed & ſi animo. 7. l. clam poſſidere. 6. in fin. l. ſi id. 25. §. ult. l. qui univerſas. 30. § quo per colonum. 5. ff. de acqui. vel amitt poſſ. l. licèt. 4. C. eod.* Ani-
8 mus autem atque voluntas defuncti morte finitur, *l. locatio. 4. ff. locati. c. ſi gratioſè. 5. ext. de reſcript. lib. 6.* E. animo & voluntate extinctâ, etiam poſſeſſionem extinctam cenſeri, proindeque continuati non poſſe, dicendum eſt, *l. furtum. 37. § ff de uſurpat. & uſu-*
9 *cap.* Tum quia in heredem id duntaxat transfunditur, quod eſt hereditatis, *l. 1. §. Scævola. 15. ff. ſi quis teſtamento liber eſſe juſſus. &c. l. omnia ferè. 193. ff. de reg. jur.* Sed poſſeſſio non eſt hereditatis, *d. l. 1. §. Scævola. ff. ſi quis teſtamento, &c.* Igitur in heredem non transfunditur: & conſequenter novâ apprehenſione opus habet, ſive heres ſuus ſit, ſive extraneus, *d. l. cùm heredes. 23. in princ. ff. de cap. vel amitt. poſſeſſ.* Nec quicquam obeſt, ſi objiciatur, in hac lege 23. aditionis mentionem fieri: ibi, *aditâ hereditate*: hocque verbum propriè extraneorum eſſe: cùm ſui non dicantur adire hereditatem, ſed ſe ei immiſcere. *d. §. extraneus autem. 5. ſ. de hered. qualit. & differ. l. 3. §. fin. & l. ſeq. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur*; Nam licèt verbum *aditionis* propriè ad extraneos ſpectet: hìc tamen in latiori ſignificatu etiam ſuos heredes complectitur. Neque enim minùs ſuus, quàm extraneus, hac in parte apprehenſione poſſeſſionis indiget: cùm ratio, quæ in utroque eſt eadem, idem etiam jus in utroque efflagitet, *l. illud quæſitum. 32. ff. ad leg. Aquil.* Et paſſim in jure noſtro differentiam inter aditionem & immiſtionem confundi, in confeſſo eſt, *d. l. ſi fratris. 3. C. de jure deliber. cum ſimilibus.* 10

Præterea ſuitas (*ut loquuntur*) non plus operatur in ſuo, quàm aditio in extraneo, *arg. l. ſi is, qui pro emptore. 15. ff. de uſurp. & uſucap.* Atqui heredes extranei nequidem hereditate aditâ poſſident, *d. l. cùm heredes. 23. ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* Ergo nec ſui heredes virtute ſuitatis poſſidebunt. Et quamvis contrariæ opinionis patroni hanc ipſam rationem ita diluere conentur, ut dicant: eam obtinere reſpectu acquiſitionis dominii, non etiam poſſeſſionis, quaſi ſuitas plus roboris virtutiſque habeat in ſuo, quoad poſſeſſionem: neſcio tamen, an iſthæc diſtinctio juri undiquaque conveniat. Nullâ etenim lege eam probari poſſe crediderim: neque hic noſtrum eſt diſtinguere, cùm leges inter ſuum & extraneum heredem non diſtinguant, *arg. l. de pretio. 8. ff. de public. in rem act.* Confert quoque huc, quòd fictio in iis, quæ facti ſunt, in poſſeſſione, locum non habeat, *l. deniq. 19. ff. ex quibus cauſ. major. in integr. reſtit. l. §. 1. l poſſeſſionem. 29. ff de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Quòd autem filius, mortuo patre, poſſidere intelligatur, non niſi per fictionem dici poteſt: cùm pater & filius eadem penè perſona eſſe reputentur, *l. ult. C. de impub. & aliis ſubſtitut. Novell 48 in princ. §. ſi quis aliq. 4. in fine. infr. de inutilib. ſtipul.* Nec movet, ſi regeratur; fictionem etiam in iis, quæ in facto conſiſtunt, habere locum: veluti, lex fingit, defunctum apud hoſtes, ante captivitatem occubuiſſe, *§. fin. ſ. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. l. lege Cornelia. 12. ff. qui teſtam. fac. poſſ* reverſum ab hoſtibus, ſemper in civitate fuiſſe, *§. ſi ab hoſtibus ſ. quib. mod. jus patr. poteſt. ſol.* in utero exiſtentem, jam natum eſſe, *l. qui in utero. 7. ff. de ſtatu hominum.* mortuum pro ſalute Reipublicæ, in perpetuum vivere, *§. 1. ſ. de excuſationib. tutor. & his ſimilia.* Eo enim ipſo, quòd illa jure concedente & permittente fiunt, efficitur: fictionem privatâ auctoritate factam nihil operari. Nullibi verò in jure noſtro expreſſum eſt, filios vivo patre naturaliter poſſidere. Ratio porrò differentiæ inter dominium & poſſeſſionem, cur illud in heredem ſuum continuetur, hæc non item, in promptu eſt: quia dominium in jure, poſſeſſio in facto conſiſtit, 11 12 13 14

consistit, *d.l.1.§.furiosus.3.& d.l.possessionem.29.ff. de acquir. vel amitt. possess.* Iam verò quæ sunt juris facilè ab uno transeunt in alium : quæ sunt facti, non item, *arg. l. qui heredi. 44. in princip. ff. de condit. & demonstr. & l. quod ditimus.231.ff. de verb. signif.*

15 Non adversatur Pauli sententia, qui disertè ait, possessionem defuncti, quasi junctam, descendere ad heredem, adeòque apprehensione opus non esse, *l. cùm miles.30 ff. ex quib. caus. majores, &c.* Nam possessionis vocabulum ibi impropriè pro usucapione positum est, *ut & in d.l.denique 19.ff.eod.t.* idque ex illis textus verbis satis evincitur : *& plerunque nondum hereditate aditâ, completur.* Quæ verba de usucapione, tanquam ipsius possessionis effectu, intelligenda esse, sole illustrius est : quia vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem intercessit, ad usucapionem complendam heredi procedit. *l. nunquam.31.§.vacuum.5.l.cœptam.40.ff.de usurpat.*
16 *& usucap.* Nec infringit hanc responsionem, quòd sine possessione usucapio contingere nequeat, *l. sine possessione.25.ff.d.tit.c.sine possessione.3.ext. de reg. jur. in 6.* per rerum autem naturam fieri non possit, ut hereditas jacens, hoc est, quæ nondum adita est, vel per se, vel per alios possideatur ; cùm animo careat, factorumque sit incapax, *l.1.§. Scævola. ff. si u. qui*
17 *testam. liber esse juss. erit, &c.* Etenim id jure & ratione singulari receptum est : ut etiam ante aditam hereditatem usucapio impleatur, *l. justo.44.§.nondum 3.ff. de usurp. & usucap.* dummodo tempore medio ab alio possessa non fuerit, *l. possessio.20.ff.eod.* Quia enim ante aditionem nihil heredi (qui jure secum deliberat, consultumnè sit, hereditati se immiscere, quæ fortè plus damni, quàm commodi adferre possit) imputari potest, quare possessionem non apprehenderit : æquitatis causâ, adversus rigorem juris, introductum est ; ut hereditas tantisper defuncti personam sustineat ; & aditio hereditatis retrotrahatur, temporique mortis defuncti ; ad continuandam possessionem, conjungatur, *§. diutina. 12. sup. de usucap. l. heres. 22. dict. l. justo. 44. §. nondum. 3. ff. dict. titul.*

Nec prætereà urget, si quis ulterius instando replicaret ; prædictam *l. cùm miles. 30. ff. ex quib. caus. majores, &c.* non de usucapione, sed de possessione, prout verba sonant, esse accipiendam : propterea
18 quòd ab Impp. Diocletiano & Maximiano rescriptum sit; nihil pro herede usucapi posse, suis heredibus existentibus, *l.2.C.de usucapione pro herede.* Nam Impp. ibidem non dicunt suum heredem usucapere non posse pro herede: sed potius dicunt, suis existentibus heredibus, nihil posse pro herede usucapi, sci-
19 licet ab extraneo. Ut enim viventis nulla est hereditas, *l. 1. ff. de heredit. vel act. vendit.* ita etiam quamdiu sui heredes existunt (quorum potissima causa est *ut in §.1. supr. hoc tit. audivimus*) non potest ullus alius ad pro herede usucapionem admitti: cùm hereditas ipso jure jam antè adita à suis heredibus intelligatur, *d.l.in suis.14.ff. de suis & legit. heredibus.* usque adeò, ut sine herede non sit, qui suum heredem, licèt abstinentem se, relinquit, *l. cùm, quasi. 30. §. sed. & si. 10. ff. de fideicommissar. libertat. Et de sensu istius legis 2. C. de usucap. pro herede explanatius dictum est ad principium tit. supr. de usucap. num. 122. & seqq.* Et quamvis *d.l. cùm miles.* possessionis mentionem faciat, 20
& à proprietate verborum non facilè recedendum sit, *l. non aliter. 69. ff. de legat. 3.* ita tamen verba exaudiri oportet, ut materiæ subjectæ inserviant, 21
arg. l. insulam. 6. ff. de præscript. verb. Neque enim quid dictum scriptumve, sed quâ mente dictum scriptumve sit, perpendendũ est. *l. penult. ff. ad exhibend.* Verborum igitur ut prior; ita rerum seu mentis 22
præstantior vis est, atque potestas, *l. Labeo. 7. §. ult. ff. de supellectile legat. l. non dubium. 5. C. de ll. l. si tre oportet.13.§.aliud. vers. sed et si. ff. de excusation.*

Rursus non obest, quod Iulianus ex Servio refert: 23
naturalem possessionem, vivo patre, penes filium esse. *l.2.§.1. vers. filium. ff. pro herede.* Id enim ad eum respicit casum, quo filius rem à patre sibi donatam & traditam apprehendit ; ac proinde cùm, vivo adhuc parente, rei donatæ possessionem sit consecutus: novâ apprehensione, eo mortuo, opus non habet. Et sanè eum in casu *dictæ l. 2. §. 1.* filius pro donato, & non pro herede possideat: inde infallibiliter sequitur, ibidem possessionem defuncti in filium, tanquam suum heredem, non fuisse ipso jure continuatam, & successione acquisitam. *Timeus Faber Disput. 16. ad Institut. Imperial. th. 10.*

Similiter non obstat, possessionem aliquando etiam absque corporali apprehensione acquiri posse, 24
non secus ac dominium : præsertim cùm res immobilis, ut hereditas, tradi non possit. *l. 1. §. si jusserim. 21. l. quod meo. 18. §. si venditorem. 2. ff. de acquir. vel amitt. poss. cum simil.* Nam idem est, sive naturalis fiat apprehensio, sive tale quid interveniat, quod pro naturali apprehensione habetur, *legibus modò allegatis,*
& l. quarundam. 51. ff. eod. tit. Nihil siquidem refert, 25
quid ex æquipollentibus fiat. *l. fideicommissa. 11. §. si cui. ff. de legat. 3.* Regulariter ergo naturalis requiritur apprehensio, idque in rebus mobilibus ut plurimùm : sed in immobilibus & incorporalibus patientia est loco traditionis. *l.1.§. fin. ff. de servit. præd. rustic. l. si ergo. 11. §. 1. ff. de Public. in rem act. l. 3. §. si iter. & ibi Gothofred. ff. de actionib. empt.* Quæ omnia non solùm in illis obtinent rebus, quæ primò occupanti adjiciuntur. *§ illud quæsitum. 13. J. de rerum divisione, &c.* verùm etiam in jam acquisitis, *per textum expressum in l. qui universas. 30. §. quod per colonum. ff. de acquir. vel. amit. possess.* ubi Paulus in hunc modum respondit: *Quod ego per colonum possideo: heres meus, nisi & ipse nactus fuerit possessionem, possidere non poterit. Retinere enim animo possessionem possumus: adipisci non possumus.*

Hoc ampliùs non obsistit *l. gerit. 88. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* ubi idem Paulus inquit, 26
possessionem esse in hereditate. Iam autem omne id, quod

quod hereditatis est, ad heredes transit, *l. nihil est aliud.24.ff.de verborum significat.l.omnia.193.ff.de re-*
17 *gulis juris.* Quæsita ergò hereditate, tanquam aliquo toto: utique & possessio, vel ut pars ejus, necessariò acquisita videtur. Siquidem in toto & pars continetur, *l.si quis.7.ff.de except.rei jud.l.in toto.113. ff. de reg. jur.* Non obsistit, *inquam.* Paulus enim impropriè dicit, possessionem esse in hereditate: cùm facti sit, & mortuo possessore evanescat: ac proinde omnino apprehendi ab herede debeat, *ut supr. demonstravimus.* Declarat autem illic Iurisconsultus,
18 quisnam pro herede gerere dicatur: & ait, etiam eum gerere pro herede, qui animo agnoscit successionem, tametsi nihil attingat hereditarium. Jam verò dubitabatur de domo pignori datâ defuncto, quam constat inter corpora hereditaria non referri. *l. & non tantum.29.in prin. ff.de petit.heredit.* quærebatur, *inquam*: utrùm is, qui domum pignori datam, sicut hereditariam, retinuit, pro herede gessisse videretur? Et Iurisconsultus decidit, eum gessisse pro herede. Ratio decisionis sumitur *ex l.si quis extraneus.21.§ 1.ff.de acquir.vel.omitt.heredit.* quia interdum animus solus quem obstringit hereditati: ut putà si re non hereditariâ quasi heres usus sit. Licèt ergo domus illa oppignorata, non fuerit ex corporibus hereditariis; tamen qualisqualis ejus possessio fuit in hereditate: hoc est, tamen illa retentio gestionem pro herede arguit.

29 Pariter nihil ad rem pertinet, quòd Imperatores asserunt: proprietatem à possessione separari non posse, *l. per procuratorem 8. C.de acq. & retinend. possess.* Nam id ad subjectam & propositam facti speciem referendum est. Venditor enim habens proprietatem & possessionem rei, vendidit eam rem procuratori, ut & proprietas & possessio simul emptori acquireretur; hocque respectu lex dicit, proprietatem à possessione non posse separari. Quâ lege ita breviter explicatâ, ei non repugnat Ulpianus *in l. naturaliter.12.§.1.ff. eod.tit.* ubi ait: proprietatem cum possessione nihil commune habere. Quia hoc vult dicere: qui rem vindicat, non renunciat ejus possessioni. Non igitur sunt eadem proprietas & possessio. Si namque idem essent: renuncians rei vindicationi non posset agere possessorio. Aliàs verò expeditum est, proprietatem & possessionem nonnihil commune inter se habere. Utraque enim per easdem personas acquiritur. *§. item vobis.3.vers. non solum.& §. de iis.4.vers.non solum autem.supr. per quas personas cuiq;*
30 *acquirit.* & à possessione dominium incipit. *l. 1. §.1. ff de acq.vel amitt.possess. &c.* Illud hic omittere non possum, quòd Nicolaus de Passeribus à Genoa, *in conciliat.functar.legum.part.2.sub tit. Anton.Govean. &c.pag.991. edit.2. num. 55. & seqq* imprudenter & impudenter dicat: me contrarietatem quandam statuere inter *d. l. naturaliter. 52.§.1.ff. de acquir. vel amitt.possess. & d.l.per procuratorem.8.C.eod tit.* Contrarium quippe ex meis verbis hoc loco positis evidentissime constat. Expresse etenim ajo: *Non repugnat Vlpianus, &c.* Ergo ille proculdubio somniavit, non ego: qui ubique in meis Scriptis inculco nullam in jure extare tantam contrarietatem, quæ conciliari non possit. *l.1.§. nulla.8. & l. 2. §. contrarium.15. C. de ver. jur. enucl.*

Nihil denique refragatur *l.1.§.hoc interdictum.44. ff.de vi arm.* ubi scriptum est; heredibus competere 31
interdictum unde vi: quod interdictū recuperandæ possessionis esse, apertissimi juris est, *d.l.1. §.1.ff.d. tit. §.recuperanda.6. infr.de interdict.* Recuperamus autem possessionem, quam antea habuimus. Unde videtur dicendum, heredem aut superstite defuncto possedisse, aut morte ejus possessionem ad illum continuò transivisse. Hoc, *inquam*, nihil refragatur. Namque heres eo interdicto experitur non ex personâ suâ: cùm nec superstite defuncto possederit; nec post illius obitum possessionem apprehenderit, quam alius occupaverat: sed ex personâ defuncti. Quinimò cùm actio ista in bonis defuncti fuerit: meritò ab herede, tanquam universi juris successore, intentari potest. *d.l.nihil est aliud. 24.ff.de verborum significat. & l.heres.37.ff. de acquir.vel omitt. heredit.* Ex quibus omnibus tandem conclusum relinquitur: possessionem defuncti in filium, sive suum heredem, non nisi naturaliter apprehensam, continuari. Et sic, *post Bartol.in d.l. cùm heredes. 23. ff. de acquir. vel. amitt. possess. aliosque plurimos à se citatos, sentit Tiraquellus in tract. Lemort. saisit. le vif. in praefat.declarat. 3. num. 6. Roland. à Valle consil. 46. num.26.& seqq.vol.2. Viglius ad §. sui autem. num. 5. supr. de heredum qual. & differ. Giphanius hic in vers. & statim morte parentis, &c. Cujacius ad dict. leg. in suu.11. ff de liber. & posthum. &c. Boreh. in Commentar.ad tit.ff.de acquir. vel amitt. possess.cap.8. num. 26. Bocerus class. 3. Disput. 11. th. 10. edit. 2. Goeddaeus ad dict. leg. nihil est aliud. 24. ff. de verborum significat. num.18.& seq. Bronhorst. centur. 2. ἐναντιοφανῶν assert.64 edit.1. Arumaeus Exercitat. Iustin. 10. in corollar. & Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civ. tractat.5. quaest. 28. pag. 597.& seq.* Quæ conclusio non so- 32
lùm in possessione rerum patrimonialium; sed feudalium etiam locum habet. Nam & harum possessio a patre in filium non migrat ipso jure: sed facto, hoc est, apprehensione opus est. *Atque ita in Camerâ Imperiali judicatum fuisse, testatur Mynsinger. hic numer. 4. & Gail.lib. 2. obs. 129. & 152.* Adde Doctorem Martam *tom. 3. digestorum novissimorum.tit. possessio. cap. 84. & seq fol. 257.* ubi scribit, frequentius decisum esse: valere consuetudinem sive statutum quòd possessio rerum hereditariarum ipso jure in heredem suum sine apprehensione transeat; ita ut heres post mortem defuncti statim in dominio & possessione rerum omnium, hereditario jure obvenientium succedat.

§. Interdum. 4. cum §. seq.

§. 4. Interdum autem, licèt in potestate parentis mortis tempore suus heres non fuerit; tamen suus heres parenti efficitur: veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui. Jus enim postliminii hoc facit.

§. 5. Per contrarium autem hoc evenit, ut licèt quis in familiâ defuncti sit mortis tempore; tamen suus heres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim heredem habere non potest, cùm fiscus ei succedat: sed potest dici, ipso quidem jure suum heredem esse, sed desinere.

SUMMARIA.

1 *Sui heredes sunt, qui in potestate morientis proximi fuerunt: hujusq; exceptio.*
2 *Quo casu is, qui tempore mortis in familiâ & potestate defuncti existit, postea in potestate, adeoque suus heres esse desinat.*
3 *Utrùm filia, cujus pater criminis læsæ majestatis est damnatus, ad successionem ejus, fisco excluso, admittatur.*
4 *Odia sunt restringenda, favores ampliandi.*
5 *A communi opinione non facilè recedendum.*
6 *Filia eorum, qui læsæ majestatis crimen patrârunt, legitimam tantum ex bonis matris innocentis consequi possunt.*

1 Hic locus ad definitionem sui heredis pertinet, in quâ dictum est: suos heredes esse, qui in potestate morientis proximi fuerunt. Ejus exceptio hîc affertur, quâ interdum suus est heres, qui in potestate morientis non fuit: veluti, filius ab hostibus captus, in potestate parentis, mortis tempore non est: & tamen post mortem patris reversus, suus heres efficitur. Ratio hujus exceptionis est: quia jure postliminii is fingitur apud hostes nunquam fuisse; sed in potestate patris semper mansisse. *§. si ab hostibus. 5. J. quib. mod. jus patr. potest. solvitur. l. retrò. 16. ff. de captiv. & postlim. revers. Paul. lib. 4. receptar. sent. t. 8.*

2 Sic è contrario usu venire solet: ut, qui tempore mortis in familiâ, id est, potestate defuncti existit, postea in potestate, adeoque suus esse desinat: putà si post mortem suã pater læsæ majestatis vel perduellionis reus judicatus, atque ita memoria ejus damnata fuerit. Hoc casu filius ipso quidem jure post mortem patris incipit esse suus heres: sed post damnationem heres esse desinit: eò quòd omnia patris defuncti bona fisco vindicantur. *§. per contrarium. 5. h. t. l. t. §. interdum. ff. de suis & legit. hered. l. ultim. ff. ad l. Iul. majest. & l. quisquis. 5. C. eod. tit.* Quòd si verò pater vivens adhuc læsæ majestatis damnatur: filius omninò non fit suus heres. Quinimò hac specie filius non modò non suus heres efficitur: sed prorsus à patris hereditate, utpote quæ applicatur fisco, excluditur. *d. l. quisquis. 5. C. ad l. Iul. majest.*

Quæstionis autem est: num etiam filia isto casu patri succedere non possit? Et communis opinio est: filiam, cujus pater criminis læsæ majestatis est damnatus, ad successionem ejus, fisco excluso, admittendam esse. Ejusque probabilis est ratio: quia *dict. l. quisquis. 5. C. d. tit.* de filiis tantùm loquitur: proindeque ad filias extendi non debet, propter tritam regulam illam: quòd odia restringenda sint, favores ampliandi, *l. cùm quidam 19. ff. de lib. & posth. c. odia. 15. de R. I. in 6. Grass. lib. recept. sent. §. successio ab intestato. q. 5. Clar. lib. 5. sent. §. læsa majest. n. 10. & 12.* Sed licèt à receptâ hac sententiâ non sit in judicando & consulendo facilè recedendum, *arg. l. 1. vers. sanè crebrior. ff. de offic. quæstor. l. minimè. 23. & l. si de interpretatione. 37. ff. de ll.* tamen disputandi causâ tentari poterit, illam à juris veritate videri alienam, *per d. l. quisquis. 5. §. ad filias. 3. C. ad l. Iul. majest.* ubi Impp. Arcadius & Honorius disertè ajunt: filias eorum, qui læsæ majestatis crimen perpetrarunt, posse tantum legitimam ex bonis matris innocentis consequi: atque ita haud obscurè innuunt filias à patrum successione omnimodo arcendas esse. Cùm enim matri, quæ nihil deliquit, succedere nequeant: quomodo patri, qui læsæ majestatis reus est, succedere poterunt? Præterea *in eodem §. ad filias.* dicitur: filias ex bonis maternis legitimam obtinere, ut se alere possint. Ergo præsupponitur, eas minimè succedere patri læsæ majestatis reo. Nam si huic succederent: haud difficulter ipsis alimenta ex ejus hereditate suppeterent. Verùm confer cum his, quæ traduntur *in §. publica autem. 3. num. 52. infr. de publ. judic.*

The marginal numbers 3, 4, 5 and 6 in the right margin stand beside the lines "Quæstionis autem est…", "l. quisquis. 5. C d. tit. de filiis…", "Sed licèt à receptâ…" and "ubi Impp. Arcadius…" respectively.

§. Cùm filius. 6.

§. 6. Cùm filius filiàve, & ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad hereditatem avi vocantur: nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptisve sit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisve: simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere: conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi; ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam.

Item

Item si ex duobus filiis nepotes neptesúe existant, ex altero unus fortè aut duo, ex altero tres aut quatuor: ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel ad quatuor altera dimidia.

Summaria.

1 *Nepos ex filio præmortuo, unà cum patruo suo ad hereditatem avi æqualiter admittitur.*
2 *Ius successionis sive repræsentationis unde profectum eiusque ratio.*
3 *Illud jus in quo ordine inveniat locum.*
4 *Principatus & regna plerunque sunt individua.*
5 *Hereditas inter liberos diversi gradûs, non in capita, sed in stirpes partienda.*
6 *Quæ hereditas in capita, quæ item in stirpes dividi dicatur.*
7 *Isthæc duplex hereditatis divisio quibus quæque earum in casibus locum habeat.*

1 EXplicat hìc Justinianus duo insignia juris capita: quorum primum est, de successione nepotum in locum filiorum: alterum est, de divisione hereditatis in istâ successione. Primum quod concernit; certum est, nepotem neptemvè ex filio præmortuo, unâ cum filio superstite nempe patruo suo, ad hereditatem avi æquâ ex parte admitti, sive nepotem succedere in locum filii, *hîc & §. penult. infrà h. tit. l. 1. §. si filius. 4. ff. de suis & legit. hered. l. 2. & 3. C. de suis & legit. liber. Cajus. lib. 2. Instit. t. 8. & Vlpian. tit. 26. §. 1.* Finge: Sempronius duos habet filios: Mævium & Pamphilum. Moritur Mævius relicto filio, id est nepote Sempronii. Postea moritur etiam Sempronius de cujus hereditate contendit Pamphilus, & Mævii filius, hoc est, nepos. Pamphilus enim, ut filius & gradu proximior, nepotem, tamquam gradu remotiorem, vult excludere, solusque hereditatem Semproni habere. Sed inquit Imperator: pariter eos vocari, & nepotem in locum patris sui Mævii succe-
2 dere. Quod jus successionis, sive (*ut vulgò vocant*) repræsentationis ex duodecim tabul. profectum est, *d. §. penult. infr. hoc tit. & d. l. 3. C. de suis & legit. liber.* Ejusque juris ratio est æquitas naturalis. *d. l. 1. §. si filius. ff. de suis & legit. hered. lib.* Unde & Justinianus hic ait: *æquum esse videtur, nepotes neptesvè in patris sui locum succedere.* Ideòque videtur stricto jure aliud dicendum, ut nimirum nepos à filio excludatur. Eâdem ratione pronepos proneptisve ex nepote demortuo, unâ cùm nepote neptevè ex filio æquis ex partibus succedit, *hoc § nostro. vers. pari ratione, &c. & l. 1. §. liberos. 7. ff. de conjungend. cum emancipato liberis ejus, &c.* An verò etiam abnepotes in parentum suorum, id est, pronepotum defunctorum locum admissi, cum aliis pronepotibus, nepotibus, & filiis abavo suo succedere possint, necne, latè expositum est *sup. in princ. hujus tit. num. 69. & seq.*

Illi porrò successionis sive repræsentationis juri 3
locus est tantùm in ordine descendentium seu liberorum. *l. consanguinitatis. 3. ibique Gothofred. C. de legit. hered.* & novissimo jure etiam in ordine agnatorum sive collateralium, sed uno solummodo casu, putà in filiis fratrū, cum patruo concurrentib⁹ in successione patrui defuncti, *Nov. 118. c. 3. Goth. & Wesenb. hic. n. 2. & 3, Valentin. Riemer. decad. 8. q. illustr. 4. Franzkius. exercitat. jurid. 9. quæst. 7. & 8. pag. 238. cum seqq. & attigimus sup. ad dict. princ. hujus tit. num. 92.* Et hæc quidem sunt indubitati expeditique juris, in successionibus privatis. Cæterùm in divisione ac successione regnorum & principatuum, de isthoc repræsentationis jure ingentes olim fuerunt pugnæ, & fre-
quentes controversiæ. Nec profectò sine ratione. 4
Nam principatus & regna plerunque sunt individua ita ut si duo sint filii, ad alterùm duntaxat regni successio deferatur: *quâ de re videantur Andreas Gail. lib. 2. obs. 153. D. Martin. Rümelin. part. 1. ad Aur. Bull. Carol. IV. dissertat. 6. in Coroll. ibique Speidel. in addit. ad lit. a. pag. 188. & seqq.* Finge igitur: Rex duos habet filios: quorum major natu moritur ante patrem, relicto filio. Pòst rebus humanis etiam ipse Rex excedit. Contētio oritur de successione regni inter filium Regis secundum, & nepotem ex primo. Si regnum divisionem reciperet; uterque succederet: & (*ut in h. §. nostro dicitur*) pariter æquabiliterque ad hereditatem vocarentur. Sed quia regna (*ut dictum*) ferè semper individua sunt: vehementer dubitatur, uter alterum excludat? Moribus tamen magis obtinuit, ut nepos ulterior, cùm in locum patris sui succedat, filium proximiorem jure hoc repræsentationis removeat. *Egregiè Hotom. in libr. quæst. illust. q. 3. & hac de re abundè dissertavimus sup. ad princ. tit. nostri. num. 81. & multis seqq.*

Atq; hæc de priori §. *hujus* capite. Alterum est, de 5
divisione hereditatis paternæ inter liberos diversi gradus. Quæ quidem hereditas inter eos non in capita, sed in stirpes dividenda est, *hic & §. ult. infr. hoc tit. l. 2. C. de suis & legit. liber. Cajus. d. lib. 2. Instit. t. 8. Vlpian. d. t. 26. Paul. lib. 4. recept. sent. t. 8. §. filij, &c.*
In capita autem dividi dicitur hereditas, quæ in por- 6
tiones viriles; sive tot in partes, quot sunt capita, id est, personæ succedentium, dividitur: ut singulis personis singulæ partes attribuantur. *l. 2. §. hac hereditas. 2. ff. de suis & legit. heredib.* in stirpes verò, cùm non capitum sive personarum, sed stirpium ratio habetur, *Novell. 118. c. 1. vers. sic tamen, &c. & paulò explanatiùs diximus sup. in princ. hujus t. n. 65.* Cæte-
rùm hæc duplex hereditatis divisio, una in capita, 7
altera in stirpes, quibus quæque earum in casibus locum habeat, explicatu difficile est. Videtur tamen ita res commodè definiri posse: ut in primo ordine, hoc est, liberorum, hereditas in stirpes; in secundo, id est, agnatorum sive legitimâ successione, in capita distribuatur. De priore parte agitur hic: de alterâ *in §. hoc etiam. 4. infr. tit. proximo. & §. sed nostra. 3. in fine infr. de success. libertor.* Ratio de

parte priori est: quia ibi successio fit respectu stirpis, hoc est, ejus, cujus in locum succeditur. De alterâ hæc est ratio: quia ibi successio fit proprio jure, sive ratione personæ & capitis, & non jure alieno; id est, ratione stirpis. *Hotoman. hic enunciat. 4. circa fin. & Anton. Matthaus in vers. item si ex duob. &c.*

§. Cùm autem quæritur, 7. &
§. Et licèt. 8.

§. 7. Cùm autem quæritur, an quis suus heres existere possit: eo tempore quærendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse: quod accidit & destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit, & extraneus heres institutus, & filio mortuo, postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet: quia quo tempore certum est, intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. Et hoc certum est.

§. 8. Et licèt post mortem avi natus sit: tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Planè si & conceptus & natus fuerit post mortem avi: mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem, cùm non sint sui (quantum ad hereditatem) liberi: neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis heredibus.

SUMMARIA.

1 *Hereditas quo tempore deferatur.*
2 *Nepos vivo avo conceptus, & in utero tempore mortis ejus existens, pro jam nato habetur.*
3 *Exheredatio non est modus solvendæ patriæ potestatis.*
4 *Nepos post avi mortem & conceptus & editus avo suus heres non existit.*
5 *Tametsi ille bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti postulare queat.*

1 ISte quoque locus pertinet ad definitionem sui heredis; in quâ diximus, spectandum esse tempus mortis, an scilicet quis in potestate defuncti mortis tempore fuerit proximus. Ejus alia hîc adducitur exceptio, quâ non tempus mortis, sed etiam tempus post mortem spectatur, putà tempus delatæ hereditatis. Et sanè cùm plerunque hereditas tempore mortis deferatur: ideo plerunque etiam mortis tempus in suo herede inspicitur. Nonnunquam tamen hereditas non statim à morte defuncti; sed eo tempore, quo defunctus cœperit intestatus esse, defertur: quod sæpè longè post ejus mortem fieri potest: sicuti in hac specie contingit: Cajus habet filium, & ex eo nepotem: filium exheredat, & extraneum instituit heredem. Deinde mortuo testatore Cajo, moritur & filius exheredatus, dum deliberat extraneus. Postea extraneus ille, heres institutus, hereditatem non adit: & ita defunctus testator fit intestatus, quippe destituto & deserto ab herede testamento. Ac proinde nepos proximum jam gradum obtinens, suus avo efficitur, eique succedit: qui tamen tempore mortis gradum illum non obtinebat, præcedente ipsum filio exheredato. Verùm tempore deserti testamenti in potestate avi est proximus. Ergo & suus, *l. 1. §. sciendum. ff. de suis & legit. hered. l. si quis filio. 6. ff. de injust. rupt. irr. facto testam. l. si quis filium, 34. C. de inoffic. testam. l. scripto. 7. ff. si tab. testam. nulla extab. l. ult. ff. de conditionib. institution.* Nec refert: vivo avo, an eodem mortuo, natus sit ille nepos. Nihilominùs enim, deserto post patris mortem testamento, suus heres avo existit: si modò eo vivo fuerit conceptus, *§. & licèt. 8. hoc titul. & d. l. si quis filio. 6. circa princip. ff. de injusto, rupto, irr. &c.* Ratio est perspicua: quia nepos, vivo avo conceptus, & in utero 2
tempore mortis ejus existens, pro jam nato habetur, *l. qui in utero. 7. & 26. ff. de stat. homin. l. vel si vivo. 7. ff. de suis & legit. hered.* Quid autem dicendum: si eo tempore, quo testamentum destituitur, filius exheredatus adhuc viveret? Hoc utique casu ipse filius suus heres foret; & ut gradu proximior, nepotem ex se genitum excluderet. Nec movet in contrarium, quòd filius exheredatus fuerit. Nam exheredatio non est modus solvendæ patriæ potestatis, *tot. tit. f. quibus modis jus patriæ potestatis solvit.* 3
eaque, destituto testamento, simul cum heredis institutione, & cæteris in illo dispositis, annihilatur & corruit, *l. filium 20. ff. de bonorum possess. contr. tab. l. Papinianus. 8. §. penult. ff. de inoffic. testam.*

Planè nepos post avi mortem & conceptus & editus, avo suus heres non existet: & consequenter nec ejus legitimam hereditatem obtinebit; nec etiam bonorum possessionem jure Prætorio, *d. §. & licèt. 8. vers. planè. hoc tit. d. l. si quis. 6. in fine principii. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. l. Titius. 6. & l. item Prætor. 8. ff. de suis & legit. hered. Giphanius & Rittershus. hic pagin. 141.* Ratio: quia, inquit *Justinianus*, nullo jure cognationis patrem sui patris, id est, avum attigit: non quidem jure civili: quia nunquam fuit in illius potestate, utpote nondum conceptus: non etiam jure naturali, aut prætorio, quod cognationem naturalem spectat: quia sanguinis necessitudo 4

cessitudo vel conjunctio ne fingi quidem potest inter duos, quorum neuter in rerum naturâ erat eo tempore, quo de hereditate deferendâ agitur, hoc est, tempore mortis, *d. l. Titius. 6. & duab. seqq. ff. eod. titul.* Tametsi fine ratione sufficienti repugnet Johan. Wurmser. *in nucleo juris controversi disput. 12. controvers. 2 pag. 294.* Siquidem Imp. *hic in §. 8.* rotundè asserit: nepotem, de quo agitur, *nullo jure*, adeoque *nec jure sanguinis* avum attingere: ac propterea cum neque legitimam hereditatem ejus, tanquam suum heredem, neque bonorum possessionem, tanquam cognatum accipere posse, ut disertè respondit Julianus *in d. l. Titius. 6. vers. qui post mortem. ff. de suis & legit. heredib.* Cui quoque subscribit Ulpianus cum Marcello *in d. l. si quis. 6. in fine princ. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam.* Vanum proinde est, quod Wurmserus scribere haud erubescit: ne Imperatorem quidem negare posse: nepotem il-
5 lum ex avi sanguine procreatum esse. Enimverò hic nepos licèt ad avi successionem non admittatur: tamen bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti postulare potest, & ad hereditatem legitimam ejus admitti, *l. Paulus respondit. 47. §. penultim. ff. de bonis libertor.* Ratio differentiæ inter hereditatem avi, & inter hereditatem liberti aviti hæc est: quia is nepos avo non est cognatus, *ut modo explicatum*: sed aviti liberti est patronus; & ideò liberti hereditas ad eum, ut patronum, pertinet. *Vide Balduinum hic in verb. tamen avo vivo conceptus. Giphanium in verb. quantum ad hereditatem, & Mynsingerum num. ult. item Hunnium lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 7.*

§. Emancipati. 9.

§. 9. Emancipati autem liberi, jure civili nihil juris habent. Neque enim sui heredes sunt, qui in potestate parentis esse desierunt: neque ullo alio jure per legem 12. tabularum vocantur. Sed Prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem Unde liberi, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in potestate fuerit: sanè quidem is, qui in potestate fuit, solus jure civili heres est, & solus suus heres. Sed cùm emancipatus beneficio Prætoris in partem admittitur: evenit, ut suus heres pro parte heres fiat.

S U M M A R I A.

1 *Liberis emancipatis jure civili parentum successio non deferebatur.*

2 *Naturalis æquitas omnes liberos ad parentum successionem æqualiter admittit.*

3 *Ius sanguinis, & naturale liberorum nomen, emancipatione, sicq; civili modo tolli nequit.*

4 *Iure novissimo differentia inter suos & emancipatos, ut & inter agnatos cognatosq;, prorsus sublata est.*

5 *Idq; intelligendum duntaxat quoad causam succedendi.*

DE suis heredibus, & de iis, qui inter suos ex constitutionibus Principum numerantur, ut sunt legitimati, hactenus explicatum est: nunc de iis, quos inter suos numerat Prætor, ut sunt eman-
cipati, subjungitur. Liberis autem emancipatis ju- 1
re civili parentum successio non deferebatur. Nam cùm duplex tantùm esset eo jure successionis gradus: suorum, & agnatorum, *ut suprà in §. 1. h. t. diximus, & infrà initio tituli proximi monebimus*: emancipatus neque ut suus heres, quia desierat in potestate parentis esse, succedere poterat: neque ut agnatus; cùm jus agnationis, & legitimæ successionis, per emancipationem sive capitis deminutionem peremptum esset, *§. ult. sup. de legit. agnator. tutel. l. tutelas. 7. ff. de capite minutis.* Omni igitur remedio au-
xilioque filius emancipatus erat destitutus. Id quod 2
naturali æquitati, quæ pariter omnes liberos ad parentum successionem admittit, maximè refragabatur, *l. scripto. 7. §. fin. ff. si tabul. test. nulla extab.* Quâ de causa æquitatem illam Prætor secutus, liberis emancipatis, sive soli sint, sive cum suis concurrant, beneficio bonorum possessionis, *Unde liberi*, subvenit; per quod ii, rescissâ capitis deminutione, ad paternam hereditatem perinde, ac si in parentum potestate perstitissent, vocantur, *ut hic & l. liberi. 4. ff. dicto tit. l. ult. §. 1. C. de legitim. heredib. l. sed cùm. 6. §. 1. ff. de bonor. possessionib.* Utcunque enim emancipati desinunt sui heredes, & agnati esse: non tamen
desinunt esse liberi, & sanguine proximi. Quid ita? 5
quia jus sanguinis, & naturale liberorum nomen emancipatione, id est, civili ratione & modo tolli nequit, *§. minùs ergo. 11. infr. hoc tit. l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur. pulchrè Forster. libr. 4. de successionibus. cap. 12. num. 5.* Sed hodie jure novissimo emancipati, absque Prætoris beneficio, instar suorum here-
dum, succedunt. Nam ad successionem quod atti- 4
net, differentia inter suos & emancipatos; quemadmodum etiam inter agnatos cognatosque prorsus sublata est, *Novell. 118. cap. 1. & 4. Mynsinger. hic n. 3. & Guilielm Ranchin. in tract. de success. ab intestat. §. 4. n. 3. & 4.* ubi Alciatum *lib 3. paradox. cap. 10.* & Cujacium *in expositione dictæ Novell. 118.* dissentientes, solidè refutat. Et eandem rem pluribus Interpretum auctoritatibus confirmavimus *s. in princip. hu-
jus titul. num. 58.* Neque verò inde consequens est: 5
quòd jura suorum & emancipatorum penitùs sint confusa, omnisque omnino inter suos & emancipatos differentia sit sublata; sicut emancipatus & suus in omnibus ac per omnia paribus ambulent passibus:

passibus : verùm Justinianus discrimen inter suos & emancipatos, solummodò (*ut antè monitum numer.* 4.) quoad causam succedendi, sustulit : ita ut emancipari, qui olim erant planè incogniti jure civili, nec poterant succedere, nisi ex beneficio prætoris, *hoc §. nostro.* hodie possint succedere jure civili, & ex Imperialis constitutionis auctoritate, nec indigeant auxilio prætoris, ut olim. Illa interim differentia semper manet inter suum & emancipatum : quòd qui suus heres est, non minùs sit heres ipso jure, atque olim : emancipatus autem aliter heres non existat, quam si adierit hereditatem. *Id quod latiùs explicatum est in §. 3. suprà hoc tit. & idem abundè explanat Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 4. Frantzkius exercitat. jurid 8. quæst. 1. cum aliquot seqq. pag. 218. & subseqq. itemq; Ungepaur. exercit. Instin. 9. quæst. 3. pag. 350. cum seqq edit. ult.*

§ At hi, qui emancipati. 10.

§. 10. At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederant, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi : si modò, cùm is moreretur, in adoptivâ familiâ fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptivâ familiâ fuissent. Et convenienter, quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem verò naturalis patris emancipati ab adoptivo patre : & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æquè extraneorum loco fiunt : & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit : quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalia patris pertinerent, utrùm ad liberos ejus, an ad agnatos.

S U M M A R I A.

1 *Quo casu emancipatis per bonorum possessionem, Unde liberi, non succurratur.*

2 *Extraordinario auxilio non est locus, si adest ordinarium.*

3 *Emancipatione civilis adoptionis potestas omnino tollitur.*

4 *Successionum casus ab alieno arbitrio pendere non debent.*

5 *Volenti non fit injuria.*

1 Quanquam emancipatis jure Prætorio per bonorum possessionem, *Unde liberi*, succurratur ;
ut superiori §. dictum : id tamen non procedit, si tales
emancipati sese arrogandos alicui extraneo dederint. Hujus ratio non obscura est : quia cùm eis satis in adoptivâ familiâ sit consultum, in quâ jura tum suitatis, tum agnationis adepti sunt : nihil illis Prætoris auxilio opus est. Neque enim solet prætor
subvenire iis, quibus jure civili est prospectum. Cur 2
ita? quia Prætorium auxilium est extraordinarium: cui non est locus, si ordinarium, id est, civile adest, *l. in causa. 16. in princip. ff. de minoribus. 25. an.* Hæc autem ratio in iis cessat, qui vivo patre naturali iterum emancipati sunt ab adoptivo : quoniam nec civili jure, nec Prætorio, patri adoptivo succedere possunt, sublatâ penitus adoptione per emancipationem, *de quo infr. §. seq.* Ideoque ad naturalis patris, postea morientis bona, per *Unde liberi* bonorum possessionem perinde admittuntur, ac si nunquam in arrogatoris potestate & familiâ fuissent, *hoc §. & l. liberi. 4. ff. si tabul. testament. nulla extab.* Cæterùm post naturalis patris mortem ab adoptivo emancipati, utrique extranei videntur ; adeoque utriusque patris, naturalis & adoptivi, successione excludun-
tur. Adoptivi sanè ideò : quia emancipatione sic 3
tollitur civilis adoptionis potestas, ut ne vestigium quidem juris ex adoptione quæsiti remaneat, *l. in omni. 13. ff. de adoptionib.* naturalis verò idcirco : primùm quia jus aliis liberis aut agnatis patris naturalis, à tempore mortis ejus (quo filii hi erant adhuc in familiâ alienâ, atque ita hereditatis hujus incapaces) per aditionem quæsitum, facto patris adoptivi illis auferri non debet, *l. id, quod nostrum. 11. & l. non debet. 74. ff. de reg. jur. & l. ult. ff de pactis.* De-
inde quia absurdum est, & iniquum : successionum 4
casus ab alieno pendere arbitrio, *l. illa institutio. 32. & l. captatorius. 70. ff. de heredibus instit.* Id quod hic fieret, si pater adoptivus, filios arrogatos rursus emancipando, hereditatem aliis propinquis & agnatis adimere, vel eos non emancipando, ipsis eandem pro suâ voluntate relinquere posset, *ut Imperator in fine hujus §. subindicat.* Tertiò, quia non fit injuria his filiis, ab adoptivo patre emancipatis : utpote cùm sponte se in arrogationem dederint, & non nisi volentes, aut propter suum delictum, emancipari à patre adoptivo possint, *l. nonnunquam. 32. cum legibus sequentib. ff. de adoptionibus. l. jubemus. 5. Cod. de*
emancipationibus liberor. Novell. 89. cap. 11. Volenti- 5
bus autem, vel commerentibus, nulla fit injuria, *l. 1. §. usque adeò. ff. de injur. l. nemo. 145. ff. de regulis jur. l. Gracchus. 4. Cod. ad leg. Iul. de adulter. Wesenbec. hic num. 5.* Illud tamen quia æquum visum non est: à Justiniano Imperatore meritò correctum est, *§. sed ea omnia. 14. infr. hoc tit.*

§. Minus ergò. 11.

§. 11. Minus ergò juris habent adoptivi filii, quàm naturales. Namque naturales eman-

mancipati, beneficio Prætoris gradum liberorum retinent, licèt jure civili perdant: adoptivi verò emancipati, & jure civili perdunt gradum liberorum, & à Prætore non adjuvantur: & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest: nec quia desinunt sui heredes esse, possunt desinere filii filiævè, aut nepotes neptesvè esse. Adoptivi verò emancipati, extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiævè, quod per adoptionem consecuti sunt, aliâ civili ratione, id est, emancipatione perdunt.

SUMMARIA.

1 *Differentia inter emancipatos naturales, & inter emancipatos adoptivos.*

2 *Ratio istius differentiæ.*

3 *Iura naturalia civili instituto tolli non possunt.*

Ex præcedentibus colligit Imperator differentiam, inter emancipatos naturales & inter emancipatos adoptivos. Differentia hæc est: quòd naturales emancipati liberorum gradum, quem jure civili amiserant, jure Prætorio recuperant, vel potiùs retinent, hoc est, per bonorum possessionem *Vnde liberi*, à Prætore admittantur: adoptivi verò à patre adoptivo rursus emancipati, quicquid in adoptivâ familiâ juris habuerunt, perdunt; nec Prætoris auxilio adjuvantur, *hoc §. nostro, & l. 4. ff. si tab. testam. nulla extab. l. 2. §. liberi. 6. ff. ad SC. Tertyllian l. in omni. 13. ff. de adoptionibus. & l. ultim. §. 1. C. de legit. heredibus.* Ratio differentiæ jam suprà *in §. emancipati. 9. hoc titul. numer 3.* exposita est: quia naturales manent jure naturæ & sanguinis filii: nec nomen liberorum naturalium, utpotè naturale, per civilem emancipationis actum perimitur: ast adoptivi non manent liberi, propter emancipationem, quâ nomen liberorum emancipatorum, utpote civile, prorsus extinguitur. Ratio rationis: quia, *inquit Iustinianus*, jura naturalia civili instituto tolli non possunt, *hic & §. ultim. f. de legit. agnat. tutel. l. jura sanguinis. 8. ff. de regul jur.* De adoptivis una est exceptio, quâ adoptivus etiam post emancipationem admittitur: utputà si nepos naturalis avi, ab ipso eodem avo adoptetur in locum filii: quod fieri posse, constat *ex §. & tam filium. 6. f. de adoptionibus.* Nam hic nepos licèt postea ab avo emancipetur: nihilominus tamen, cùm sit ex naturalibus liberis; bonorum possessionem accipit, *d. l. 2. §. liberi. 6. vers. adoptivi. ff. ad Senatusconsult. Tertyll.*

§. Eadem hæc. 12.

§. 12. Eadem hæc observantur, & in eâ bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque heredibus institutis, neque ut oportet, exheredatis, Prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat Prætor ad eandem bonorum possessionem: eos verò, qui in adoptivâ familiâ fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longè minùs contra tabulas testamenti ad bona ejus non admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.

SUMMARIA.

1 *Bonorum possessio contra tabulas cur ita appelletur.*

2 *Quibus competat hac bonorum possessio.*

3 *Quo casu emancipati ad illam bonorum possessionem non admittantur.*

4 *Liberi adoptivi, ob vinculum adoptionis emancipatione solutum, in numero liberorum patris adoptivi esse desinunt.*

Quod paulò priùs dictum est, de bonorum possessione *Vnde liberi*, eam liberis naturalibus emancipatis à Prætore decerni, adoptivis non item: 1 hoc idem in bonorum possessione *contra tabulas*, observandum esse Imperator hic monet. Ideo dicitur *contra tabulas*: quia contra ligneas testamenti tabulas conceditur. In tabulis enim ligneis, cerâ illitis, testamenta scribi antiquitus solebant. *Sed hac de re fortassis etiam aliquid dicetur in §. sunt autem. 3. infr. de bonor. possessionibus.* Liberis autem præteritis, id est, *ut Iustinianus seipsum interpretatur*, neque heredibus institutis, neque ritè & legitimè exheredatis, sive sui sint, sive emancipati, hæc *contra tabulas* bonorum possessio datur. Nam licèt suorum prætetitione testamentum vitietur, idque ipsi nullum dicere possint, *initio tit. f. de exheredat. liberor. l. 1. ff. de injusto, rupt. irr. fact. testam.* tamen, ut magis sibi caveant auctoritate Magistratûs, etiam hoc remedio possessionis *contra tabulas*, propter emancipatos præcipuè inducto, uti queunt *l. 1. l. si retentus. 7. & l. si duobus. 12. §. 1. ff. de bonor. poss. cont. tabul.* Si tamen emancipati per hoc tempus, quo pater naturalis moritur, in adoptivâ familiâ fuerint: per bonorum possessionem *contra tabulas* non admittuntur, *hic & l. penult. in princip. C. de adopt.* 2 3

Ratio ex suprà dictis evidens est : quia cùm ii successionem patris adoptivi habeant salvam : Prætoris beneficio non indigent. Sed & adoptivi liberi emancipati ab adoptivo patre, sicut ab intestato ei non succedunt : ita ab eodem in testamento præteriti, bona ejus non consequuntur per bonorum possessionem *contra tabulas. d.l.penultim. Cod.de adoptionibus.* Etsi igitur liberi naturales emancipati habent utramque bonorum possessionem, tam *Vnde liberi*, quàm *contra tabulas* : adoptivis tamen emancipatis neutra competit. Differentiæ ratio in utraque possessione est eadem : quia scilicet utraque datur iis, qui naturaliter manent liberi. Adoptivi autem, propter vinculum adoptionis emancipatione dissolutum, in numero liberorum patris adoptivi esse desinunt ; sicque prorsus pro extraneis habentur, *hoc §.nost.in fin.& l. 1.§. & sui.6.l.3.§. 2. ff.de bonor.possess.cont. tabul. & in §§.præcedentibus satis annotatum.*

§. Admonendi. 13.

§.13. Admonendi tamen sumus : eos, qui in adoptivâ familiâ sunt, quivè post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint : intestato parente naturali mortuo, licèt eâ parte edicti, quâ liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur : aliâ tamen parte vocari, scilicet quâ cognati defuncti vocantur. Ex quâ parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Antè enim Prætor liberos vocat tam suos heredes, quàm emancipatos : deinde legitimos heredes ; de hinc proximos cognatos.

S u m m a r i a.

1 *Liberis emancipatis à patre naturali, qualis bonorum possessio concedatur.*

2 *Adoptio sive emancipatio, utpote civilis, jus cognationis naturale tollere nequit.*

3 *Bonorum possessio Vnde cognati quando decernatur.*

1 Accommodandus est hic §. ad ea, quæ dicta sunt *in §. ut hi, qui emancipati. 10. sup. hoc tit.* Nam ibi exposuit Imperator ; emancipatis à patre naturali, si sese in adoptionem dederint, & moriente patre naturali adhuc in adoptiva familia fuerint, non dari bonorum possessionem *Vnde liberi*, in bonis patris naturalis. Hoc loco subnectit : iis tamen aliam bonorum possessionem, putà *Vnde cognati*, concedi, *l. 1.& 2.ff.unde cognati. l. liberi. 4.ff.*
2 *si tabul. testament. nulla extab.* idque eâ ratione, quòd adoptio aut emancipatio, utpote civilis, jus cognationis naturale tollere non possit, *vulgatâ l.jura sanguinis.8.ff. de regul. jur. d. l. 1. §. cognationem. 4. vers. evenit igitur. ff. unde cognati.* Verum hæc *Vnde cognati* bonorum possessio tertio demum loco, nimirum post bonorum possessionem *Vnde liberi*, & post bonorum possessionem *Vnde legitimi* decernitur. 3
Hos enim tres successionum ordines Prætor facit : ut ad bonorum possessionem primò suos & emancipatos ; dein legitimos sive agnatos ; pòst cognatos admittat, *l. 1.ff.quis ordo in bonor.poss. servet.l.1. §. 1.ff si tabul. testam. null.extab.§.sunt. autem. 3. infr. de bonor. possessionibus.*

§. Sed ea omnia. 14.

§. 14. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt : aliquam autem emendationem à nostrâ constitutione acceperunt. quam super iis personis composuimus, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur : Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant : & adoptione facilè per emancipationem solutâ, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta : nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto : neque jure civili, neque prætorio, ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela institutâ : cùm nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel heredem eum instituere vel exheredatum eum facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum, neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu, neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostrâ autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure, tam naturali, quàm legitimo in hanc

hanc perſonam concurrente: priſtina jura tali adoptioni ſervamus, quemadmodum ſi paterfamilias ſeſe dederit arrogandum: quæ ſpecialiter & ſingulatim ex præfatæ conſtitutionis tenore poſſunt colligi.

S U M M A R I A.

1 *In adoptionem à patre naturali datus, an & quo jure in poteſtatem & familiam adoptantis tranſeat.*

2 *Traditus in adoptionem, utrique patri & naturali & adoptivo, ſuccedit ab inteſtato.*

3 *Ius de liberis adoptivis novum, cur toties in Inſtitutionibus repetatur.*

EXponuntur hoc titulo duo juris veteris correcti capita. Prius eſt, de liberis in adoptionem datis, *de quo hic*: alterum eſt, de differentiâ marium
1 & fœminarum, *de quo in §§. ſequentibus.* Quod ad prius attinet? jure veteri in adoptionem à patre naturali datus, ejus poteſtate liberabatur, & tranſibat in familiam & poteſtatem patris adoptivi. Hoc jus de adoptione vetus ſuſtulit Imperator & emendavit: ita ut in adoptionem datus à patre naturali, in hujus poteſtate remaneat; nec in adoptantis jus & familiam transmigret, *ut hic, & diffuſius in §. ſed hodie. 2. ſupr. de adoptionibus.* Sic quoque jure antiquo, propter mutationem poteſtatis per adoptionem eveniebat interdum: ut traditus in adoptionem ad neutrius patris ſucceſſionem vocaretur. Non quidem naturalis: quia erat in familiâ adoptiva: non etiam adoptivi, quia ab eo mancipatus, pro extraneo habetur; *de quo dictum in §. at hi, qui emancipati. 10. ſup. hoc tit. & hic in verſ. Invenimus etenim,*
2 *&c.* Quod jus ſucceſsionis, ex priori de adoptione jure deſcendens, tanquam valdè durum & iniquum, Juſtinianus itidem correxit: ita ſcilicet, ut in adoptionem datus, utrique patri, tam naturali, quàm adoptivo ſuccedat ab inteſtato. Nam ex patris adoptivi teſtamento nihil habet juris, niſi ab eo inſtituatur. Et hæc emendatio juris veteris, tam in adoptione, quàm in ſucceſſione, continetur *in l. penult. C. de adopt. Vide Davidem Döringium in Bibliotheca Iuriſconſultorum. tom. 1. in verb. adoptare. numer. 113. fol. 669. & ſeq.* Unus excipitur caſus, quo jus priſcum Imperator reliquit: quando videlicet avus proavusve aliquem adoptandum ſuſceperit. Tunc enim filius adoptatus in familiam & poteſtatem patris adoptivi confeſtim tranſit, eique ſuus heres efficitur. Ratio eſt: quia duplici vinculo, & naturali ſanguinis, &
3 civili adoptionis illi conjunctus eſt. De quà exceptione hic *in verſ. noſtrâ autem conſtitutione, &c. & in dict. §. ſed hodie. 2. verſ. ſi verò pater. ſupr. de adoptionibus. & §. ſed hæc quidem. 5. num. 5. ſupr. de exheredat. lib.* Cæterùm vehementer mirandum eſt; jus illud de liberis adoptivis novum, neque magnæ rei, neque induſtriæ, in hiſce Inſtitutionibus toties repeti, atque ad faſtidium inculcari. Quod utrùm jactantiâ, an oſcitantiâ noſtrorum acciderit, non habere ſe dicere, inquit Weſenbecius, *hic in princip.*

§. Item vetuſtas. 15. cum §. ſequente.

§. 5. Item vetuſtas ex maſculis progenitos plus diligens, ſolos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili ſexu deſcendunt, ad ſuorum vocabat ſucceſsionem, & jure agnatorũ eos anteponebat; nepotes autem, qui ex filiabus nati ſunt, & pronepotes ex neptibus, cognatorum loco connumerans, poſt agnatorum lineam eos vocabat tam in avi vel proavi materni, quàm in aviæ vel proaviæ, ſive paternę, ſive maternæ ſucceſsionem. Divi autem Principes non paſsi ſunt talem contra naturam injuriam ſine competenti emendatione relinquere: ſed cùm nepotis & pronepotis nomen commune ſit utriſque, tam qui ex maſculis, quàm qui ex fœminis deſcendunt ideo eundem gradum & ordinem ſucceſsionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid ſit eis, qui non ſolùm naturæ, ſed etiam veteris juris ſuffragiis muniuntur: portionem nepotum, vel neptum, vel deinceps (de quib' ſuprà diximus) paulò minuendam eſſe exiſtimaverunt: ut minus tertià parte acciperent, quam mater eorum, vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum, vel avus paternus, ſive maternus, quando fœmina mortua ſit, cujus de hereditate agitur: iiſque (licèt ſoli ſint) adeuntibus, agnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris ſui ad ſucceſsionem avi ſui vocat: ita & principalis diſpoſitio in locum matris ſuæ vel aviæ, eos cum jam deſignatà partis tertiæ deminutione vocat.

§. 16. Sed nos, cùm adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem ſubſtantiæ defuncti agnatis ſibi vindicantibus ex cuiuſdam conſtitutionis auctoritate: memoratam quidem conſtitutionem à noſtro Codice ſegregavimus, neque inſeri eam ex Theodo-

siano Codice in eo concessimus. Nostrâ autem constitutione promulgatâ, roti juri ejus derogatum est: & sanximus, talibus nepotibus ex filiâ, vel pronepotibus ex nepte & deinceps, superstitibus, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: nec hi, qui ex transversâ lineâ veniunt, potiores iis habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundùm sui vigorem & tempora, & nunc sancimus: ita tamen, ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hereditatem: similiter nos inter filios & nepotes ex filiâ, distributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes, & proneptes, & alias deinceps personas: ut utraque progenies, matris vel patris, aviæ vel avi portionem sine ullâ deminutione consequatur: ut si fortè unus vel duo ex unâ parte, ex alterâ tres aut quatuor extent: unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor, alteram dimidiam hereditatis habeant.

SUMMARIA.

1 *Iure civili melior masculorum, quàm fœminarum causa.*
2 *Hujus rei duplex ratio.*
3 *Circa successionem nepotum triplex jus observandum.*
4 *Cur nepotes ex filio succedant primo ordine suorum: ex filiâ nepotes non item.*
5 *Prætor non juvat eos, quibus jure civili prospectum est.*
6 *Sententia juris secundi sive medii de successione nepotum.*
7 *Ratio istius juris.*
8 *Tertio & novissimo jure nepotes ex filio, & nepotes ex filiâ, exclusis penitus agnatis, æqualiter avo succedunt.*
9 *Differentia vetus inter masculos & fœminas sublata.*
10 *An valeat statutum, ut extantibus filiis, filia patri non succedant.*
11 *Publicè interest, familias in suo flore & vigore conservari.*
12 *Fœmina caput & finis familiæ.*
13 *Fœmina nubendo transit in familiam mariti.*
14 *Qui nascuntur: patris, non matris, familiam sequuntur.*
15 *Fœminæ regulariter à feudis arcentur.*
16 *Statutum, divinæ legi consonum, dici non potest irrationabile, aut iniquum.*
17 *Consideratio l. 4. C. de liber. præterit.*
18 *Iure divino filiæ, extantibus filiis, non succedunt.*

ADfertur hoc loco alterum juris veteris emen- 1
dati caput, de nepotibus & neptibus, ex filiabus descendentibus. Quod ut cognoscatur planiùs, breviter sciendum est: jure civili, ut in aliis articulis, ita & in hereditatibus ac successionibus meliorem fuisse masculorum causam, quàm fœminarum, *prout luculenter notari solet in l. 2. ff. de reg. juris. l. in multis. 9. ff. de stat. homin. §. sed hæc quidem vetustas. 5. I. de exheredat. liberor. §. cæterùm. 3. infr. tit. proximo. l. si defunctus. 9. & l. ult. C. de suis & legit. liber. l. lege. 14. & l. seq. C. de legit. heredibus.* Cujus rei
ratio non solùm civilis, sed & naturalis videtur. Ci- 2
vilis quidem aperta est, conservatio nimirum familiæ, & patria potestas: quæ in maribus duntaxat locum habent. *l. pronunciatio. 195. in fin. l. liberorum. 220 §. ult. ff. de V. S. §. fœmina. 10. supr. de adoptionibus. Ant. Matthæus hic in suis notis, & Hotoman. enuntiat. 1.* Naturalis verò putatur illa à quibusdam: quòd meliora & nobiliora deterioribus sint præferenda. *Sed huc referri debent, quæ diximus ad princip. tit. supr. de nupt. num. 3. & 4.* Cæterùm hic tantùm de differentiâ nepotum ex masculis, id est, filiis, & fœminis, hoc est, filiabus nascentium agitur: & circa successionem eorum triplex jus recensetur.

Primo jure hæc inter nepotes erat differentia: ut 3
nepotes ex filio succederent avo, primo ordine suorum: nepotes ex filiâ succederent, non primo ordine suorum, nec etiam secundo agnatorum, sed
tertio demum, nempe cognatorum. Ratio, cur ne- 4
potes ex filio succedant primo gradu seu ordine, facilis est: quia sunt in potestate avi sui, *de quo suprà, §. 1. h. t.* Ex filiâ autem nepotes cur primo ordine non succedant, hæc est causa: quia non sunt in pote-
state avi materni. *§. ult. in fin. supr. de patr. potest.* Cur 5
verò saltem jure Prætorio, ut emancipati, non succedant primo ordine per bonorum possessionem *Unde liberi*, hæc est ratio: quia Prætor non juvat eos, quibus jure civili prospectum est, *ut monitum supr. §. at hi, qui. 10. h. t.* Atqui nepotibus ex filiâ prospectum est jure civili, succedendo avo suo paterno. Cur porrò non succedant secundo agnatorum ordine, ratio est: quia non sunt in familiâ avi materni, id est, quia non sunt agnati: propterea quòd per fœminini sexûs cognationem conjuncti sunt. Cur denique tertio loco succedant, ratio hæc est: quia licèt avo materno neque sui sint, neque agnati: naturaliter tamen ei sunt cognati. *Sed videatur Giphanius hic in vers. & jure agnatorum, &c. itemq; Rittershus. pag. 344.*

Secundum jus (cujus auctores sunt Imperatores, 6
Valentinianus, Theodosius & Arcadius, *d. l. si defunctus. 9. C. de suis & legit. liber. & l. si defunctus. 4. C. Theodos. lib. 5. titul. 1. de legit. hered.*) hoc est: ut tam nepotes neptesque ex filiâ, quàm ex filio succedant avo vel aviæ: ita tamen, ut nepotes ex filiâ,

tertiâ

tertiâ parte minus accipiant: aut ſi nepotes ex filiâ ſoli ſuperſint, agnatis quartam partem ſubſtantiæ defuncti concedant: Pone primò de tertiâ parte: Cajus decedens inteſtatus relinquit ex filio, itemque ex filiâ nepotem, & in bonis ſexcenta. Ex his nepos ex filio conſequitur trecenta: dein nepos ex filiâ capit reliqua trecenta: ſed tertiam ex iis partem, id eſt, centum, nepoti ex filio reſtituere cogitur. Secundò pone de quartâ: Cajus moriens inteſtatus nepotem ex filia tantùm derelinquit, & in bonis centum. Idem quoque Cajus derelinquit fratrem. Hic frater jure primo ſive veteri ſolus, excluſo nepote, ſuccedebat: hoc jure ſecundo (quod explicandi causâ medium appellari poteſt) ſuccedit nepos: ſed fratri quartam partem, id eſt, ex centum
7 25. dare tenetur. Ratio autem hujus juris ſecundi ſive medii; primùm cur nepotes ex filiâ admittantur ad ſucceſſionem avi primo loco, cum nepotibus ex filio, naturalis eſt: quia ſcilicet non minùs ſunt nepotes ex filiâ, quàm ex filio, *ut hic in verſ. ſed cùm nepotes &c.* Denide cur nunc parte tertiâ, nunc quartâ minùs habeant, hæc eſt ratio: quia nepotes ex filio etiam juris veteris ſuffragiis muniuntur, quod nepotes ex filiâ prorſus excludebat, *ut hic in verſ. ſed ut ampliùs, &c.*

8 Tertio tandem & noviſſimo jure, à Juſtiniano noſtro introducto, nepotes ex filio, & nepotes ex filiâ, excluſis penitus agnatis, & abſque ullâ deminutione trientis vel quadrantis, ad ſucceſſionem avi æqualiter, non quidem in capita, ſed in ſtirpes, vocantur, *ut hic in §. 16. & l. ult. C. de ſuis. & legit. lib. Novell. 18. & Novell. 118. cap. 1.* Quia porrò *ex hoc §.*
9 liquet, quòd olim, quoad ſucceſſionem inteſtati differentia fuerit inter maſculos & fœminas, filios & filias, nepotes ex filio, & nepotes ex filiâ, ſic ut illi quidem patri ſuccederent: hæ verò à maſculis excluderentur: quam tamen differentiam Juſtinianus non ſine cauſa ſuſtulit, conſtituitque, ut omnes liberi, nullà habitâ ratione ſexûs, pariter ſuccederent. *l. penult. C. de legitimis heredib. & juribus modo*
10 *allegatis.* Idcirco haud inconvenienter quæritur: utrùm ſtatuto contrarium introduci, & priſtina illa ſexûs differentia in uſum revocari queat; ita ut ma-
11 ſculis extantibus, fœminæ excludantur? Et affirmantium ſententia probabiliter defendi poterit. Etenim publicè intereſt: familias, præſertim nobiles & illuſtres, ſuo in flore, vigore ac ſplendore conſervari. *l. 1. §. ſed & ſi. 13 ff. de inſpiciendo ventre, &c.* cùm civitas omnis è familiis conſtet, *teſte Ariſtotele lib. 1. polit.* Atqui familiæ tum maximè conſervantur in flore & vigore, quando bona paterna atque adita in familiis retinentur, nec extra eas transferuntur ad alias familias: id quod fit, cùm ad ſolos devolvuntur maſculos: ſecus verò, quando etiam ad fœminas: quoniam fœmina caput familiæ & finis eſt. *d. l. pronunciatio. 195. in fin. ff. de verb. ſignif.* caput qui- 12
dem, quia ab eâ incipit cognatio: finis autem, quia in eâ definit agnatio, quando nubit, & nubendo è patris familiâ in familiam mariti tranſit: & conſequenter bona paterna in mariti ſui familiam transfert. Hinc fœminarum liberos in familiâ earum non eſſe, 13
Cajus ait: quia qui naſcuntur, patris; non matris 14
familiam ſequuntur. *l. familia. 196. §. 1. ff. de tit. Hucque reſpiciunt, quæ annotavimus in §. 3. num. 5. & ſeq. ſupr. de patr. poteſt.* Quam rationem veteres Legumlatores potiſſimùm attendentes, iſthâc inter maſculos & fœminas differentiam conſtituerunt: adeòque fœminas, maſculis extantibus, à ſucceſſione excluſerunt. Atque hanc ipſam quoque ob cauſam jure 15
feudali conſtitutum eſſe videtur: ut fœminæ ad feuda regulariter non admittantur, maſculis extantibus; quin etiam, his non extantibus, à feudali ſucceſſione excludantur: ne videlicet nubendo feudalia bona ſecum in mariti familiam transferrent. *tit. 1. §. hoc autem notandum, 3. & tit. 8. de ſucceſſione feudi. §. filia verò. lib. 1. feuder. & latiùs expoſitum ſuprà ad principium hujus tit. num. 110. & ſeqq.* Huic rationi 16
& illa accedit: quòd iſtud ſtatutum iniquum, naturæ contrarium aut irrationabile dici nequeat, quod divinæ legi congruit. Atqui divinâ lege apertè cautum erat: ut, filiis extantibus, filiæ non ſuccederent: ſed hæ tum demum admitterentur, quando filii non ſupereſſent. *Numeri cap. 27. v. 3. & ſeqq.*

Cui non obſtat, quòd Juſtinianus Imp injuriam 17
naturæ inferre, ejuſdemque accuſatores exiſtere judicet, qui ſexûs diſcrimen faciunt *l. maximum vitium. 4. verſ. qui enim tales. C. de liberis præteritis.* Nam Imp. Juſtinianum paulò liberiùs, in favorem mulierum, locutum videri, patet primò inde: quòd ipſa natura inter maſculos & fœminas differentiam evidenter conſtituit, maſculos & animi & corporis dotibus plus, quàm fœminas, exornans. Deinde quia alioquin & ipſe Imperat. injuriam naturę inferret, eamq, iniquitatis argueret, dum perſpicuè cum Papiniano ſcribit: in multis juris noſtri articulis deteriorem eſſe conditionem fœminarum quàm maſculorum, *d. l. in multis. 9. ff. de ſtatu homin.* Denique 18
idem & ipſi Moſi, Legumlatori omnium ſapientiſſimo, ſpirituque divino illuſtri, imputandum foret, dum filias, filiis extantib⁹, haud ſuccedere manifeſtè ſancit *d. c. 27. Num. v. 3.* Verùm eâ de re explanatius diſſerunt *Brunus in tract. quòd ſtantib. maſculis fœminæ non ſuccedant. artic 3. num. 12. & art. 4. num. 6. Gabrielius libri. 6. de ſtatutis concluſ. 6. hosque referens Valentinus Forſterus lib. 5. de ſucceſſionibus. cap. 13. Hunnius lib. 3 variar. reſolut. jur. civ. tract. 1. quæſt. 5. & Bachovius hic pag. 644. & ſeqq.*

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Tit. II.

Principium Tituli, cum §. 1. & 2.

Si nemo suus heres, vel eorum, quos inter suos heredes prætor, vel constitutiones vocanr, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur: tunc ex lege duodecim tabularum ad aguatum proximum pertinet hereditas.

§. 1. Sunt autem agnati (ut primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis sexûs personas cognatione conjuncti, quasi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres, agnati sibi sunt, qui & consanguinei vocantur; nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Quâ ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Ii etiam, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem: sed iis, qui tunc proximiores gradu sunt, cùm certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.

§. 2. Per adoptionem quoque agnationis jus consistit: veluti inter filios naturales, & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin impropriè consanguinei appellentur. Item si quis ex cæteris agnatis tuis; veluti frater, aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem: agnatus inter suos heredes esse non dubitatur.

Summaria.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Agnati qui dicantur.*
3 *Consanguinei propriè qui nuncupentur.*
4 *Posthumi jura consanguinitatis nanciscuntur.*
5 *Quibus agnatis hereditas intestati deferatur.*
6 *Ius agnationis non tantùm per generationem, sed & per adoptionem acquiritur.*
7 *Nunquid sui heredes dici possint agnati.*
8 *Consideratio l. ult. §. si quis. 2. C. de codicill.*
9 *Proprietati verbi in dubio adhærendum.*
10 *Quatenus sui heredes agnatis opponantur.*
11 *Agnationis vocabulum duplicem habet significationem.*
12 *Adoptionis verbum generaliter sumptum quid significet.*
13 *Sententia l. scripto. 7. ff. si tabul. testam. null. extab.*
14 *An suitas sit species agnationis, remissivè.*

Dictum est hactenus, de priore successionis ab in- 1
testato ordine civili, qui est suorum, eorumque
qui suorum sunt loco: nunc de altero, qui est agna-
torum, ut agatur, lex methodi postulat. Nam, *ut*
hic initiò Iustinianus ait ex Cajo lib. 2. Institut. titul. 8.
Vlpiano titul. 26. & Paulo lib. 4. sent. titul. 8. si suus
heres non extet: ad agnatum proximum hereditas
intestati pertinet. Sunt autem agnati, cognati per 2
virilis sexûs cognationem conjuncti, quasi à patre
connati, *§. 1. hoc titul. & §. 1. supr. de legit. agnator.*
tutel. l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. heredib. Itaque fra-
tres ex eodem patre nati, etsi non ex eâdem matre
sint, agnati inter se, & consanguinei vocantur, *l. 1. §.*
post suos. 9. ff. de suis & legit. heredibus. l. ult. §. cogna-
tionis. 6. ff. de gradibus & adfinibus. Et quamvis con-
sanguinitatis appellatio interdum in jure generali-
ter accipiatur, pro omnibus his, qui quoquo modo
sanguine inter se connexi sunt: sive ex patre, sive
ex matre, & quocunque gradu & sexu se attingant,
l. 1. C. ad SC. Orfitian. & tot. t. ext. de consanguini-
tate & affin. tamen propriè consanguinei dicuntur 3
fratres & sorores ex eodem patre, licèt ex diversa
matre procreati, *§. 1. hoc tit. & l. 1. C. de legit. heredi-*
bus. Vlpian. d. tit. 26. in princip. Georg. Schultz. in ex-
posit. arboris consanguinitatis cap. 1. num. 5. Bachovius
hic numer. 4. pag. 651. Neque verò solùm vivo patre 4
nati, agnati sunt: sed posthumi etiam jura consan-
guinitatis nanciscuntur, id est, agnati fiunt, *d. §. 1.*
vers. ii etiam, &c. hoc tit. quia pro jam natis haben-
tur. *l. 1. in fin. & l. vel si vivo. 7. ff. de suis & legit. he-*
redibus. l. qui in utero. 7. & 26. ff. de stat. homin. cum
similibus. Non omnibus tamen simul agnatis, sed 5
qui propinquiore gradu sunt, intestati hereditas de-
fertur, *d. §. 1. vers. non tamen omnibus. hoc tit. & l. 2.*
§. hac hereditas. 2. ff. de suis & legitimis hered. & de eo
latius in §. si plures. 5. & §. seq. infr. hoc tit. Præterea 6
non tantum per generationem; sed & per adoptio-
nem jus agnationis consistit, *§. 2. ibique Theodorus*
Marcilius. hoc tit. dict. l. 1. §. ult. & d. l. 2. §. parvi. 3.
ff. de suis & legit heredibus. Ratio est manifesta;
quia jus familiæ & agnationis civile est, *§. ult. s. de*
legit. agnator. tutel. d. l. ult. §. inter agnatos. 4. ff. de
gradibus & affinibus. ideoque rectè per adoptionis
actum civilem acquiritur. *l. qui in adoptionem. 23. ff.*
de

de adoptionibus. ſicut & tollitur. *§. minus. tt. suprà tit. prox. Weſenbec. hic num.*8. Proinde qui à patre, vel ab aliis agnatis noſtris adoptantur, agnati nobis fiunt; & ipſi nobis, ut viciſſim nos ipſis, ab inteſtato ſuccedimus. *d. §.2. hoc tit. in fine. d. l.2. §.3. ff. de ſuis & legit. heredibus.*

Porrò, quia hic initio agnati ſuis heredibus opponuntur: bellè & opportunè quæri poteſt; an et-
7 iam ſui heredes patri propriè dici poſſint agnati? Et licèt Alciatus *lib.3. parerg. cap.25.* & Hotoman. *lib.1. obſerv. cap.16.* exiſtiment, filios patri agnatos non eſſe: verior tamen eſt contraria affirmantium ſententia, *per l. filius. 12. ff. de ſuis & legit. hered.* ubi di-
8 ſertè Pomponius ait, filium patri agnatum proximum eſſe. *& d. l. ult. §.3. ff. de gradib.* ubi Paulus inquit: proximiores ex agnatis ſuos dici. *& l. de bonis. 6. §. huic. 2. ff. de Carben. edicto. l. 2. ff. unde legitimi. & l.1. §. ſed videndum. 11. ff. de ſucceſſor. edict.* in quibus legibus bonorum poſſeſſio, *Unde legitimi,* datur etiam ſuis: quæ profectò non daretur, niſi ſui quoque agnati eſſent: cùm ea bonorum poſſeſſio tantùm agnatis concedatur. Idemque perſpicuè colligitur *ex l. ult. §. ſi quis. 2. C. de codicill.* ubi quartus gradus lineæ rectæ, quæ eſt liberorum & parentum, dicitur quartus gradus agnationis. Unde manifeſtum evadit: parentes & liberos, agnationis vinculo connexos, agnatos ſibi invicem eſſe: & conſequenter ſuos quoque heredes eſſe agnatos. Et quamvis diſſentientes reſpondeant, in legibus adductis, liberos & ſuos heredes pinguiùs & minùs propriè dici agnatos: attamen hoc ſolùm dicunt,
9 non verò probant. Pro proprietate autem verbi in dubio præſumptionem eſſe, conſtat *ex l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat 3.*

10 Non refragatur huic ſententiæ, quod in l. 12. tab. (in quâ ita ſcriptum erat: *Si paterfamilias inteſtatus moritur, cui ſuus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto. Ulpian. in fragm. d. titul. 26. circa princip.*) *l. capitis. 11. verſ. quoniam. ff. de ſuis & legitimis heredibus. & in principio hujus titul.* ſui heredes agnatis opponantur. *Nam* agnati à ſuis ſeparantur, & ſuis opponuntur, non quia ſui non ſint agnati: ſed quia non eodem jure omnes agnati utantur, *ar-*
11 *gumento dicti principii hujus titul.* Præterea vocabulum agnationis duplicem admittit ſignificationem. Primò enim generaliter omnes eos, qui ſanguine nobis junguntur, complectitur: deinde ad ſpeciem reſtringitur, ad eos videlicet agnatos, qui liberi non ſunt: perinde ut adoptionis verbum, generaliter ſumptum, & arrogationem & ſimplicem ado-
12 ptionem ſignificat: ſpecialiter verò acceptum, ad ſpeciem, nempe ſimplicem adoptionem, reſtringitur: nec tamen ex eo ſequitur, quòd impropriè ſui dicantur agnati. Generalis namque ſignificatio non ſemper eſt impropria: unde & adoptio ſimplex non impropriè ſed propriè adoptio dicitur. *§.1. & paſſim. ſupr. de adoptionib.*

13 Nec etiam obſtat *l. ſcripto. 7. ff. ſi tabul. teſtam. null. extab.* ubi de nepote ex filio exheredato dicitur, eum ſine dubio non eſſe agnatum. Nam id non ſimpliciter, ſed comparatè & conditionaliter accipiendum eſt, hunc in modum: ſi non ſuus heres eſt hic nepos: ſine dubio ne agnatus quidem eſt. *Atq; ita docent Cujacius lib. 14. obſerv. cap.11. Ioan. Robertus lib.1. recept. lect. jur. cap.2. Antonius Faber. lib.10. conjectur. jur. civ. cap.12. Gilbertus Regius lib. 2. ἐναντιοφανῶν. cap.13. Rittershuſ. Tuningius & Vulteius hic num.6. Hunnius lib.3. var. reſol. jur. civ. tract. 1. quæſt. 29. & Hilligerus in Donello enucleat. lib.7. cap.2. lit.F.* ubi multis eruditis rationibus, *contra Cujacium,* 14
probat & evincit: ſuitatem ſpeciem agnationis non eſſe. De illâ quoque te videatur Jacobus Rævardus *lib.5. varior. cap.1. num.16. & ſeqq.*

§. Cæterùm. 3.

§. 3. Cæterùm inter maſculos quidem agnationis jure hereditas, etiamſi longiſſimo gradu ſint, ultrò citròque capitur. Quod ad fœminas verò attinet: ita placebat, ut ipſæ conſanguinitatis jure tantùm capiant hereditatem, ſi ſorores ſint: ulteriùs non capiant. Maſculi autem ad earum hereditates, etiamſi longiſſimo gradu ſint, admittantur. Quâ de cauſa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinebat: tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideo ita conſtitutum erat: quia commodius videbatur ita jura conſtitui, ut plerunque hereditates ad maſculos confluerent. Sed quia ſanè iniquum erat, in univerſum eas quaſi extraneas repelli: Prætor eas ad bonorum poſſeſſionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur: ex qua parte ita ſcilicet admittuntur: ſi neque agnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: ſed ſimplicitatem legibus amicam amplexa, ſimili modo omnes agnatos, ſive maſculos, ſive fœminas, cujuſcunque gradûs, ad ſimilitudinem ſuorum invicem ad ſucceſſionem vocabat. Media autem Juriſprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem diſpoſitione anterior; ſubtilitate quadā excogitatâ, præfatam differentiam inducebat, & penitus eas à ſucceſſione agnatorum repel-

repellebat, omni aliâ successione incognitâ: donec Prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat, adimplentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt: & cognationis linea proximitatis nomine introductâ, per bonorum possessionem eas adiuvabant, & pollicebantur his bonorū possessionem quæ Unde cognati appellatur. Nos verò legem duodecim tabularum sequentes, & ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem Prætores suæ humanitatis: non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis, tam in masculis, quàm in fœminis æquâ lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus? Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eandem dispositionem exæquantes, nostrâ constitutione sancimus: omnes legitimas personas, id est, per civilem sexum descendentes, sive masculini generis, sive fœminini sint, simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundùm sui gradûs prærogativam: nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

SUMMARIA.

1 *Differentia vetus in legitimâ agnatorum successione, inter masculos & fœminas.*
2 *Fœmina in alienam familiam migrant: mares autem eam retinent, & conservant.*
3 *Mares Rempubl. domi & foris administrant.*
4 *Mares fœminis præstant.*
5 *De prædictâ differentiâ quatuor jura diversa notantur.*
6 *Media Iurisprudentia quæ dicatur.*
7 *Natura marem & fœminam mutuis auxiliis indigere voluit.*
8 *Iure novissimo indistinctè tam fœminæ, quam masculi, sublato agnationis & cognationis discrimine, ad intestati successionem vocantur.*

1 DIfferentia vetus inter masculos & fœminas, in legitimâ agnatorum successione hæc est: quòd agnati mares jure agnationis succedant, etiamsi longissimo sive remotissimo gradu sint: fœminæ verò non nisi jure consanguinitatis, id est, si sint sorores, ad hereditatem admittantur. Quod jus antiquum memorat Ulpianus *in fragment. tit.* 26. & Paulus *libr.* 4. *sentent. tit.* 8. Ratio veteris hujus differentiæ (quam indicat hic Justinianus *in vers. quod ideo ita constitutum, &c.*) est: primùm, quia fœminæ in 2
alienam familiam migrant: mares autem gentilitatis nomen, familiamque retinent, propagant, atque conservant, *§. ultim. f. de patr potest. l. pronunciatio.* 195. *& l. seq. ff. de verb. signif.* Deinde, quia hi 3
Rempublicam domi & foris, pacis & belli tempore administrant, eique magis prosunt. *l.* 1. *§. sed & si. ff. de ventre inspic. Viglius in §. sed hac quidem. f. de exheredat. liber. num.* 5. Tum etiam, quia & aliàs mares 4
fœminis præstant; ac proinde plus commodi ex successionibus percipere debent. *l. in multis.* 9. *ff. de stat. homin. & dictum in §. item vetustas.* 15. *f. tit. proximo.*

Cæterùm de differentiâ ista quatuor hîc jura diversa enarrantur. Primum, est legis duodecim tabularum: quæ lex fœminis æquè ac maribus, quocunque gradu essent, agnatorum hereditatem deferebat. *vers. & hac quidem lex duodecim. tabul. &c.* Secundum, est mediæ Iurisprudentiæ: quo jure fœminæ ab agnatorum hereditatibus prorsus (exceptis sororibus consanguineis) excludebantur. *vers. media autem, &c.* Mediam Iurisprudentiam vocat Justinianus, quæ ex interpretatione Prudentum, & aliis legibus, post leges XII. tabular. latis sive rogatis, descendit; & ante Principum constitutiones obtinuit, *testibus Rittershusio hic pag.* 347. *& Mynsingero numer.* 2. *Adde Bachovium numer.* 1. *pag.* 654. Tertium, est jus Prætorium: quo agnatæ fœminæ, etiam ultra sorores consanguineas, admittebantur per bonorum possessionem *Unde cognati*, cum masculis æquali gradu connexis: si tamen neque agnatus ullus, neque proximior cognatus existeret. *vers. sed quia sanè iniquum, &c.* Quartum jus est Justiniani: quo res ad legem duodecim tabularum reducitur: adeòque fœminis agnatis idem juris, quod maribus attribuitur, *l. penultim. & ult. C. de legitimis hered.* Cùm enim natura mares 7
& fœminas mutuis auxiliis indigere voluit: & ad ipsarum mulierum successionem masculi jure agnationis vocantur: quis patiatur, earum quidem hereditatem ad eos legitimo jure deferri; ipsas verò nec invicem sibi, nec masculis eodem jure posse succedere: sed propter hoc solum puniri, quòd fœminæ natæ sunt; & paterno vitio (si hoc vitium est) prolem innocentem gravari? inquit Legislator noster *in d. l. penult. circa principium. C. d. tit.* His juri- 8
bus addi potest & quintum, scilicet Authenticorum seu Novellarum: quo indistinctè omnes personæ, tam masculi, quàm fœminæ, sublato penitus omni agnationis & cognationis discrimine, ad intestati successionem vocantur. *Novell.* 118. *cap.* 4. *& sæpius inculcatum sup. in princ. tituli præcedent. n.* 58. *& alibi.*

§. Hoc

§. Hoc etiam addendum. 4.

§. 4. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam successionem: ut non solùm fratris filius & filia (secundùm quod jam definivimus) ad successionem patris sui vocentur: sed etiam germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ una cum his ad jura avunculi sui perveniant; & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli: simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes, legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus, & successionem admittentibus; cæteri gradus remanent penitus remoti videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividendâ.

S u m m a r i a.

1 *Quo casu in secundo successionis ordine cognatus admittatur.*
2 *Sententia juris novissimi.*
3 *Quando hereditas patrui & avunculi non in stirpes, sed in capita sit dividenda.*
4 *Successio in locum parentis, quo in ordine recepta.*

Constat ex fine §. præcedentis, jus duodecim tabularum vetus Justiniani constitutione renovatum esse, & sancitum: ut omnes agnati & agnatæ
1 hoc secundo ordine succedant, secundum sui gradûs prærogativam: hoc loco Imperator jus planè novum adjicit: ut nimirum hac secundâ successionis serie etiam is admittatur, qui non est agnatus, sed tantùm cognatus, putà sororis uterinæ, consanguineæve filius & filia; & non ulteriores, hoc est, non nepos & neptis sororis: ut, *inquam*, sororis filius & filia non minùs succedant avunculo, atque fratris filius & filia succedunt patruo suo; non extantibus aliis fratribus vel sororibus defuncti, qui illos in successione præcedant. Finge: Sempronius & fratrem habet, & sororem. Moritur frater, relicto filio: postea moritur & soror, filio relicto. Fratris filius Sempronio intestatò mortuo succedit ex jure veteri, utpote agnatus suo patruo. Sed sororis filius eidem Sempronio agnatus non est, verùm cognatus. Est enim Sempronius ejus avunculus. Nihilominus tamen novo hoc jure ad hereditatem Sempronii ille pervenit, ut agnatus; hoc est, filius sororis cum fratris filio concurrit, & uterque Sempronio succedit. At rursus finge: hunc Sempronium decessisse, relicto non solùm filio fratris, & filio sororis, *ut jam dictum*: sed etiam relicto fratre. Hoc utique casu frater hic relictus, exclusis fratris & sororis filiis, solus hereditatem Sempronii consequitur. Ratio est perspicua: quia hic frater Sempronio est proximior filiis fratris & sororis: cùm ei conjunctus sit secundo gradu; fratris autem sororisvè filius tertio, *l. consanguinitatis. 3. & l. penult. §. ultim. C. de legit. heredibus.* Verùm hæc duo jure novissimo immutata sunt, & correcta. Nam primùm hodie non tantùm fratris & sororis filii & filiæ in succedendo concurrunt: sed etiam tota cognatio in legitimam agnationem translata est, ut pari omnino nunc jure, cognati juxta ac agnati admittantur, *ut in §. priori ex Novell. 118. cap. 4. annotavimus.* Deinde hodierno jure defuncti frater non præfertur liberis præmortui fratris aut sororis, ut jure veteri: sed hi una cum superstite fratre in bonis patrui vel avunculi, jure repræsentationis in stirpes succedunt, hoc est, capiunt tantum, quantum eorum pater, aut mater, si viveret, accepisset, *Auth. cessante. C. de legit. heredib. d. Novell. 118. cap. 3. Vide Locamerum quæstionum juridicarum fascic. 33. quæst. 3. & seqq.* 2

Quod autem in calce præsentis §. subjicitur: hereditatem patrui & avunculi non in stirpes, sed in capita dividendam esse: intelligi debet, si nullis superstitibus patruis vel avunculis, fratrum sororumvè liberi soli ad successionem patrui aut avunculi vocantur. Tunc enim in capita distribuendam esse hereditatem, superiùs *in principio tituli præcedentis numer. 422. & multis subsequentibus*, prolixè docuimus. Et ratio hujusce rei hæc est: quia in hoc secundo ordine unusquisque proprio jure & nomine, non alieno; sive ex suo quisque capite & personâ, & non ex capite vel personâ parentis sui succedit. Nam in primo duntaxat ordine successio in locum parentis recepta est, *§. cùm filius. 6. sup. tit. proximo.* non item in ordine secundo, seu in successione legitimâ, *§. placebat. 7. infr. hoc tit. eleganter Giphanius hic in verb. videlicet hereditate, &c.* Quamvis unus casus (quo successio in locum parentis, in secundo quoque ordine obtinet, putà in fratrum filiis) excipiatur: ut paulò antè, & etiam supr. *in d. § cùm filius. tit. præced. num. 3. ex d. Novell. 118. cap. 3.* indicatum est. 3 4

§. Si plures. 5.

§. 5. Si plures sint gradus agnatorum: apertè lex duodecim tabularum proximũ vocat. Itaque si (verbi gratiâ) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus: frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim tabularum proximum vocet: tamen dubium non est, quin

quin si plures sint ejusdem gradûs, omnes admittantur. Nam & propriè proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin licèt unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

S u m m a r i a.

1 *Proximus quis censeatur.*
2 *Cur lex XII. Tabb. proximum tantùm agnatum ad hereditatem vocet.*
3 *Civilia jus natura subsequi solent.*
4 *Liberis jure natura hereditas parentum debetur.*
5 *In legibus & beneficiis Principum latior interpretatio facienda, quàm in legatis.*
6 *Si plures sint agnati ejusdem gradûs, omnes simul succedunt.*
7 *Singulari numero sæpe pro plurali utimur: & contrà.*

SI paterfamilias intestatò moritur, & plures agnatos diversi gradûs, quorum alii propinquiores sunt aliis, relinquit: solus proximus, exclusis remotioribus, lege XII. Tabularum ad hereditatem
1 admittitur, *hoc §. nostro.* Proximus autem est is, quem nemo antecedit, *l. 2. §. hac hereditas. 2. & §. legitima. 4. ff. de suis & legitim. hered. l. ex duobus. 34. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit. l. proximus. 92. ff. de verbor. significat.* sive unus, sive plures eodem in gradu existant, *l. proximi. 115. ff. eod. l. 1. §. proximus. 5. ff. unde cognati.* Exemplum hîc in Textu positum est de fratre defuncti, & alterius fratris filio, aut patruo: inter quos frater, tanquam proximior, solus ad fratris successionem vocatur. Frater quippe in secundo est gradu: fratris filius & patruus sunt in tertio. *§. 2. & 3. infr. de gradibus cognationum.* Sed jure novissimo, quo nunc utimur, fratris filius cum fratre in successione patrui demortui concurrit, *ut jam sæpius suprà ex Auth. cessante. Cod. de legit. hered.*
2 *repetitum est.* Ratio porrò legis, cur proximum tantùm vocet agnatum, est ex ipso jure naturæ, quod propter honorem sanguinis semper plus propinquiori tribuit, quàm remotiori, *l. 1. §. largius. 12. ff. de successor. edict.* Neque movet, quòd hæc agnatorum successio sit legitima, planèque civilis; ac proinde
3 in eâ jus naturale non consideretur. Nam civilia niti solent jure naturæ, idque subsequi, *l. jus civile. 6. ff. de justit. & jur.* Secus est in primo ordine liberorum, in quo non, quisnam proximus sit, spectatur: sed tantùm, quis sit suus: & jure Prætorio, quis sit ex numero liberorum, sive filius sit, sive nepos, sive pronepos, &c. Quâ de causâ in illo ordine pronepos defuncti, qui in tertio est gradu, non modo fratrem defuncti, qui in secundo est; sed & defuncti patrem, qui est in primo, excludit. Semper enim in primo ordine liberi reliquis omnibus præferuntur, *§. repe-*
4 *titu. 1. infr. de servili cognat.* Cur verò in primo liberorum ordine non curetur gradus, hæc est ratio: quia liberis jure naturæ hereditas parentum debetur, *l. cùm ratio. 7. ff. de bonis damnator. l. scripto. 7. in fine. ff. si tabul. testam. nulla extab.* & tametsi aliqui in remotiori gradu constituti sunt: tamen in locum parentum repræsentationis beneficio succedunt, *§. cùm filius. 6. supr. titulo præcedente. Georg Schultz in expositione arboris consanguinitatis & affinit. cap. 10. memb. 2. num. 32. cum seqq. pag. 274. & subseqq.* Illud hîc addendum: quòd in legibus & beneficiis Principum latior & benignior fiat interpretatio, quàm in legatis. Quare si muralis corona ei promissa sit, qui 5
primus murum ascenderit; & duo simul ascendant: utrique sua corona debetur, *arg. l. penult. ff. de constitut. princip.* Et ita P. Scipio jus dixit, auctore Livio *lib. 26.* cumque referente Tuningio *hîc in verb. omnes admittantur.* Cæterùm si legatum relictum sit 6
ei, qui primus Capitolium ascenderit, & duo concurrant, neutri debebitur. *l. si fuerit 10. in princ. ff. de reb. dub.* Similiter si plures agnati eodem gradu concurrant: omnes simul succedent, *hoc § nostro. d. l. 2. §. 2. ff. de suis & legitimis heredib.* Nec obstat, quòd lex XII. tabular. numero singulari seu unitatis utitur, & proximum vocat, non proximos. Ita quippe habet: *Agnatus proximus familiam habeto. l. pronunciatio. 195. in princ. ff. de verb. significat.* Etenim in 7
usu juris frequenter singulari utimur appellatione, cùm plura generis ejusdem significare volumus, *l. in usu. 158. ff. de verb. significat.* Sicut & contrà plurativo numero utuntur Jurisconsulti sæpe pro singulari, de re unicâ loquentes: ut probat vox liberorum, pugillarium & codicillorum. *l. non est sine liberis. 148. ibiq. eleganter Gœddæus. ff. de verbor. significat. Aul. Gell. lib. 2. Noct. Atticar. cap. 3. Rittershus. hîc pag. 348.*

§. Proximus autem. 6.

§. 6. Proximus autem, siquidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate quæritur. Quòd si facto testamento quisquam decesserit: per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento heredem extiturum. Tunc enim propriè quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spacio temporis sæpè accidit, ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

S u m m a r i a.

1 *Quo tempore inquirendum; proximus, necne, aliquis sit.*

2. Here-

2 *Hereditas quo tempore deferatur.*

1 Cum quæritur, proximus, necne, aliquis ſit: eo tempore, quo patrem familias inteſtatò mortuum eſſe certum eſt, exquiri debet. Quare aut facto teſtamento deceſſit: aut non facto teſtamento. Et hoc quidem caſu ſpectandum erit tempus mortis: illo verò, tempus deſtituti vel deſerti teſtamenti, *hoc §. & l. 2. §. interdum. 5. & ſeqq. ff. de ſuis & legitim. heredibus. l. ſi ex duobus. 4. ff. unde legitimi.* Atque eadem diſtinctio temporis, quæ hîc attenditur in ſecundo ordine agnatorum, obſervatur quoque in primo ordine ſuorum, & tertio cognatorum, *§. cùm autem quæritur. 7. ſupr. tit. proxime. l. 1. §. proximum. & §. ſequenti. ff. unde cognati.* Eademque omnium ordinum ratio eſt, hæc videlicet:
2 quia illis temporibus hereditas defertur: & certè ea defertur plerunque tempore mortis, *l. 1. §. 1. Cod. de caducis tollend.* tam teſtamentaria, quàm ab inteſtato ſive legitima, *docente hîc Giphanio.* Sed tamen aliquando hereditas legitima etiam poſt mortem defertur, ſi nimirum factum ſit teſtamentum, & non adeatur hereditas. *Exempligratia*: Titius cùm fratrem & patruum haberet, teſtamentum fecit, & Mævium heredem inſtituit, poſteaque deceſſit. Mævius de adeundâ hereditate deliberat: & medio tempore frater Titii teſtatoris moritur. Mox Mævius hereditatem repudiat. Hoc caſu patruus (qui moriente teſtatore proximus non erat) heres erit: quoniam eſt proximior eo tempore, quo nemo ex teſtamento heres exiſtit. *Sed vide Hotomanum hîc enunciat. 2. & Mynſinger. num. 2.*

§. Placebat. 7.

§. 7. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum, ſucceſsionem non eſſe: id eſt, ut quamvis proximus, qui ſecundùm ea, quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut ſpreverit hereditatem, aut antequam adeat, deceſſerit: nihilo magis legitimo jure ſequentes admittantur. Quod iterum Prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum ſine adminiculo relinquebant: ſed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluſo. Sed nos nihil perfectiſſimo juri deeſſe cupientes, noſtra conſtitutione, quam de jure patronatus, humanitate ſuggerente, protulimus, ſancimus: ſucceſſionem in agnatorum hereditatibus non eſſe eis denegandam: cùm ſatis abſurdum erat, quod cognatis à Prætore apertum eſt, hoc agnatis eſſe recluſum; maximè cùm in onere quidem tutelarum, & primo gradu deficiente, ſequens ſuccedit: & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permiſſum.

S u m m a r i a.

1 *Lege duodecim tabularum duo duntaxat ſunt ſuccedendi ordines: ſuorum, & agnatorum.*
2 *Ratio differentiæ inter jus civile & Prætorium.*
3 *Non debet plus licere cognatis, quàm agnatis.*
4 *Ubi onus & incommodum, ibi etiam lucrum.*

Jure civili veteri, nempe duodecim tabularum (quod duos tantùm novit ordines; ſuorum heredum, & agnatorum, *ut ſupr. ad §. 1. tit. proximo, numer. 1. dictum.*) nulla eſt ſucceſſio, ſive in ſuis, ſive in agnatis, *l. 1. §. ſciendum. 8. & l. 2. in princ. ff. de ſuis & legit. hered. Ulpian. in fragment. Inſtitut. titul. 28. §. ſi plures. Paulus libr. 4. ſentent. titul. 8. §. in hereditate, &c. latè Hunnius lib. 3. variar. reſolut. jur. civ. tract. 1. quæſt. 8.* Finge: Lælius inteſtatò moriens, relinquit filium, & ex eodem filio nepotem. Hoc caſu filius ſolus ſuus eſt heres, eique hereditas defertur. Si filius poſt delatam hereditatem ſe abſtineat, nepos non admittitur. *Iterum finge*: Lælius habens fratrem & patruum, inteſtatus deceſſit. Ejus hereditatem, ſibi à lege delatam, frater aſpernatur; vel, dum deliberat, moritur. Hîc non patruus, licèt agnatus, ſed fiſcus hereditatem, quaſi rem nullius, occupat. Jure autem Prætorio ſucceſſioni eſt locus; hoc eſt, jure Prætorio etiam admittitur agnatus ſecundi gradus; non tamen jure agnationis, ſed cognationis, *hoc §. verſ. quod iterum Prætores, &c. & tot. tit. ff. & Cod. de ſucceſſorio edict.* Ratio differentiæ inter jus civile & Prætorium hæc videtur: quod illud eſt ſtrictum: hoc verò latius eſt, & benignum; ac naturalem potiùs æquitatem, quàm juris ſcrupuloſitatem ſequi ſolet. Unde quando jure civili hereditas eſt ſemel delata ſuo in primo ordine, aut proximo agnato in ſecundo: non poteſt ſemel delata porrigi & venire ad alios. *Paul. d. lib. 4. ſentent. titul. 8. §. in hereditate. Hotoman. hîc enunciat. 1.* Cæterùm jure novo ex Juſtiniani conſtitutione (quæ temporum vitio periit, quamque Græcam reſtituiſſe Cujacium ex Baſilicis *lib. 20. obſervation. cap. 34.* teſtatur hîc Ritterſhuſius *pagin. 349.*) inter ipſos quoque agnatos eſt ſucceſſio, & ſequentes agnati poſt priorem vocantur, ut agnati, *per hunc §. noſtrum. verſ. ſed nos nihil, &c.* Ratio novi juris adfertur duplex. 3
Primò, quia non debebat plus licere cognatis, quàm agnatis, id eſt, tertio ordini, quàm ſecundo. Cognatis autem jure Prætorio conceditur ſucceſſio. Ergo & agnatis concedenda eſt. Deinde quia 4

 cùm

cùm successio sit in onere, ut in tutelâ. *l. 3. §. penult. ff. de legit. tutorib.* etiam in lucro, ut in hereditate, successio esse debet, juxta vulgatam regulam juris, *l. secundum naturam. 10. ff. de regul. jur. §. ult. supr. de legitim. patronor. tutel. Giphan. hic in vers. sed nos nihil, &c.* Hodiè verò, agnationis & cognationis discrimine exauctorato, hujus disputationis non magnus est usus: quia, uno hereditatem repudiante, defertur illa postea sequenti propiori, sive agnatus sit, sive cognatus, *Novell. 118. cap. 3. & 4. & annotatum sup. in princ. tit. proximi. num. 58. & in §. caterùm. 3. hoc tit. num. 6.*

§. Ad legitimam. 8. & ult.

§. 8. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, neporem vel neptem, ac deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contracta fiducia fieri: cùm apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

SUMMARIA.

1 *Quâ juris solennitate olim facta sit emancipatio.*
2 *Quid fuerit contractâ fiduciâ emancipare.*
3 *Pater naturalis filium emancipans, hodie semper contractâ fiduciâ emancipasse censetur.*
4 *Cur pater filio emancipato succedat ab intestato.*
5 *Iure novissimo hujus §. dispositio immutata.*

1 UT hic §. rectiùs intelligatur; paucis explicandum est, quâ juris solennitas olim facta sit emancipatio. In hunc autem modum fiebat: Quinque aderant testes, & libripens, id est, stateram tenens, & quidam alius qui pater fiduciarius nominabatur. Huic patri fiduciario filium suum naturalis pater emancipabat, hoc est, manu tradebat, accipiendo vicissim unum aut alterum nummum pretii loco. Deinde pater fiduciarius illum quasi emptum manumittebat. Quo facto, is rursus in patris naturalis potestatem tacito quodam jure revetsus, secundò atque item tertiò & emancipabatur & manumittebatur. Fœminæ tamen, vel nepotes ex masculo, unicâ emancipatione de patris vel avi potestate exibant, suique juris efficiebantur. Tandem
2 hoc etiam inter patrem naturalem & fiduciarium nominatim agebatur: ut si filius ille moreretur: ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius, succederet. Idque erat contractâ fiduciâ emancipare: quia inter patrem naturalem ac fiduciarium expressè de succedendo filio tunc emancipato, si testamentum non fecisset, conveniebat, quasique contrahebatur ejus juris fiducia: cùm alioqui pater naturalis illi tanquam extraneo jam facto succedere nequiret. *Quâ de re copiosè differit Cajus libr. 1. Institut. tit. 6. & Theophilus in §. præterea. 8. sup. quibus. mod. jus patr. potest. solvit.* Verùm hoc, ut rationi minùs 3
congruum, Justinianus emendavit, atque constituit: quòd pater naturalis emancipans filium, semper censeatur contractâ fiduciâ emancipasse; etsi specialiter & expressim jus succedendi sibi non reservavit. *l. ult. C. de emancipationibus. liberor.* Atque ita parens hoc jure novo filio emancipato, velut agnatus, contractâ fiduciâ succedit. Filiifamilias verò, si moriatur intestatus, bona licèt castrensia, occupat jure peculii, & non ut heres, sive non jure successionis, *initio tit. §. quibus. non est permiss. fac. testam. l. 2. l. proponebatur. 9. & l. penult. ff. de castrensi pecul.* Ratio autem, cur pater filio emancipato succedat ab 4
intestato, æquissima est: quia patri acceptum ferre debet filius, quòd jam omnia sibi acquirat: qui si in potestate retentus fuisset, omnia patri acquisiturus erat. *l. acquiritur. 10. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. l. placet. 79. ff. de acquir. vel. omitt. heredit. & fusius expositum suprà ad §. 1. per quas person. cuique acquirit. num. 2. & seqq.* Ideoque præmii loco isthæc successio patri debetur, notante Rittershusio *hic in fine pag. 330.* Porrò jure novissimo nec hujus §. dispo- 5
sitio apud nos ullum potest habere fructum: cùm successio parentum sive ascendentium & descendentium valdè mutata sit: statimque parentes, post liberos, filiis suis intestatis succedant. *Nov. 118. cap. 2. & explicatum. latiùs suprà, circa princip. tituli præcedentis, num. 366. & sequentibus.*

DE SENATUS CONSULTO TERTYLLIANO.

TIT. III.

Principium Tituli, cum §. 1. & 2.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & præponebat masculorum progeniem: & eos, qui per fœminini sexûs necessitudinem sibi junguntur, adeò expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamvè ultrò citròque hereditatis capiendæ jus daret: nisi quòd Prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione Vnde cognati accommodatâ, vocabant.

§. 1. Sed

§. 1. Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

§. 2. Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissimè de tristi successione matri, non etiam aviæ, deferendâ cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumvè admittatur intestatò mortuorum, licèt in potestate parentis sit: ut scil. cùm alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem, cujus juri subjecta est.

SUMMARIA.

1. *Ratio continuationis.*
2. *Cur mater neq; liberis, neque hi illi olim succedebant.*
3. *Sanguinis ratio inter matrem & filium arctissima.*
4. *Senatusconsulti Tertylliani sententia.*
5. *Afflictio non addenda afflictio.*
6. *Senatusconsultum Tertyllianum unde dictum.*
7. *Tertyllianus Iureconsultus, Christianus factus, complures libros de religione scripsit.*
8. *Matrimonium jure Romano non solvit patriam potestatem: licèt moribus Germaniæ aliud videatur receptum.*

1 AUdivimus superiori titulo §. *ultim* quomodo
pater liberis emancipatis ab intestato succedat: nunc, quomodo & quando mater ad liberorum intestatorum hereditatem admittatur, dispiciendum. Et primùm quidem jure civili antiquo, quod ex lege duodecim tabularum descendit, nec mater liberis succedebat, nec liberi matri, *tradente hic Justiniano, & Vlpiano in fragment. Institut. tit. 26.*
2 *§. penult.* Cujus ratio hæc est: quia inter matrem
& liberos neque jus sui, neque jus agnationis intercedit: non quidem jus sui; quia mater liberos in potestate non habet. *§. fœmina. 10. supr. de adoptionib. §. cæteri. 3. supr. de hered. qualit. & different.* non etiam jus agnationis; quia mater liberis non per virilem sexum jungitur, sed matrimonio tantùm, & partu, *auctore Giphanio hic, & infr. tit. seq. in verb. admittuntur, &c.* Iuris autem civilis successio solummodò istis duobus, nempe jure sui, & agnationis nitebatur, *ut explicuimus ad §. 1. sup. de hereditatibus. quæ*
3 *ab intest. defer. num. 1.* Prætores deinde æquitate na-
turali, & sanguinis ratione (quæ certè inter matrem & filium est arctissima) adducti, bonorum possessionem *Vnde cognati* matri ac filio ultrò citròque dederunt. *l. 1. & l. 2. ff. unde cognati.* Sed quia hoc jure prætorio parùm matri consulebatur: cùm ista bonorum possessio esset tertii ordinis; ita ut omnes sui heredes & agnati præferrentur matri. *§. admonendi. 13. supr. de hereditatib. quæ ab intest. defer.* postea Claudius Cæsar matri legitimam liberorum, non tamen omnium, sed in acie fortassis, bellòve publico amissorum, hereditatem attribuit, *ut Iustinianus subindicat hic & in principio tit. supr. de excusationib. tutor. & notant Budæus, Tuningius, Mynsingerus, & Hotomanus hic enunciat. 3.* Tandem Senatusconsul- 4
tum Tertyllianum matri, non etiam aviæ, (quod tamen hodie correctum est, & cautum, ut avia etiam nepoti succedat, *Nov. 118. c. 2. & copiosius explicatum suprà ad principium tit. de hereditatib. quæ ab intest. defer. num. 367. & seq.*) pleniùs subvenit, statuitque: ut ingenua mater jus trium liberorum habens, libertina verò quatuor, bona filiorum filiarumvè intestatò mortuorum capiat, quamvis sit in potestate parentis. *§. 2. hoc tit. l. 2. & tot. tit. ff. ad Senatusconsultum Tertyllian. Vlpian. dict. tit. 26. §. ult.* Ratio hujus Senatusconsulti *hic in d. §. 2.* indicatur illa: ut luctus & tristitia, quam mater percipit ex
morte filii, leniatur & mitigetur successione: sive ne 5
afflictæ addatur afflictio, luctus ex morte, & hereditatis privatio, *arg. l. nam. & si. 15. in princ. ff. de inoffic. testam. l. jure succursum. 6. in princ. ff. de jure dot. & l. scripto. 7. in fine ff. si tabula testam. nulla extab.* Huic rationi accedit & alia, nimirum jus sanguinis, seu proxima conjunctio naturalis, *ut infrà in §. sed not. 4.*
vers. respicientes ad naturam, &c. Cæterùm Senatus- 6
consultum hoc Tertyllianum nomen habet à Tertyllo quodam sive Tertullo. Quis autem fuerit iste Tertyllus sive (ut alii nominant) Tertullus, certò non constat. Ulpianus meminit cujusdam rescripti Imperatoris sui ad Ovinium Tertyllum. *l. 1. §. interdum. 3. ff. ad senatusconsult. Tertyllian.* Cassiodorus meminit Tertulli Consulis: ut & Rittershusius hic *in d. §. 2. pag. 351.* Notus etiam est Orator ille Tertullus, qui Paulum Apostolum accusavit. *Act. c. 24.* Nec est ignotus Iurisconsultus Tertullianus: quem Justinianus vocat Interpretem juris antiqui. *l. ult. in princ. C. de curatore furiosi.* traditurque scripsisse libros Quæstionum quatuor, & unum
de castrensi peculio. Unde Rutilius putat, ad hu- 7
jus relationem & suasionem factum esse senatusconsultum, de quo hic agitur: & addit, quosdam existimare, eum esse Tertullianum, qui postea Christianus factus est, multosque de religione libros reliquit; ut refert Balduinus hic, & Mynsinger, *n. 3.* nec non Dionysius Gothofredus *in not. ad d. l. ult. lit. E. C. de curatore furiosi.*

Ex illis porrò propositi §. 2. verbis, *licèt in pote-* 8
state parentis sit, perspicuum evadit; quòd jure Romano matrimonium seu nuptiæ filiæ, à patris potestate eam non liberent. *l. 1. § 1. ff. de agnoscend. & alend. lib. l. 2. §. 2. l. quotiens. 29. ff. solut. matrimon. l. si uxorem. 5. C. de condictionib. incert. & l. filia, licèt. 12. C. de collationib.* Ejusque ratio videtur: quia pa-

tria potestas est merè civilis. §. *Ius autem potestatis*. 2. *sup. de patria potest.* matrimonium verò propter consensum, ex quo potissimùm constat, magis naturale est, *l. cui fuerit. 15. in fin. ff. de condit. & demonstrat. l. nuptias. 30. ff. de regulis jur. Novell. 22. cap. 3. cum similibus.* Sed moribus totius ferè Europæ etiam matrimonio potestas patria tollitur: quia ea hodie magis naturalis, quàm civilis esse censetur. *Quâ de re videantur Sichardus in l. ubi adhuc. 29. num. 16. C. de jure dot. Tiraquell. in legib. connubialib. in princ. num. 3. & seqq. Berlich. conclusion. practicabil. part. 2. conclus. 11. num. 13. cum seqq. Besold. lib. 1. Politic. c. 10. num. 47. pag. 372. aliique quos citavimus suprà in princip. tit. de nupt. num. 57. & in §. præterea. 6. num. 7. tit. quibus mod. jus patr. potest. solvitur.*

§. Præferuntur. 3.

§. 3. Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradûs, sive ulterioris. Sed & filiæ suæ mortuæ filius, vel filia, præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater verò utriusque, non etiam avus & proavus, matri ante ponitur, scilicet cùm inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quàm filiæ, excludebat matrem; soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis honorata: frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.

SUMMARIA.

1 *Quando ex Senatusconsulto Tertylliano mater ad successionem liberorum admittatur, & quinam illi præferantur.*
2 *Hereditas magis liberis debetur, quàm parentibus.*
3 *Fœmina moriens suos heredes habere nequit.*
4 *Cur avus & proavus matri non præferantur.*
5 *Frater & soror quatenus matrem excludant.*

1 Declarat hoc loci Imperator, quando ex Senatusconsulto Tertylliano mater ad successionem filii & filiæ admittatur, & quinam illi præferantur. Et primò matri præferuntur omnes defuncti liberi, qui sui sunt, suorumve loco, hoc est, emancipati. §. *emancipati. 9. supr. de heredit. quæ ab intest. defer. l. 1. §. liberi. 6. ff. ad Senatusconsultum Tertyllian.* sive primi sint gradus, ut filii, sive ulterioris, ut nepotes, pronepotes, & deinceps. Hi namque omnes liberorum appellatione continentur. *l. liberorum. 220. in princ. ff. de verbor. significat.* Ratio expedita est: tum quia primus ordo, qui est liberorum, præferri debet secundo, id est, legitimorum, inter quos nunc est mater. 2 Tum quia natura dictat, ut successio potiùs descendat, quàm ascendat; hoc est, hereditas magis liberis, quàm parentibus debeatur. *l. nam etsi. 15. ff. de inoffic. testam. l. cùm ratio naturalis. 7. ff. de bonis damnator. l. scripto. 7. in fin. ff. si tabul. testam. nulla extab. Giphan. hic in verb. liberi defuncti. &c.* Rectè autem Justinianus ait: *liberi defuncti*. Nam liberi *defunctæ* non omnes matri præponuntur; sed filius solummodò, & filia defunctæ, *hoc §. vers. sed & filiæ. & l. quotiens. 4. C. ad Senatusconsultum Orfitianum.* 3 Cur non omnes præponantur, hæc est ratio: quia non sui sunt. Filia siquidem, sive fœmina moriens suos heredes habere nequit, *arg. §. fœmina. 10. sup. de adoptionib. & §. sui autem. 2. sup. de heredit. quæ ab intest. deferunt.* Deinde & pater utriusq; id est, tam filiæ, quàm filii, sive filius, sive filia decesserit, matri antefertur. *hoc §. nostro. vers. pater verò utriusque, &c. d. l. 1. §. objicitur. 15. ff. ad Senatusconsultum Tertyllian. l. 2. C. eod. l. si ad patrem. 10. ff. de suis & legit. heredib. Berlich. part. 3. conclusion. practicabil. conclus. 23. num. 1.* Et ratio est: quia pater non tantùm eodem est gradu, quo mater; sed & aliquid ampliùs habet, putà jus vetus ex manumissione, *de quo supr. in §. ult. tit. proximo.* 4 Avus autem, & proavus defuncti non præferuntur matri: quoniam hæc gradu illos antecedit. *d. l. 2. §. objicitur. 15. vers. sed neque avus. ff. ad Senatusconsultum Tertyllian.* 5 Frater præterea consanguineus matrem excludit: soror verò consanguinea cum matre concurrit, *ut hic in vers. frater autem, &c. d. l. 2. §. si sit consanguinea. 18. & l. si quis intestatus. 7. ff. eod.* Sed si frater & soror ambo cum matre concurrant, matri anteponuntur: & soror quidem hoc casu propter fratrem. Quòd si fratres uterini sint, aut naturales: mater iis præfertur. *l. Lucius. 45. ff. de vulgar. & pupill. substit.* si modò mater tres vel quatuor liberos pepererit, *ut ex §. 2. hujus tituli effloreścit.*

§. Sed nos constitutione. 4. & §. sed cùm antea. 5.

§. 4. Sed nos constitutione, quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus: respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpè mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideòque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit: immeritò defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos

paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint, vel quater, sed eum tantùm, vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

§. 5. Sed cùm antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est, rectâ & simplici viâ matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ullâ deminutione filiorum suorum successionem accipere: exceptâ fratris & sororis personâ, sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes; ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus; ita omnes fratres & sorores, sive legitimi sint, sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen, ut siquidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ supersint: dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes sorores habeant. Si verò matre superstite & fratre, vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur: in capita distribuatur ejus hereditas.

SUMMARIA.

1 *Cur liberorum hereditas matri indistinctè concedenda, triplici ratione declaratur.*
2 *Iustiniani sanctione mater, in legitimâ filii successione, omnibus agnatis prefertur: exceptis solis fratribus & sororibus defuncti.*
3 *Hujus §. dispositio jure novissimo correcta.*

1 ADfertur hic Senatusconsulti Tertylliani, & constitutionum quarundam emendatio, quá primùm Justinianus legitimam liberorum hereditatem, eamque solidam, matri indistinctè concedit; sive ter, sive quater enixa sit, sive defunctum tantùm susceperit. *l. 2. C. de jure liberorum.* Ratio hujus correctionis sive novi juris triplex adduci poterit: Tum, quia hæc successio ex naturâ, ut causâ certa & justâ, & non ex numero liberorum, ut causâ incerta & fortuita pendere debet, *hoc §. 4.* Tum, quia jure naturę tantùm debetur matri, quantum patri, *argum. l. 4. & seqq. ff. de in jus vocando. & l. penult. C. de legit. heredib.* Tum, quia plus periculi & oneris in pariendo & alendo sustinet mater, quàm pater: ac proinde etiam plus illi deberi videtur, *notante hic Giphanio, in verb. respicientes ad naturam, &c.* Cæterùm quod ait hic Imperator (quem ineptiarum solito more ineptissimè arguit Bachovius *hic pag. 664*) de periculis puerperii sive partûs: idem pluribus verbis exaggerat *in l. assiduis, 12. §. 1. C. qui potiores in pign. hab.*

Deinde Justinianus tertiam illam hereditatis partem, quam mater olim ex constitutionibus (*quas relatas videmus in Codicis Theodosiani librum. 5. sub. tit. 1. de legitimis hered. l. 1. 2. & penult.*) agnatis dare cogebatur, pro jure antiquo illis competente, tollit: ut mater in legitimâ filii successione agnatis sive legitimis personis omnibus, sine ullâ detractione tertiæ partis, præferatur: solis fratribus & sororibus defuncti exceptis. *l. ult. Cod. hoc tit.* Nam si mater concurrat cum solis sororibus, sive consanguineis, sive uterinis, ad semissem hereditatis admittitur: sin concurrat vel cum fratribus solis, vel cum fratribus & sororibus simul; hereditas in capita dividitur, totque partes fiunt, quot succedentium personæ reperiuntur, *hoc §. 5. & d. l. ult. C. eod.* Atque 3
hæc quidem succedendi ratio jure Institutionum & C. obtinet: aliud verò novellis constitutionibus sancitum est. Quare qui exactè vult cognoscere, quomodo parentes hodie liberis succedant: eum recurrere oportet ad ea, quæ annotavimus suprà *ad princip. tit. de hereditatibus. quæ ab intest. deferuntur. num. 367. & seqq.*

§. Sed quemadmodum 6.

§. 6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus; ita eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quòd si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti, vel excusati, intra annum petere neglexerint: ab eorum impuberum morientium successione meritò repellentur.

SUMMARIA.

1 *Mater, nisi liberis impuberibus intra annum tutores petat, à successione eorum repellitur.*
2 *Quibus ex causis mater, tutorem filiis non petens, excusetur.*
3 *Mens & intellectus l. 1. C. si adversus delict.*
4 *Quod in matre decisum, idem in aviá obtinet.*

MAter, quæ liberis suis impuberibus, patre amisso, intra annum tutores idoneos non postulat, ab

ab eorum hereditate excluditur, *per hunc textum nostrum, & monuimus supr. in pr. tit. de hereditatib. quæ ab intest. defer. num. 393.* Nec interest, sintne liberi naturales, an ex iustis ac legitimis nuptiis procreati. *l. ult. C. qui petant tutor. vel curatores.* Idque optimâ ratione constitutum est: quia indigna videtur mater successione filii, cui impuberi ipsa prospicere de idoneis tutoribus neglexit. *l. 2. §. si mater. 23. ff. ad SC. Tertyll. l. 2. §. 1. ff qui petant tutor. & l. matris. 6. C.*
2 *d. tit.* Illud tamen ut procedat, primò requiritur, ut pupillo tutorem habere expediat. Nam si ex re & commodo pupilli non sit, tutorem constitui: mater, quæ eum non petiit, excusatur. *Exempli gratia*: si amplum legatum pupillo sub hac conditione sit relictum, *Si tutores non habuerit.* Hoc casu si majus sit emolumentum legati, quàm tutelæ: mater non petens tutorem, pœnam non meretur. *d. l. 2. §. tractari. 44. ff. ad SC. Tertyllianum.* Deinde necessarium est, ut filius in pupillari ætate moriatur. Etenim si pubes factus decedat: mater, quæ, ipsi impuberi non petiit tutorem, ab ejus hereditate non arcetur. *l. matres. 3. & l. omnem. 6. C. hoc tit. Mynsinger. Wesenbec. & Giphanius hic in verb. impuberum morientium, &c.* Ratio hæc reddi potest: quia filius matri culpam remisisse videtur. Poterat enim alioqui pubes factus illam testamento omittere, & ab hereditate suâ removere. Atque isthæc conjectura & interpretatio ob favorem matris facilem recipitur: cùm præsertim is, cui nocitum est, non ampliùs supersit. *Rittershus. hic pag. 355.* Tertiò exigitur, ut mater sit major 25. annis. Ea enim, quæ 25. annum nondum attigit, etiamsi filio impuberi tutorem non postularit, propter ætatis lubricum pœnam evitat: adeòque ipsi successio filii minimè denegatur: cùm hæc pœna in majoribus tantùm matribus obtineat, uti rescripserunt Imperatores Diocletianus & Maximianus *in l. 2. C. si adversus delictum, &c.* Neque minor restitutionis in integrum auxilio opus habet: cum ipso jure tuta sit, & à pœna hac privationis excusetur, *arg. d. l. 2. C. dict. tit. & l. penult. C. ex quib. caus. infamia irrogatur. Forster. lib. 7. de successionib. ab intest. cap. 16. num. 5.*

Nec obstat *l. 1. C. si adversus delict.* ubi minor ad evitandam pœnam delicti, à se commissi, non tutus est ipso jure, sed restitutionis ope indiget. *Namque* lex illa loquitur de delicto, quod consistit in faciendo, & citra dolum malum perpetratum fuit: nos autem hic agimus de delicto, quod omittendo saltem admissum est. Itaque nostro in casu mater minor ipso jure excusatur à pœnâ, nec restitutionis beneficio opus habet.

4 Porrò non mater tantùm, sed & avia, tam materna, quam paterna, si non petierit tutorem nepotibus pupillis intra annum, eorum successione privatur, *prææallegatâ leg. 2. §. filiis autem. 28. ff. ad Senatusconsultum Tertyllianum. Bartolus in dict. leg. 2. §. si mater. 23. ff. eodem. & in leg. 2. in princ. ff. de vulgari & pupill. Paulus de Castr. Corneus, & alii in leg. sciant. 10. Cod. de legitimis heredibus. Parisius consilio. 84. volum. 2. Forsterus dict. lib. 7. cap. 16. num. 11. & Grassus in lib. recept. sentent. §. successio ab intestato. quæst. 28.*

§. Licèt autem. 7.

§. 7. Licèt autem vulgò quæsitus sit filius filiavè: potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconsulto admitti.

SUMMARIA.

1 *Mater non solùm justis liberis, verùm etiam vulgò quæsitis succedit.*
2 *Mulieribus illustribus castitatis observatio præcipuum debitum.*
3 *Matrem illustrem filii sui spurii hereditatem petere posse, communiter obtinuit.*

1 EX Senatusconsulto Tertylliano mater non legitimis solùm & justis liberis, verùm etiam spuriis & vulgò quæsitis, cùm ea cognata & naturâ mater sit, succedit, *hoc §. & l. 2. §. 1. ff. ad SC. Tertyll. & l. si spurius. 4. ff. unde cognati.* Et quamvis Accursius hic, Mynsingerus, & alii tradant, matrem illustrem 2 ab hereditate filii spurii repellendam esse: eò quòd in mulieribus illustribus, quibus castitatis observatio præcipuum debitum est, nominari spurios, satis ignominiosum, satisque acerbum sit. *l. si qua illustris. 5. C. ad SC. Orfit.* attamen cùm nihil singulare de matre illustri hac in parte, jure nostro sit cautum, eam filii sui spurii hereditatem petere posse, communiter, & quidem rectè, receptum est: ut, *post Angel. in §. præferuntur. 3. s. hoc tit. & Matthesyllan. in tr. de success. ab intest. 2. membro secundi articuli principal. num. 5.* 3 docuit Schneidevv. *s. in tit. de heredit. quæ ab intest. defer. in secundo ord. succed. num. 48. & nos etiam attigimus s. in princ. d. tit. de heredit. quæ ab intest. defer. numer. 400.* Et eâ de re uberiùs scripsit Valentinus Forstetus *libr. 7. de successionib. ab intest. cap. 17. num. 5. & sequentib.*

DE SENATUSCONSULTO ORPHITIANO.

TIT. IV.

Principium Tituli, cum §. 1.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orphitiano, quod Orphitio & Rufo con-

so consulibus effectum est, divi Marci temporibus: & data est tam filio, quàm filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sint: & præferuntur consanguineis & agnatis defunctæ matris.

§. 1. Sed cùm ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur: postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

S U M M A R I A.

1 *Continuatio hujus tit. ad præcedentem: & senatusconsultum Orphitianum à quo, & quando factum.*

2 *Prætor non juvare solet eos, quibus jure civili est prospectum.*

3 *Patriæ potestatis effectus.*

4 *Quare nepotes ad aviæ, & non item avia ad nepotum successionem vocetur.*

1 IN proximè præcedenti titulo explicatum est: quomodò ex Senatusconsulto Tertylliano mater filio succedat: nunc vice versa, qua ratione filius ex Senatusconsulto Orphitiano (quod factum est, imperantibus Marco Ælio sive Aurelio patre, & ejus filio Antonino sive Commodo, circa annum Christi 180. Cornelio Scipione Orphitio, & Velio Rufo Consulibus: adeòque ab actore suo nomen est sortitum; ut Balduinus, Wesenbecius Mynsingerus, Hotomanus & Tuningius hic notant) ad matris hereditatem veniat, subtexitur. Etenim ante hoc Senatusconsultum liberis, in patris potestate constitutis, ad matris successionem nullus patebat aditus, neque jure civili, neque Prætorio. Non quidem jure civili: quia nec jus sui, nec jus agnationis inter eos erat, *ut supr. in principio tituli*
2 *proximi dictum*. Non etiam jure Prætorio, per bonorum possessionem *Unde cognati*: quia Prætor non juvare solebat eos, quibus jure civili erat prospectum. Liberis autem in potestate jure civili deferebatur successio patris. Sed tamen si emanciparentur liberi à patre: matri jure Prætorio, ut proximi cognati, id est, tertio ordine succedebant. Cæterùm ex hoc Senatusconsulto filius & filia ad bona matris intestatæ, ante ejus consanguineos agnatosque, admittuntur; quamvis patris in potestate sint, *hic & l. 1. l. matris 4. & l. penult. ff. ad Senatus cons. Tertyllian.* Hujus ratio est: quia hæc successio non patriâ potestate, aut ratione civili, sed potiùs ratione naturali; nimirum jure sanguinis nititur. Ex quâ ratione & illud resultat, quòd vulgò quoque quæsiti & ex concubinis nati ad matris successionem admittantur, ut constat *ex §. novissimè. 3. infrà Tom. III.* *hoc tit.* item quòd fratres ac sorores, etiam uterini, sive diversis ex matrimoniis nati, matri succedant. *d. l. matris. 4. ff. ad Senatusconsult. Tertyllian.* Nec 3
adversatur, quòd si liberi sint in potestate, hereditas matris non maneat penes liberos, sed transeat ad eum cujus juri subjecti sunt, videlicèt ad patrem, *l. placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Nam id fit non ratione successionis, sed ratione patriæ potestatis, per quam omnia patri acquiruntur. Quod tamen de jure veteri, sive de tempore Senatusconsulti hujus tantùm intelligendum est: posteriori siquidem jure bona materna, quoad proprietatem, ad liberos pertinent, *§. 1. sup. per quas pers. cuique acquir. & l. 1. C. de bonis. matern.*

Ut autem ex Senatusconsulto Tertylliano sola mater filio, & non avia nepoti; ita & contra ex hoc Orphitiano solus filius matri, & non nepos aviæ, succedit, *§. 1. hoc tit.* Sed postea Principum constitutionibus, quæ circa hoc Senatusconsultum factæ sunt, id emendatum est: ut non tantùm filius & filia ad matris, sed etiam nepotes & neptes ad aviæ intestatæ successionem admittantur: quamvis avia nepotibus non succedat, *l. si defunctus. 4. Cod. Theodos. de legitim. heredibus.* Ratio differentiæ, cur nepotes ad aviæ, & non item avia ad nepotum successionem vocetur, hæc est: quia hereditas magis debetur descendentib⁹ sive liberis, quàm ascendentib⁹, hoc est parentibus, *l. nam etsi. 15. ff. de inoffic. testament. & l. scripto. 7. in fine. ff. si tabul. testament. nulla extab.* Verùm jure novissimo parentum & liberorum mutua successio in infinitum habet locum, *Novell. 118. c. 1. & 2. & abundè expositum in princip. sup. t. de hereditatibus, quæ ab intest. deferunt. num. 55. & seqq. item num. 367. & sequentibus.* 4

§. Sciendum. 2.

§. 2. Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertylliano & Orphitiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi; propter illam regulam, quâ novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.

S U M M A R I A.

1 *Hereditates veteres legitimæ, capitis deminutione minimâ perimuntur: novæ non item.*

2 *Capitis deminutio, ut civilia, tollit civilia; non verò naturalia.*

3 *Veteres hereditates, itemque novæ, unde nomen habeant.*

4 *Maximâ & mediâ capitis deminutione pereunt quoque jura cognationis.*

HEreditates legitimæ veteres capitis deminutione minimâ, hoc est, emancipatione perimuntur: 1

muntur : novæ verò hereditates legitimæ eâdem capitis deminutione non pereunt, *hoc §. & l. 1. §. capitis. 8. ff. ad Senatusconsult. Tertyllian. l. capitis. 11. ff. de suis & leg. hered. l. tutelas. 7 ff. de capite minut.* Ratio discriminis evidens est : quia veteres hereditates tantùm respectum habent ad causam civilem, nimirum ad jus potestatis & agnationis : novæ autem tantùm considerant causam naturalem, putà jus cognationis & sanguinis, *ut sentiunt hic Balduinus.*
2 *Henricus Schilbock. & Giphanius.* At capitis deminutio, ut civilis, tollit civilia ; naturalia non item, *§. ult. f. de legit agnat. tutel. l. jura sanguinis. 8. ff. de re-*
3 *gul. jur.* Cæterùm veteres hereditates à veteri lege duodecim tabularum, ut novæ à novis legibus sive Senatusconsultis, ex quibus deferuntur, nomen
4 habent, *l. 1. & 3. ff. de petitione heredıtat.* Porrò notanter superiùs dictum est : capitis deminutione minimâ veteres duntaxat hereditates perimi. Nam maximâ & mediâ capitis déminutionibus etiam jura cognationis ; ac proinde successiones quoque novæ, ex novis legibus natæ, pereunt. *§ quod autem. 6. supr. de capit. deminut.* effectus, inquam, illius cognationis tollitur, non ipsa cognatio, quæ est planè naturalis, *docente Rittershusio hic in fine, pag. 357.*

§. Novissimè. 3.

§. 3. Novissimè sciendum est ; etiam illos liberos, qui vulgò quæsiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc Senatusconsulto admitti.

SUMMARIA.

1 *Spurii ex Senatusconsulto Orphitiano matri succedunt.*
2 *Ratio Senatusconsulti.*
3 *Liberi, ex damnato coitu procreati, ab omni successione excluduntur.*

1 Quemadmodum ex superiori Senatusconsulto Tertylliano mater filio spurio sive vulgò quæsito succedit : ita ex hoc Senatusconsulto Orphitiano spurius ad hereditatem matris admittitur, *per hunc §. & l. 1. §. 2. ff. ad Senatusconsul. Tertyllian.* nisi mater illustris sit, & liberos ex justis nuptiis procreatos habeat, *l. si qua illustris. 5. Cod. ad Senatusconsult. Orphitian.* Idque explicatiùs tractatum *ad principium tit. supr. de hereditatib. quæ ab intest. defer.*
2 *num. 338. & seqq.* Ratio utriusque Senatusconsulti jam aperta est : quia successio utriusque nititur causa & ratione naturali, id est, jure sanguinis, *ut suprà initio hujus tit. dictum num. 2.* Ius autem sanguinis hoc est, naturalis cognatio tam est in liberis injustis, & vulgò quæsitis, quàm justis & legitimis, *arg. l.*
3 *jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur.* At verò ex punibili, damnatoque coitu suscepti ; quales sunt ex adulterio nati, incestuosi & similes, à successione omni prorsus alieni habentur, *Novell. 74. cap. ultim. Graff. in libr. recept. sententiar. §. successio ab intestato. quæstion. 20. num. 4. Hartman. Pistoris lib. 1. quæst. 42. & expositum supr. in d. principio tit. de hereditatib. quæ ab intest. defer. num. 347.*

§. Si ex pluribus. 4. & ult.

§. 4. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte, vel aliâ causâ impediti fuerint, quò minùs adeant : reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio : & licèt antè decesserint, quàm accresceret ; ad heredes tamen eorum pertinet.

SUMMARIA.

1 *Ius accrescendi quid sit.*
2 *Nemo pro parte testatus, & pro parte intestatus, decedere potest.*
3 *Ius accrescendi in quibus locum habeat.*
4 *Hereditas legitima semper proximiori defertur.*
5 *Ius accrescendi transmittitur ad heredes : ejusq; ratio.*
6 *Beneficia realia ad heredem transeunt.*

Ius accrescendi, *de quo hic agit Iustinianus*, dicitur: 1
quando portio unius heredis, non adeuntis hereditatem, aliis coheredibus adeuntibus, etiam invitis ac nolentibus, accrescit. Cur invitis ac nolentibus? Primùm quia absonum atque ineptum est, ejusdem hereditatis partem agnoscere, & partem respuere. *l. unic. §. his ita definitis. 10. C. de caduc. tollend.* Deinde quia (*quæ ratio propria est hereditatis ex testa-* 2
mento delatæ) nemo pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere potest. *§. hereditas. 5. f. de heredib. instituend. l. jus nostrum. 7. ff. de regul. jur. De utrâq; hac ratione egregiè Duarenus lib. 1. de jure accrescend. cap. 2. Paulus Æmilius Gallus in tract. de exceptionib. in success. tam ab intest. quàm ex testam. part. 3. tit. 2. except. 3. num. 1. & seqq. fol. 561.* De hoc autem accrescendi jure duæ insignes breviter notandæ sunt sententiæ. Prior est : huic juri locum esse non so- 3
lùm in hereditatibus ex testamento. *d. §. hereditas. & §§. seqq. f. de heredib. instit.* in legatis & fideicommissis, *§. si eadem res. 8. supr. de legat.* & in bonorum possessione, *l. 3. §. ult. & tribus legibus seqq. ff. de bonor. possessionib.* sed etiam in hereditatibus legitimis, sive ab intestato delatis. *l. si ex pluribus. 9 ff. de suis & legit. hered. l. 1. §. si nemo. 9. ff. ad Senatusconsf. Tertyllian. l. si Titio. 61. §. 1. ff. de legat. 2. Paul. lib. 4. sentent. tit. 8. §. ultim.* Ratio, cur in hereditate legitimâ jus accrescendi locum habeat, hæc est : Tum quia eo- 4
dem in gradu qui sunt, conjuncti esse reputantur ; velut duo fratres, duo filii, &c. ita ut omnibus ejusdem gradûs tota hereditas deberi, ac non nisi concursu

cursu scindenda videatur, *Duaren. d. lib. 1. de jure accresc. cap. 1. & 14.* Tum quia hereditas legitima proximiori semper defertur, *Paul. d. tit. 8. §. in hereditate, &c.* Est autem absurdum, ut unius hereditas diverso jure censeatur, id est, partim ad proximiorem, partim ad remotiorem pertineat, *l. eum, qui ades. 23. & l. rerum mixtura. 30. §. ultim. ff. de usurpat. & usu-*
5 *cap.* Altera sententia est: jus accrescendi transmitti ad heredes, *d. l. si ex pluribus. 9. ff. de suis & legit. hered. l. hac scriptura. 26. §. 1. ff. de condit. & demonstrat. d. l. unic. §. his ita. Cod. de caduc. tollend.* Ut pone: Tres sunt heredes ab intestato. Duo hereditatem adeunt: tertius verò repudiat. Hujus tertii deficiens portio reliquis duobus, hereditatem adeuntibus, accrescit. Et licèt reliqui duo, qui adierunt, antè mortui fuerint, quàm portio tertii accresceret: tamen ad heredes eorum tertii portio deficiens transmittitur, *hoc §. nostro, in fine.* Ratio, cur jus accrescendi transeat ad heredes, hæc esse videtur: quia jus istud reale est, sive ad rerum acquisitionem pertinet, *l. si totam. 83. ff. de acquir. vel omitt. hered. Gi-*
6 *phanius & Schilbock. hic circa finem.* Atqui beneficia, quæ rei cohærent, non personæ, ad heredem transeunt. *l. privilegia. 196. ff. de regul. jur. & notat Rittershusius hic in fine. pag. 358.*

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TIT. V.

Principium Titul. cum §. 1. 2. 3. & 4.

Post suos heredes, eosque, quos inter suos heredes Prætor & constitutiones vocant, & post legitimos (quo numero sunt agnati, & hi, quos in locum agnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quàm nostra erexit constitutio) proximos cognatos Prætor vocat.

§. 1. Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à Prætore tertio ordine vocantur: exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis, vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, sive sororis; non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere. Aliis verò agnatis inferioris gradûs, licèt capitis deminutionem passi non sunt, tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.

§. 2. Eos etiam, qui per fœminini sexûs personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine Prætor ad successionem vocat.

§. 3. Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

§. 4. Vulgò quæsitos, nullos habere agnatos, manifestum est: cùm agnatio à patre sit, cognatio à matre: hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eâdem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est agnationis. Tantum ergò cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex eâ parte competit bonorum possessio, quâ proximitatis nomine cognati vocantur.

SUMMARIA.

1 *Ordinis ratio, seu continuatio.*
2 *Qui tertio cognatorum ordine succedant.*
3 *Civilis ratio civilia jura corrumpit, naturalia non item.*
4 *De lege Anastasii Imperatoris.*
5 *Quibus cognatis Prætor bonorum possessionem pollicetur.*
6 *Proximitatis verbum quid hîc significet.*
7 *Liberi adoptivi quatenus ad naturalis patris hereditatem vocentur.*
8 *Cessat Prætorium & extraordinarium auxilium, ubi est ordinarium.*
9 *Liberi vulgò quæsiti quo ordine succedant.*
10 *Vulgò quæsiti nullum patrem habere intelliguntur.*

Expedito primo, qui est suorum heredum: itemq; secundo, qui est legitimorum seu agnatorum, eorumq;, qui his annumerari solent, ordine succedendi civili: transit Justinian⁹ ad tertium, jure Prætorio comparatũ, qui ad cognatos pertinet. Ex his autem, 1
qui hoc tertio ordine succedunt, primò sunt agnati capite deminuti, h. e. emancipati, & qui ex iis progeniti sunt, *§. 1. hoc tit. & l. legit. 5. ff. Unde cognati.* Ratio, 2
cur hi tertio ordine à Prætore vocentur, hæc est: quia licèt agnatio minimâ capitis deminutione extincta sit; adeoq; emancipati, ex iisq; geniti, nò ampliùs inter legitimos ex lege duodecim tabularũ habeantur, i. e. non ampliùs sint agnati; manent tamen cognati.

Emancipatio siquidem, quæ juris civilis est, cognatiunem, quæ ex naturâ descendit, tollere non po-
3 tuit. Nam civilis ratio civilia quidem jura corrumpit, naturalia verò non utique, *§. ultim. supr. de legit. agnator. tutel. §. minùs ergò. 11. sup. de heredit.*
4 *quæ ab intestato deferuntur.* Anastasius porrò Imperator emancipatum fratrem aut sororem unà cum fratribus integri juris, id est, capitis deminutionem non passis, sive non emancipatis, ad legitimam fratris sororisvè hereditatem ita vocat, ut integri, hoc est, non emancipati, singuli duplo plus accipiant, quàm emancipati: veluti, si unus sit frater non emancipatus, & alter capite minutus, id est, emancipatus: non emancipatus bessem sive octo uncias accipit, emancipat⁹ verò trientem, h.e. quatuor uncias, *l. si ab eo. 11. & l. ult. §* 1. *Cod. de legitimis heredib. l frater. 4. Cod. de legit. tutel. & hic copiosè Theophilus.*

5 Deinde hoc tertio gradu seu ordine admittuntur ad bonorum possessionem Unde cognati à Prætore illi, qui per muliebrem sexum sive per fœminini sexûs personas ex transverso cognatione junguntur. §. 2. *hoc tit. nostro. l. 1. & 2 ff. Unde cognati.* ubi traditur, Prætorem naturali ratione & æquitate permotum, omnibus cognatis promittere bonorum possessionem, qui jure civili ad successionem admitti non poterant. Rectè autem ait Imperator hìc *in d. §. 2.* ex transverso cognatione junguntur. Licèt enim etiam in lineâ directâ sint cognati per fœminas cognatione juncti, ut nepotes ex filiâ: hi tamen in primo ordine hodie, & non in hoc tertio vocantur, *ut patet ex §. penult. & ult. supr. de hereditatib. quæ ab*
6 *intest. defer. ubi id explicatiùs persecuti sumus.* Porrò proximitatis nomine hìc *in d. §. 2.* & aliâs sæpe, *ut in §. 4. & ult. infr. hoc tit. instit. tit. infr. de servili cognat. l. si spurius. 4. ff. unde cognati. & l. ad intestati. 5. C. de legitimis heredib.* cognatio naturalis, per sexum fœmininũ inducta, designatur: quia in hac solâ proximitas spectatur: & quo quisque gradu proximior est, eo jure habetur potior. Cæterum in aliis, suorum nimirum & agnatorum, ordinibus, non tam quis sit gradu proximior, quàm quis suus, quisvè agnatus sit, consideratur: atque ita remotior interdum proximiorem excludit, ut docent Wesenbecius, Rittershusius & Tuningius *in d. §. 2. hoc tit.*

7 Tertiò liberi quoque adoptivi ad naturalium parentum hereditatem hoc cognatorum ordine vocantur, *§. liberi. 3. hoc tit. d. l. 1. §. cognationem. 4. ff. Unde cognati.* Ratio, cur hi tertio demum hoc cognatorum gradu vocentur, est: tum quia cùm sint emancipati, sive extra potestatem patris naturalis, non sunt ampliùs sui, quoad illum patrem: tum etiam, quia Prætor eos non vocat in primo ordine liberorum: quia, cùm sint in familiâ & potestate patris adoptivi, & proinde iis jure civili sit prospe-
8 ctum: non putavit, se illis succurrere debere. Cessat enim Prætorium & extraordinarium auxilium, ubi est ordinarium, *l. in causa. 16. ff. de minoribus 25. ann. & dictum in §. at hi, qui emancipati. 10. f. de hereditatibus, quæ ab intest. defer.*

Deniquè liberi vulgò quæsiti, id est, ex meretrice progeniti, hoc tertio ordine mutuò sibi succedunt, 9
§. vulgò quæsitos. 4. hoc tit. l. si spurius. 4. ff. Unde cognati. Ratio clara est: quia cognati tantum inter se sunt, non agnati. Quid ita? quoniam agnatio à patre est, *§. 1. f. de legitim. agnator. successione.* At vulgò 10
quæsiti nullum patrem habere intelliguntur, *d. §. 4. hoc tit. & l. vulgò concepti, 23. ff. de statu hominum.* Ex quo sequitur, eos inter se quoque consanguineos non esse. Nam consanguinei vocantur fratres ex eodem patre nati: & consanguinitatis jus, agnationis species est, *auctore Iustiniano in d. §. 4. hoc tit.* Quamobrem vulgò quæsiti, nec consanguinei, nec agnati, sed solummodo cognati tum inter se, tum matri esse dicuntur, *l. 2. & d. l. 4. ff. Unde cognati. Idq; paulò latiùs explicat Petrus Ostermann. hic in suis rationalib. pag. 37.*

§. Hoc loco. 5.

§. 5. Hoc loco & illud necessariò admonendi sumus: agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit: sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto, quo Prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis verò nomine iis solis Prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrinaque nati natævè.

SUMMARIA.

1 *Agnati usque ad decimum, cognati usque ad sextum tantùm gradum succedunt: nisi ex sobrino, sobrinávc descenderint.*
2 *Quæ sit ratio istius differentiæ.*
3 *Hodie & agnati & cognati in infinitum succedunt: salvâ tamen semper gradûs prærogativâ.*

EXponitur hìc egregia inter agnatos & cognatos in successione differentia: agnatos scilicet, qui 1
per masculum nos contingunt, ad hereditatem venire, etsi decimo gradu sint, hoc est, admitti in infinitum (Neque enim ista hujus §. verba, *etsi decimo gradu* sit, hoc innuunt, quòd agnationis jure usque ad decimum solùm gradum succedatur, sed exempli causâ ponuntur pro longissimo gradu, *§. cæterùm. 3. f. de legit. agnat. successi. §. fin. infr. de servili cognat.*) cognatos verò, id est, per fœmininam lineam conjunctos, usque ad sextum tantùm gradum succedere: nisi nati sint ex sobrino, vel sobrinâ. Hi enim soli etiam ex septimo gradu admittuntur. *l. 1. §. hac autem. 3. ff. unde cognati.* cùm quia velut descendentes sunt, quibus potiùs hereditas, quam collateralibus debetur:

tur: tum quoniam frequentiùs naturâ evenit, ut hi superstites sint, quàm alii ejusdem gradùs ex patruis
2 & patruelibus, *teste hic Wesenbecio num.3.* Ratio autem differentiæ, quare agnati ad hereditatem in infinitum, cognati usque ad sextum duntaxat vel septimum gradum inclusivè admittantur, hæc est: quia in agnatione ratio civilis & jus familiæ, in cognatione jus sanguinis sive natura spectatur. Jam verò jus familiæ porrigi & produci potest in infinitum. At natura non patitur, ut vita cognatorum ultra septimum gradum consistat, aut vix eò pertingat, sive in directo limite, sive in transverso, *l. non facilè. 4. ff. de gradib. & affinib. Paul. lib. 4. sent. tit. 11. §. ult. Isidor. lib. 9. cap. 6. Giphanium in hoc §.* Sed & illa fortean ratio assignari poterit: tum quia post agnatos veniunt cognati: ac proinde frustrà multiplicarentur gradus cognationis. Tum quia minùs indulgendum fuit bonorum possessioni, quàm successioni civili, *notante hic Marcilio. Vide tamen isthæc aliter explicantem Bachovium hic num. 1. pag. 672. & seq.* Porrò cùm hodie in successionibus, agnationis
3 & cognationis discrimen obliteratum sit: in infinitum & cognati cum agnatis venient ad successionem: salvâ tamen semper gradûs prærogativâ, ut qui prior in gradu sit, potior etiam in successione habeatur, *Novell. 118. cap. 4. Anton. Matth. hic in suis Not. Döring. in bibliotheca Iurisconsultorum. tom. 3. verb. agnati. num. 47. fol. 1170. & explicatum supr. in princ. tit. de hereditatib. quæ ab intest. deferuntur. numer. 58. 449 & sequente.*

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

TIT. VI.

Principium Tituli.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Qua in re in primis admonendi sum⁹, cognationem aliâ supra numerari, aliâ infrà, aliam ex transverso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentum, inferior liberorum, ex transverso fratrum sororumve, & eorum, qui quævè ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, à secundo.

Summaria.

1 *Continuatio hujus tituli cum præcedente.*
2 *Disputationis de gradibus cognationum, triplex maximè jure civili usus.*
3 *Tutela ad proximos agnatos pertinent.*
4 *Contra affines & agnatos inviti dicere testimonium non cogimur.*
5 *Graduum utilitas insignis in contrahendis matrimoniis.*
6 *Gradus unde. & quid sit: & n. 11.*
7 *Nulli affinitatis sunt gradus: hujusq; ratio.*
8 *Lectio & sensus l. ult. ff. de gradib. & affinib.*
9 *Cognati unde sic dicti.*
10 *Cognationis triplex linea sive ordo: parentum, liberorum, & propinquorum.*
11 *Directus & transversus limes à quo gradu incipiant.*
12 *Inter fratres & sorores nulla est generatio.*

Quia paulò antè dictum est: agnatos, etiamsi decimo gradu sint, succedere: cognatus usque ad sextum vel septimum: sequens fuit exponere, quoto quique ex his sint gradu: ut inde intelligi possit, qui quibus in successione præferantur. Est autem disputationis de gradibus cognationum triplex potissimùm jure civili usus. Primus cernitur in hereditatibus, quæ eo jure proximis agnatis deferuntur: ut cognatis jure Prætorio. *§. si plures. 5. supr. de legit. agnat. success. initio. tit. proximè præcedentis. Novell. 118. c. 3. in fine.* Alter est in tutelis, quæ & ipsæ ad proximos agnatos pertinent, *de quibus sup. de legit. agnator. tutel. & §. ult. f. de capitis deminut.* Tertius est in lege publicorum judiciorum, quâ contra affines & agnatos testimonium inviti dicere non cogimur. *l. lege Iulia. 4 ff. de testib.* Et has tres utilitates adfert ipse Paulus *in l. ult. in pr. ff. de gradib. & affinib.* Est & quarta utilitas, eaque insignis in contrahendis matrimoniis, de quâ Alexander Papa secundus *in can. ad sedem. 35. q. 5.* ubi reprehendere videtur Iurisconsultos, quòd hanc omiserint utilitatem, quam tamen solam spectent canones. Sed immeritò reprehendit. Nam non omnem illi graduum mentionem & usum in nuptiis prætermiserunt, *ut patet ex §. inter eas. 2. & §. seq. sup. de nupt. & l. per adoptionem. 17. §. 2. de ritu nuptiar. Vide D. Besoldum in thesauro pract. lit. G. num. 64. pag. 358. & Georgium Schultz. in expositione arboris consanguinitatis & affinitatis in proœmio.* Gradus autem μεταφορικῶς hoc loci dicitur, ductâ similitudine à scalis, vel locis proclivibus, quos per gradus ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus. *d. l. ult. §. gradus. 10. ff. de gradib. & affinibus.* nihilque aliud est, quàm generatio personæ, sive intervallum cujusque generationis cognatorum. *§. hactenus. 7. infr. hoc tit.* Etenim cùm quæritur, quoto gradu hic distet ab illo: hoc quæritur, quotâ generatione illum contingat? *Verbi gratiâ:* cùm quæro, quoto gradu distet pater à filio, quoto filius a patre, vel quoto frater à fratre: hoc solùm quæro, quot generationes inter filium & patrem,

7 aut inter duos fratres intercedant? Hinc est, quòd Modestinus Jureconsultus respondet, nullos esse affinitatis gradus. *d. non facilè. 4. § gradus. 5 ff. de gradib. & affinibus.* Ratio, cur sint nulli, hæc est: quia nullæ sunt generationes: quippe cùm affines nequaquam nascantur ex affinibus, sicuti cognati ex cognatis, sed matrimonio fiant. Affinitatis siquidem principium faciunt conjuges, maritus & uxor: qui arctissimâ conjunctione juncti, unum corpus fiunt. *Genes. cap. 2. v. 23. Matth. c. 19. 1. Corinth. c. 14. & c. 6. v. 16. Ephes. c. 5. v. 28. 29. 31. 33. Novell. 22. in præfat. l. si id. 28. §. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor.* & ab utraque parte suos cognatos, alter alteri devincit & affines efficit, eo gradu quo à se in cognatione distant. *d. l. 4. §. sed quoniam. 3. vers. affines sunt. ff. de gradib. & affinib. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 7. num. 32. pag. 20.* Quare malè in vulgaribus libris & exemplaribus legitur, *de gradibus affinitatis & consanguinitatis*: rectè verò in Pandectis Florentinis, *de gradibus & affinibus*: de gradibus, scilicet cognationum *ut hic*. Et ita Paulus quoque *libro. 4. sentent. tit. 11.* simpliciter titulum concepit, *de gradibus*.

8 Nec obloquitur *dict. l. ult. ff. eod.* in cujus principio habetur, Jurisconsultum nosse debere cognatorum gradus & affinium. *Ille* namque locus (*ut hic monet Cujacius in suis notis*) emendandus videtur, & legendum: *gradus & affines*. Sic enim ipsa inscriptio legis est: *de gradibus & affinibus*. Nisi quis fortè ibi nomine tantùm seu abusivè, non propriè & re ipsa gradus affinitatis nominari existimet, *quemadmodum hic ad Rubricam Wesenbecius*. Vide quoque Julium Pacium *centur. 6. ἐναντιοφανῶν quæst. 71. & Iacobum Curtium tom. 1. conjectur. lib. 3. c. 7. itemq́; Theodorum Marcilium hic, pag. 436. ubi paulò fusius eâ de re disputat.*

9 Porrò cognati ab eo dici putantur, quòd quasi unà communiterue nati, vel ab eodem orti, progenitivè sint, *auctore Modestino in dict. l. non facilè. 4 § 1. ff.*

10 *de gradibus*. Et cognationis vocabulum hic generali significatione accipiendum est, ut tam agnatos, quàm cognatos, sive tam agnationem, quàm cognationem in specie sumptam, complectatur. *dict. l. ult. § 1. & 2. ff dict. tit. Mynsinger. hic in Rubr. num. 3.* Ejusque triplex perhibetur linea seu ordo: superior, qui est parentum: inferior, qui est liberorum: & ex transverso, sive à latere, qui est fratrum sororumuè liberorumque eorum, sive agnatorum & cognatorum. *hic & l. 1. in princip. ff. eod. tit.* Quidam subtiliùs ita distinguunt: primùm, ut duo sint limites sive ordines cognationis; directus & transversus sive obliquus: deinde, ut directus subdividatur in lineas duas, superiorem & inferiorem, *Paulus in l. stemmata. 9. ff. de gradib. & affinib. Giphanius hic in verb. qua in re inprimis, &c.* Verùm sive initiò cognationem in duos limites, transversum & directum dividas, & directum rursus in duas lineas, superiorem videlicet, & inferiorem subdividas; sive duas hasce divisiones conjungas, & tres lineas seu ordines, superiorem, inferiorem, & transversum facias: eòdem res recidit. Nam semper verum est, triplicem cognationis esse ordinem: parentum, liberorum, & propinquorum, id est, agnatorum & cognatorum. *Timæus Faber disput. 21. ad Instit. Imperial. th. 14. Atque de multiplici cognationis divisioni consulatur Ambrosius Schurerius in tr. de hereditatibus. quæ ab intest. defer. in explicat. de gradibus consanguinitatis, &c. loc. 4. pag. 455. & seqq.*

Cæterùm directum limitem incipere à primo gradu, in quo est pater & filius; transversum à secundo, in quo est frater & soror, Cujus *in d. l. 1. §. 1. ff. de gradib. & affinibus.* asserit: Justinianus hic confirmat. Ratio hujus differentiæ inter directum & transversum limitem, est illa: quoniam (*ut superius dictum num. 6.*) gradus nihil est aliud, quàm generatio: sive quia gradus ex generatione oritur. Inter fratres autem & sorores cum non sit generatio (non siquidem frater fratrem progenerat) nec gradus esse potest. Itaque ut in transverso limite reperiatur gradus: inquirenda est generatio, hoc est, ascendendum est ad eos, à quibus fratres sunt generati: ut sunt pater & mater, qui in primo constituti sunt gradu: unde statim ad fratrem & sororem pervenitur, secundusque gradus efficitur, *d. l. ultim. §. nam. quotiens. 9. in fine. ff. de gradibus. & affinib.* Videatur Franciscus Hotoman· *hic, enunc. 3.* & planiùs explicabitur *in dict. §. hactenus. 7. infr. hoc t.* 11 12

§. Primo gradu. 1. cum aliquot sequentib.

§. 1. Primo gradu est suprà, pater, mater: infrà, filius, filia.

§. 2. Secundo gradu suprà, avus, avia: infrà, nepos, neptis: ex transverso, frater soror.

§. 3. Tertio gradu suprà, proavus, proavia: infrà, pronepos, proneptis: ex transverso, fratris sororisque filius, filia; & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui Græcè πατράδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græcè μητράδελφος dicitur: & uterque promiscuè θεῖος appellatur. Amita est patris soror, quæ Græcè πατραδέλφη appellatur. Matertera verò matris soror, quæ Græcè μητραδέλφη dicitur: & utraque promiscuè θεία appellatur.

§. 4. Quarto gradu suprà, abavus, abavia: infrà, abnepos abneptis: ex transverso, fratris sororisque nepos, neptisvè: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus, & matertera magna, id est, aviæ frater & soror: consobrinus, consobrina, id est, qui quævè ex sorori-

sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos: eos verò, qui ex duobus fratibus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amitæ tuæ filii, consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

§. 5. Quinto gradu suprà, atavus, atavia: infrà, atnepos, atneptis: ex transverso, fratris sororisque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror, & proavunculus & promatertera, id est, proaviæ frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, eonsobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius filia: propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.

§. 6. Sexto gradu sunt suprà, tritavus, tritavia: infrà, trinepos, trineptis: ex transverso, fratris sororisque, abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater & soror: abavunculus, abmatertera, id est, abaviæ frater & soror: item fratris patruelis, sororis patruelis consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ, nepos, neptis: item propatrui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ filius filia: item sobrini, sobrinæ, id est, qui quæuè ex fratribus vel sororibus, patruelibus vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.

S u m m a r i a.

1 *Pater quis, & unde dicatur; qua item mater, & unde.*
2 *Patris & matris appellatione quando avus & avia contineantur.*
3 *Filius quis, & unde vocetur.*
4 *Filii nomen interdum latè, quandoque angustè sumitur.*
5 *Primo cognationis gradu quot persona contineantur.*
6 *Secundus gradus quot complectatur personas.*
7 *Soror appellatione fratris quatenus veniat.*
8 *Appellatione sororis nunquam includitur frater: & tur.*
9 *Exemplo pessimum est, fœminino sermone masculos contineri.*
10 *Ius defensionis & imperium domesticum ad masculos pertinet.*
11 *Masculinus sexus in omni rerum genere est principium & creatura perfectior.*
12 *Tertius cognationis gradus quot personas comprehendat.*
13 *Avunculus unde derivetur.*
14 *Amita unde dicatur.*
15 *Matertera unde.*
16 *Patruus unde.*
17 *Θεῖος & avunculum & patruum promiscuè significat.*
18 *In quarto gradu quot persona numerentur.*
19 *An appellatione patrui veniat patruus magnus.*
20 *Qui patrueles, consobrini, itemq; amitini dicantur.*
21 *Quinto gradu quot contineantur persona.*
22 *In sexto gradu quot persona reperiantur.*
23 *Tritavus unde sit dictus.*
24 *Septimus gradus quot personas complectatur.*

Pater & mater (dicti à vocibus, quas primas infantes edunt *Pa* & *Ma*, priore viros, alterâ mulieres omnes consalutare soliti, auctore Jacobo Curtio, *tom. 1. conjectur. cap. 47.*) in cognationis lineâ superiore, filius & filia in inferiore primum gradum obtinent. *l. ult. §. primo gradu. 12 ff. de gradib. & affinib.* Pater est, qui aliquem genuit: mater est, quæ peperit. Hæc certissima est: ille incertissimus: & is dicitur, quem justæ nuptiæ designant. *l. quia semper. 5. ff. de in jus vocando.* Patris autem nomine demonstrari quoque avum, à Juliano responsum est. *l. justa. 201. ff. de verborum signification.* Quod tamen in his maximè procedit, quæ benignè accipienda, & interpretatione adjuvanda sunt. Nam quoties de odio tractatur: appellatione patris & matris, avus & avia non continentur. *l. lege Iulia. 44. §. 1. ff. de ritu nupt. l. patri. 20. ff. ad legem Iuliam de adult. & refert ex Bartolo & Baldo Mynsingerus hic numer. 1. in §. 1.* Avum Festus ait dictum vel ductum, à Græcâ voce πάππος, quæ significat avum sive paternum vel maternum: vel, quòd ad duos attineat, quasi ad Avum, vel quia ad patrem sit additus. Isidorus *lib 8. orig. 5.* avum dictum scribit ab ævo, id est, antiquitate: *quem refert Bachovius hic num. 1. pag. 674.* Filius (ἀπὸ τοῦ φίλος) dictus, vel à Græco vocabulo υἱὸς aspiratione in digamma, quod Latino F simile, conversâ, *Iac. Curt. loco prallegato*) est, *definitore Vlpiano*, qui ex viro & uxore ejus nascitur. *l. filium. 6. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt.* vel jure filii loco adoptatur. *l. 1. l. cum nepos. 6. l. adoptiones. 43. ff. de adoptionib.* Et filii quoq; nomen in jure nunc latius patet, & non solùm filium, sed etiam nepotem per interpretationem comprehendit; nunc angustiùs de filio tantùm dicitur. *dict. l. justa. 201. & l. filii. 84. ff. de verborum signification. ibidemque eleganter Alciatus, Fornerius, Brechéus, & Gœddæus. numer. 2. aliique nonnulli ab hoc allegati.* Primo igitur cognationis gradu quatuor personæ, nomine differentes, continentur: sursum versus duæ; pater & mater: deorsum versus itidem duæ; filius

filius & filia. Qui tametsi plures esse possunt: numerum tamen graduum non augent: cùm inter se non differant: adeòque pro uno eodemque computentur. *d. l. ult. §. primo gradu. 12. ff. de gradibus. & affinibus.*

6 Secundo gradu cognationis duodecim comprehenduntur personæ: duplicatis nimirum personis, *hic in §. 2.* enumeratis. Duo namque avi sunt, & duæ aviæ, à patre scilicet & matre: nepos item ac neptis, tam ex filio, quam ex filiâ: frater denique & soror, tam ex patre, quàm ex matre. *d. l. ult. §. secundo*

7 *gradu. 13. ff. de gradib. & affinibus.* Unde colligendum videtur: ex significationis proprietate, sororem appellatione fratris non venire: nisi eadem subsit ratio. *l. tres fratres. 35. ff. de pactis. l. si ita sit scriptum. 45. ff. de legat. 2. Alciat. in l. 1. num. 2. ff. de verb.*

8 *significat.* Econtrà verò appellatione sororis nunquam includitur frater, etiamsi eadem ratio subesset: quoniam certum est, quòd fœminina appellatione nunquam sexus masculinus, neque sermonis proprietate, neque interpretationis beneficio, continetur. *l. servus legatis. 81. in princ. vers. ancillis. ff. de legat. 3. d. l. si ita sit scriptum. 45. ff. de legat. 2.* ubi hujus rationem Pomponius illam assignat: quòd

9 exemplo pessimum sit, fœminino vocabulo sive sermone etiam masculos contineri. Cur exemplo pessimum sit, ratio non una est: tum quia veteres soliti fuerunt per exprobrationem & irrisionem fœmineo nomine appellare eos, qui imbecilles, molliculi & effœminati erant. *Alciat. lib. 2. parerg. cap. 48. Tiraquell. ad leg. 1. Connubialem. gloss. 1. part. 1.*

10 *num. 89. ubi id fusiùs declarat.* Tum quia jus defensionis, & imperium domesticum ad masculos

11 spectat. *l. 1. ff. de injuriis.* Tum etiam, quia masculinus sexus in omni rerum genere est principium & creatura perfectior. At si fœmininæ appellationi, ut masculos comprehenderet, tribueretur: utique indigniori & imperfectiori tribueretur id, quod κατ' ἐξοχὴν digniori, excellentiori & perfectiori deberetur: imò fœmina masculi principium, caput & tutrix, contra omnem rationem politicam œconomicam & physicam, constitueretur. Quod cùm exemplo sit pessimum, & ipsâ re turpissimum apud mulieres, nimiùm maritalia imperia affectantes: meritò placuit, nequaquam fœminei sexûs appellationem ad masculum extendere: id quod pluribus exponit Gœddæus *in Commentar. ad l. 1. ff. de verbor. significat. num. 63. & subsequentibus.*

12 Tertium cognationis gradum, suprà quidem proavus; infrà, pronepos; latere verò fratris filius, patruus, avunculus, amita, & matertera obtinent. *§. 3. hoc tit. l. 1. §. tertio gradu. 5. ff. de gradib. & affinib.* Tertius autem iste gradus complectitur personas triginta duas; sedecim rectas, totidemq; transversas. Sunt enim suprà proavi quatuor: pater avi paterni, pater aviæ paternæ, pater avi materni, pater aviæ maternæ: totque sunt proaviæ. Infrà pronepotes sunt quatuor; filius agnati nepotis, filius agnatæ neptis, filius cognati nepotis, filius cognatæ neptis: totque sunt pronepotes. Ex transverso filii & filiæ fratris & sororis sunt octo: natus & nata ex consanguineo, natus & nata ex consanguineâ, nat⁹ & nata ex uterino, natus & nata ex uterinâ: duo sunt, patrui: fratris frater consanguineus, & frater uterinus: duæ amitæ; patris soror consanguinea, & soror uterina: duo avunculi; matris frater consanguineus, & frater uterinus: duæ materteræ, matris soror consanguinea, & soror uterina. *d. l. ult. §. tertio gradu. 14. ff. de gradib. & affinib. & notat Mynsingerus in d. §. 3. hoc tit. num. 1.* Avunculus porrò matris meæ 13
frater, traxit appellationem ab eo, quòd æquè tertius à me, ut avus est, sed non ejusdem juris: Ideoque vocabulo facta deminutio: sive avunculus appellatur, quòd avi locum obtineat, & proximitate tueatur sororis filium; quasi minor avus: *ut, post Festum tradit Bachovius hic num. 1. pag. 675.* Amita, patris 14
mei soror (quia similiter tertia à me est, atque avia videri potest) dicta ex eo, quòd ab antiquioribus avita sit vocitata: sive amita dicta est, quia à patre meo amata est. Nam plus sorores à fratribus, quàm fratres, diligi solent: videlicet propter dissimilitudinem personarum: quæ ideo minus habent dissensionis, quò minus æmulationis. Cæterùm matertera, 15
matris soror, dicta est quasi mater altera, vel quia matris loco est; uti annotarunt *post Festum, Bachovius hic num. 2.* Hotomanus *enunciat. 4.* hujusque nomine impudenter (ut ferè aliàs semper) suppresso. Tuningius *pag. 499.* & Jacobus Curtius *d. tom. 1. Conjecturar. lib. 2. cap. 47.* Denique patruus, frater 16
patris, ex eo vocatus est, quòd patris loco sit. Vocula autem illa (θεῖος) cujus *in d. §. 3. hoc tit.* fit mentio, cùm simpliciter ponitur: promiscuè vel de avunculo, vel patruo intelligi potest *l. cùm quis. 37. §. codicillis. 5. ff. de legat. 3.* Itaque Græci ut hanc dubitationem tollant, aliquam notam addere solent: ut apud Aeschinem in quadam ad Ctesiphontem epistolâ est, ἐκ μητρὸς θεῖος, ut significetur avunculus. Apud Lucianum in Somnio itidem est, μητρὸς θεῖος. Sed & Justinianus Imp. sæpenumero isthæc voculâ utitur *in novella suâ constitutione. 118. cap. 3.* ut refert Balduinus, ejusque mentione dissimulatâ (ut & in plerisque locis aliis) Mynsingerus *in d. §. 3. hoc tit. numer. 2.* Sanè & M. T. Cicero *lib. 1. Epistol. ad T. Pomponium Atticum. epist. 17.* hoc nomine notat patruum, eumq; minimè indulgentem. Sic enim 17
loquitur, Attico commendans fratris sui Quinti filium: *Cura, amabo te, Ciceronem nostrum: ei nos θεῖοι videmur*: hoc est, nos illi videmur nimium patrui: non fert severitatem nostræ disciplinæ; proptereaque nos fugit. *Balduin. d. loco.*

Quartum cognationis gradum suprà abavus; infrà abnepos; à latere sive extransverso fratris sororisque nepos, item patruus & avunculus magni, amita & matertera magnæ obtinent. *§. 4. hoc tit. d. l. §. quarto gradu. 6. ff. de gradib. & affinib.* Cæterùm in isto quarto gradu numerantur personæ octoginta, nempe 18
triginta

triginta duæ rectæ, *de quibus in l. fin. §. quarto gradu. 15. in princ. ff. d. tit.* utrinsque avi fratres quatuor, qui patrui magni: & tot sorores, quæ amitæ
19 magnæ: utrinsque aviæ quatuor fratres, qui avunculi magni: totidem sorores, quæ materteræ magnæ nominantur. *d.l.fin. §.15. vers patruus. & vers. amita, &c.* consobrini sedecim; itemque sedecim fratris atque sororis nepotes ac neptes. *d. §. 15. vers. eodem gradu & vers. fratris, &c.* Num patruus magnus veniat appellatione patrui, ambigitur? Sed probabilius est: ex propriâ verbi significatione non venire: sed tantum per interpretationem, *argum. d.l.justâ. 201 ff de verb. significat.* Ejusque hæc redditur ratio: quia ubi nomen eum adjuncto profertur, putà patruus *magnus*: dicto illa adjecta (*magnus*) improprietatem denotat: ut & graduum diversitas. Patruus namque in tertio gradu est: patruus magnus est in quarto. *§. 3. & 4. hoc tit.* Adde, quòd verba plerunque in priori significatu accipiuntur, non in posteriore, *argumento l. qui liber. 8. §. hoe verba. 1. ff. de vulgari & pupill. substit.* Et ita *sentiunt Loriotus in d.l. fin. §. quarto gradu. 15. ff. de gradib. &*
20 *affinib.* eumque laudans Mynsingerus *in d. §. 4. hoc tit. num. 2.* Porrò qui duobus ex fratribus nascenntur, patrueles: qui duabus ex sororibus, consobrini: qui ex fratre & sorore, amitini inter se propriè nominantur: quamvis plerique nomine generali hos omnes consobrinos vocent. *d. §. 4. hoc tit. d.l. 1. §. qarto gradu. 6. & l. ult. §. quarto gradu. 15. vers. eodem gradu. &c. ff. de gradib. & affinib.* Quòd autem Paulus *in d. §. 15. vers. fratru autem mei, &c.* fratrum sororumq; nepotes neptesuè consobrinos appellitar: levi quadam fit abusione: ut, qui verè inter se sobrini sunt, dicantur simul consobrini: sicuti, si qui inter se fratres sunt, se confratres vocitarent. *Tuningius hic in d. §. 4 ibidemque Hotoman. enunciat. 3.*

21 Quintum gradum cognationis suprà, atavus; infrà, atnepos, à latere, fratris pronepos, propatruus, propior sobrino, patruique magni filius occupant. *d.l. 1. §. quinto gradu. & d.l ult. §. quinto gradu. 16. ff. de gradib. & affinib. & §. 5. hoc tit.* Etsi verò hoc quinto gradu, *juxta Haloandri lectionem*, centum octoginta quatuor duntaxat personæ continentur: attamen ex ipsa dinumeratione centum & nonaginta duas esse constat. Numerantur enim triginta duo atavi & atavia: tot atnepotes & atneptes: tot propatrui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ: tot propiores sobrini sobrinæq;: tot consobrinorum consobrinarumque filii & filiæ: tot fratris & sororis pronepotes & proneptes. *d.l. ult. § 16. & post Eguinarium Baronem notat Mynsingerus in d. §. 5. hoc tit. num. 1.*

22 Sextum cognationis gradum suprà, tritavus; infrà, trinepos; à latere, fratris abnepos, abpatruus, consobrinorumque nepos, sobrinus, propatruique filius obtinent. *§. 6. hoc tit. l. 3. & d.l. ult. §. sexto gradu. 17. ff. de gradib. & affinib.* In eo autem gradu, secundum Pauli dinumerationem, numerantur personæ quadringentæ quadraginta octo: nempe tritavi & tritaviæ sexaginta quatuor: tot trinepotes & trineptes: tot abpatrui, abamitæ, abavunculi, abmateteræ; tot sobrini & sobrinæ: tot propiorum sobrinorum sobrinarumque filii & filiæ: tot fratris & sororis abnepotes & abneptes. *d. l. ult. §. sexto gradu. 17. ff. d. tit.* Porrò tritavus dicitur, quasi tertii avi 23 avus: quoniam avus est abavi, qui patris tertius avus est: sicut trinepos, tertii nepotis, nimirum abnepotis nepos, docente Mynsingero *in d. §. 6. hoc tit. num. 2.* Præterea Iulius Paulus etiam septimum 24 gradum subjungit: in eoque mille viginti quatuor personas reperiri ostendit, *ut videre est ex sæpe allegatâ l. ult. §. septimo gradu 18. ff. de gradib. & affinibus.* Cæterùm de cognatorum ordinibus latius differit Joannes Bechstadius *in collatione jurium connubialium cap. 6. pag. 25. & seqq.*

§. Hactenus. 7.

Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adjicit, ut longè facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quàm proprià cognationis appellatione quenquam denotare.

S U M M A R I A.

1 *Quot gradus Iustinianus hic recenseat.*
2 *Quare non plures, quàm septem, inveniantur cognationis gradus.*
3 *Sensus l. octavi. 9. ff unde cognati.*
4 *Quæ sit vera dinumerandorum graduum ratio.*
5 *Tot sunt gradus cognationum, quot sunt generationes.*
6 *In descendentibus quomodo gradus inquirantur.*
7 *Quomodo item in ascendentibus.*
8 *Qualis tenenda graduum computatio in transversalibus.*
9 *Patruus quoto gradu sit conjunctus.*
10 *Item avunculus.*

Quanquam sex tantùm gradus, eorumque nomina Justinianus hoc titulo exponat: Cajus 1 tamen *in l. 3. §. 1.* & Paulus *in l. ult. §. septimo gradu. 18. ff. de gradib. & affinib.* septimi etiam gradûs meminit, ejusque personas mille viginti quatuor recenset, *ut jam monuimus suprà in fine §. proximi.* Ratio, cur sex tantùm hîc ponantur gradus hæc est: quia ulterius nomina non reperiuntur, *attestante Paulo lib. 4. sentent. tit. 11. §. ult.* Unde fit, quòd & septimi gradûs personę nullum proprium habeant nomen. Nam ultra tritavum, qui in sexto gradu est, paren-

parentes speciale nomen non habent, sed majores,
ut & liberi ultra trinepotem, posteriores appellan-
tur : à latere verò qui post sobrinos reperiuntur,
sobrino nati vocantur. *dict. l. ult. §. parentes. 7. & §.*
septimo gradu.18. vers. his personis: &c. ff. de gradib. §.
2 *fin. supr. tit. proximo.* Et sanè haud plures, quàm se-
ptem, inveniuntur cognationis gradus. Ejusque ra-
tio est : quia ultra septimum ferè gradum, rerum na-
tura cognatorum vitam consistere non patitur, *in-*
quit Modestinus in lege. non facilè. 4. ff. de gradibus &
3 *affin.* Nec refragatur *l. octavi. 9. ff. unde cognati.* ubi
etiam octavi gradûs fit mentio. Dicendum enim,
quod ad jus cognationis sive sanguinis, id est, cogna-
tionem naturalem, non facilè quem excedere gra-
dum septimum: quod verò ad agnatos, sive jus agna-
tionis, id in infinitum, etiam in vigesimum gradum
porrigi. Ratio differentiæ inter agnationem & co-
gnationem jam suprà, *dict § fin. titulo præcedente*, ex-
posita hæc est : quia cognatio est naturalis : agnatio
civilis. At naturâ jus sanguinis paulatim minuitur,
& circa septimum gradum extingui videtur. *d. l. 4. ff.*
de gradibus & affinibus.
4 Inprimis autem vera dinumerandorum graduum
ratio hic notanda est, quam Imperator noster Justi-
nianus insigni hac regulâ declarat : *semper generatam*
5 *personam gradum adjicere :* † sive, *tot esse gradus co-*
gnationum, quot sunt generationes. Cujus regulæ ra-
tio, cur, *inquam*, generatio spectetur, est hæc : quia
in gradib. cognationis potissimùm natura inspicitur:
ac proinde generatio quoque, utpote naturalis, *tra-*
dente Giph. hic in verb. quippe semper generata &c. Et
6 ex unâ hac solaque regulâ Justinianeâ (*repudiatis in-*
sulsis, minùsque necessariis Doctorum regulis) omnis
cogitatio dijudicari sine negotio potest : idque in de-
scendentibus & ascendentibus plusquam manife-
stum est. *Verbi gratia* : Si scire volo, filius quoto mi-
hi sit conjunctus gradu ? ita dicendum erit : Ego
filium genui, est una generatio, quæ unum gradum
cōstituit. Primo igitur gradu mihi conjungitur. *§. 1.*
supr. hoc tit. l. 1 §. primo gradu. 3. & l. Iurisconf. 10. §. pri-
mo gradu. 12. ff. de gradib. & affinib. Nepos quoto? Ego
filiū genui, & fili⁹ nepotem. En duę hic generationes
sunt, quæ duos gradus conficiunt. Ergo nepos secun-
do mihi gradu conjungitur. *§. 2. suprà hoc tit. d. l. 1. §.*
secundo. 4. & d. l. Iurisconsultus. 10. §. secundo gradu. 13.
in fin. ff. eod. Pronepos quoto ? Ego filium genui : fi-
lius genuit nepotem : & nepos pronepotem. Ecce
tres generationes faciunt tres gradus. Atque ideo
pronepos mihi tertio gradu est. *§. 3. supr. hoc tit. d. l. 1.*
§. tertio. 5. & d. l. l 10. §. tertio gradu. 14. in fin. ff. d. t. Ab-
nepos quoto ? Ego genui filium : filius nepotem
genuit nepos pronepotem, & pronepos abnepotem.
Hic quatuor intercedunt generationes. Ergo qua-
tuor sunt gradus : & sic quarto gradu mihi est con-
junctus abnepos. *§. quarto. 4. supr. hoc tit. d. l. 1. §. quar-*
to. 6. ff eod.
7 Sed & de ascendentibus videamus. Si quæsiero,
pater quoto mihi sit gradu ? Pater me genuit. Ecce,
una generatio. Ergo unus gradus. Atque ita primo
mihi pater est gradu. *d. §. 1. supr. hoc tit d l. 1. §. 3. & d. l.*
Iurisconsultus. 10. §. primo gradu. 12. ff. de gradibus &
affinib. Avus quoto? Me genuit pater: patrem genuit
avus. En duæ generationes duos gradus producunt.
Ac idcirco avus mihi secundo gradu est. *d. §. 2 supr.*
hoc tit. d. l. 1. §. 4. & d. l. 10. §. secundo. 13. ff. eod. Proa-
vus quoto ? Me genuit pater: patrem avus: avum
proavus. Ecce tres generationes, tres constituunt
gradus. Et propterea proavus à me tertio distat gra-
du. *d. §. 3. suprà hoc tit. d l. 1. § 5. eod. & d. l. 10. §. tertio.*
14. ff. eod. Idem in cæteris ascendentibus obtinet. Et
in his, & descendentibus simplex facilisque est gra-
duum cognitio & computatio. *l. 3. §. ult. ff. de gradi-*
bus & affinibus.
In transversalibus sive collateralibus dinumera- 8
tio est perplexior, & non tam faciles inventu sunt
gradus. Neque enim protinus ad personam, quæ à
latere est, recurri debet: sed priùs sursum versus as-
cendi oportet, donec ad eum, qui à latere venienti
cognationis causam præstitit, pervenerimus: quo re-
perto, deorsum descendendum est ad personam, de
quâ ex transverso quæritur. Et ita omnes, quæ oc-
currerint tam in ascensu, quàm descensu, generatio-
nes numerandæ sunt : atque ita ratio ineunda, ut sin-
gulis generationibus suus gradus attribuatur. *Exem-*
pli gratiâ : si quæratur, quoto gradu tibi sit frater? A-
scende ad patrem, qui te genuit. Ecce una generatio
unum gradum facit. Deinde invento eo, qui cogna-
tionis causa & origo est, descende ad fratrem, adje-
ctâ ibi secundâ generatione. Ecce duæ generatio-
nes duos gradus adferunt. Ergo frater tuus tibi se-
cundo gradu conjungitur. *d. §. 2. supr hoc t. d. l. 1. §. 4.*
& l. Iurisconsultus. 10. §. nam quotiens. 9 vers. idem fa-
ciendum. ff. de gradib. & affinib. Rursus si ex te quis 9
quærat : patruus tuus quoto tibi gradu sit ? Dic ter-
tio. Et iterum necesse tibi est, ut ad patrem sursum
tendas, & generationes numeres, ita nimirum: Pater
me genuit : est una generatio. Ergo unus gradus.
Patrem genuit avus: est secunda generatio : proinde-
que secundus gradus. Idem ille avus progenuit pa-
truum meum : est tertia generatio : ac consequenter
tertius gradus. Sic igitur patruus mihi tertio gradu 10
est *d. §. 3. suprà hoc tit. d. l. 1. §. tertio gradu. 5. & d. l. Iu-*
risconsultus. 10. §. tertio gradu. 14 vers. patruus. ff. eod.
tit. Similiter cùm in quæstionem vocatur : quoto
gradu à te distet avunculus ? generationes numeran-
dæ sunt hunc in modum : Te peperit mater : est una
generatio. Ergo unus gradus. Matrem genuit avus
maternus : est generatio secunda: ideòque secundus
gradus, idem ille avus maternus genuit avunculum:
est tertia generatio. Ergo tertius gradus. Atque ita
avunculus à te tertio gradu distat, *juribus modò alle-*
gatis. Sic si quæratur : quoto gradu à me distet pa-
truelis meus : vel duo patrueles quoto à se invicem
gradu distent? ascendendum erit ad communem ori-
ginem & stipitem utriusque, in quo concurrunt : qui
est avus utriusque patruelis. Pater igitur genuit me
filium,

filium; quæ est prima generatio. Ergo & hic primus gradus. Patrem meum genuit avus, quæ est secunda generatio. Ergo hic secundus gradus. Avus hic, quia est communis origo & stirps, in quâ concurrit mea & patruelis, seu utriusq; patruelis cognatio, indicat: non ulteriùs ascendendum, sed ad latus declinandum. Avus igitur hic genuit patruum meũ, quæ est tertia generatio. Itaque & hic avus in tertio gradu mihi erit. Patruus verò meus genuit filium, qui mihi patruelis: quæ est quarta generatio. Ergo & patruelis meus mihi in gradu quarto erit. *§. 4. suprà hoc tit. d. l. Iurisconsul 10. §. quarto gradu. 15. ff de gradib. & affinib.* Et ad eundem modum procedendum erit, quotiescunq; de gradu alicujus quæstio incidit: & quot generationes invenientur: tot erunt gradus. Atque hanc veram & commodissimam dinumerandorum graduũ rationem ac viam, ex eâdem Divi Justiniani regulâ petitam, sequuntur probantq; *Theophilus suprà in principio tit. de legitimâ agnat. success. Constantin. Harmenop. lib. 4. Epitom. jur. tit. 6. Theodor. Beza in Tract. de repudiis & divort. Balthas. Mentzer. in tract. de conjug. pag. 27. & seq. Chunradus Wolfius hic in suis erotemat. Iohan. Borchols. hic, & idem in Comment. de feud. c. 7. in secundo modo acquirendi feudi. n. 86. & in tract. de gradib. pag. 5. & sequent. Adamus Kellerus in tr. de jure succedendi ab intest. tit. 4. n. 3. Hotom. in tr. de gradib. & affinib. aliiq; recentiores Interp. pleriq;.* Quibus addendi sunt Johannes Althus. *libr. 1. Dicaolog. c. 7. n. 31.* Valent. Arithmæus *in peric. secund. disput. 1.* Quirin. Kubach *cent. 3 quæst. illustr. politico-juridica 1. decur. quæst. 4. pag. 613. cum seqq.* & Hunnius *lib. 1. var. resolut. jur. civ. tract. 3. quæst. 20. pag. 177. & seqq.* qui copiosè admodum demonstrant, quòd graduum cognationis supputatio civilis, præferri canonicæ supputationi debeat. Sed & sacris in literis posteri per generationes descendendo numerantur, uti constat *ex Matth. c. 1. v. 17. & seqq. 1. Chron. c. 6. per tot. c. 9. v. 38. cum seqq. & alibi passim. Althus. d. c. 7. n. 31. in fine.* Atque de graduum computatione vide plura novissimè adferentem Bechstadium *in collat. jurium connubial. c. 8. pag. 45. & seqq.* itemq; Georg. Schultz. *in expositione arboris consanguinitatis & affinitatis. c. 2. 3. & 4.* nec non D. Besoldum *in compendio juris privati, dissertat. 1. cap. 3. th. 19. cum seqq. pag. 61. & seqq.*

§. Agnationis. 8. cum §. seq.

§. 8. Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

§. 9. Sed cùm magis veritas oculatâ fide, quàm per aures animis hominum infigatur: ideo necessarium duximus, post narrationem graduum, eos etiam præsenti libro inscribi, quatenus possint & auribus & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci,

S U M M A R I A.

1 *Agnatorum & cognatorum gradus eodem ductu inquirendi.*

2 *Quæ sit inter agnatos & cognatos hic notanda differentia.*

3 *Rei cujusq; cognitio certiùs ex oculorum sensu, quàm aurium, percipitur.*

4 *Ocularis inspectio quid operetur.*

5 *Quæ videntur, magis nos movent, quàm quæ audiuntur.*

AGnationis gradus eodem modo, quo cognationis, numerandi & inquirendi sunt: nimirum per tres lineas; superiorem, inferiorem, & transversam, & per gradus suprà ordine expositos: siquidem & agnati sunt cognati, generaliter verbo cognatorum accepto. *l. ult. §. cognati. 2. ff. de gradib. & affinib. l. penult. ff. unde legitimi.* Sed & quo ductu agnatorum, id est, eorum, qui per virilem sexum nobis conjunguntur, gradus inquiruntur: eodem quoque & cognatorum, qui scilicet à fœminino sexu ducunt originem, inquirẽdi sunt gradus, *arg. hujus* §. 8. Itaque filius emancipatus, qui agnatus non est, perinde in primo gradu collocatur, ac filius in potestate positus: & uterinus frater, qui tantùm cognatus est, ita in secundo gradu numeratur, atq; frater consanguineus, qui est agnatus: & sic deinceps, *docente Mynsingero.* Est tamen differentia hic inter agnatos & cognatos observanda: quòd in cognatis semper generatio efficit gradum, id est, natura & sanguis: in agnatis, quia agnatio est civilis, sæpè gradum efficit non generatio, sed adoptio. Verùm adoptio unum tantum gradum efficit filii, & deinceps nepotis, &c. Nemo siquidem in fratrem aut patrem adoptare potest, *ut rectè hic tradit Giphanius.* Enimverò cùm adoptio naturam imitetur. *§. minorem 4. supr. de adopt.* per adoptionem (nempe cognationem legitimã) cognatus iisdem fit aliquis, quibus fit agnatus. *l. qui in adoptionem. 23. ff. d. tit. l. si qua mihi. 12. §. ult. ff. de rit. nupt. l. 1. §. cognationem. 4. ff. unde cognati. Rittershus. in hoc tit. pag. 364.* 1 2

Tandem *in §. 9.* ait Justinianus, se hoc loco figuram sive arborem & tabulam (quæ jam pridem intercidit, *teste Balduino hic*) cognationis subjicere: propterea quòd veritas magis oculatâ fide, quàm per aures animis hominum infigatur, hoc est, quòd rei cujusque cognitio certiùs ex oculorum sensu, quàm aurium percipiatur, juxta illud Horatii *in arte Poetica*: 3

Segniùs irritant animos demissa per aurem,
Quàm quæ sunt oculis subjecta fidelibus, & quæ
Ipse sibi tradit spectator. ——————

Eodemque pertinet, quod ait Plautus in Truculento, act. 1. Scen. 6.

Pluris est oculatus testis unus, quàm auriti decem.
Qui audiunt, audita dicunt: qui vident, planè sciunt.

Et Herodotus *lib.* 1. magis inquit, incredulæ sunt hominibus aures, quàm oculi. Ideoque homines semper ampliùs oculis, quàm auribus credunt, *juxta Senecam epist. 6.*
4 Unde Doctores nostri concludunt: evidentiam rei seu ocularem inspectionem operari firmum judicium in judicando, *l. 2. in fine. ff. de feriis. & l. si irruptione. 8. in fine. ff. finium regundor.* & prævalere cuicunque probationi, admittique, etiamsi omnis alia probatio exclusa sit, *Alexand. consil. 145. vol. 1. & cons. 85. itemq; consil. 124. vol. 2. Matthaeus de Afflict. in constit. Neapol. Rubr. 21. n. 17. lib. 1. hocq; referens Ioannes Borcholt. hic circa finem. Tiraquell. de retract. lign. §. 4. gl. 1. num. 36. Petrus de Ran. singul. 521. hocque cum aliis allegans Ioannes Baptista Costa, tom. 1. tract. de remediis subsidiar. remed. 101.*
5 *fol 165.* Ratio autem, cur rei cujusque cognitio certius oculorum sensu, quàm auribus percipiatur, hæc assignari poterit: quia quæ videntur, ideo magis nos afficiunt, quia sunt in propinquo: quæ audiuntur, contrà absunt ferè, atque ideo non ita movent, *tradente Gerardo Tuningio hic in fine.*

DE SERVILI COGNATIONE.

TIT. VII.

Principium Tituli.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, quâ proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere. Nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatûs fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum, atque nube plenum, & undique confusum fuerat) & hoc humanitate suggerente concessimus: ut si quis in servili constitutus consortio, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex servilis conditionis muliere: vel contra, serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos, cujuscunque sexûs: & ad libertatem his pervenientibus, ii, qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint; vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint, & postea ad libertatem pervenerint: ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatûs jure in hac parte sopito. Hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus; ex illâ lege specialiter eos vocantes: sive soli inveniantur, qui in servitute nati, & postea manumissi sunt; sive unà cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt: sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt.

SUMMARIA.

1 *Ordinis ratio.*
2 *Hic titulus, secundùm quosdam, est appendix tituli proximè præcedentis.*
3 *An aliqua sit cognatio servilis.*
4 *Servus nemini succedit.*
5 *Cur in nuptiis servilis cognatio spectetur, in successionibus non item.*
6 *Qui jure servi pro nullis habeantur.*
7 *Iustinians lege nati ex servili cognatione, tum ad paternam, tum fraternam successionem vocantur.*

Dixit Imp. Justinianus *suprà tit. 5.* de cognatione, seu successione cognatorum. Quia verò, naturali jure inspecto, etiam inter servos est cognatio, & dubitari posset, an inter eos esset successio: ideo hoc titulo (quem non novum esse titulum, sed partem & appendicem tituli proximi præcedentis, censent *Theophilus & Harmenop. in Epit. lib. 1. itemque neoterici Interpretes non pauci: Cujacius, Giphanius, Ludovicus Russardus, Hotomanus, Balduinus, Baro, Wesenbecius, Borcholt. Rittershusius, Tuningius, & Anton. Matthaeus Hoë*: tametsi contrarium non infimi subsellii Viris, magis placeat, *veluti Mynsingero, Vulteio, Thadaeo Pisoni, Contio, Bachovio, Ostermanno, & aliis communiter*) de servili cognatione, id est, eâ, quæ in servitute fuit contracta, agere voluit. In servilibus autem cognationibus edictum Prætoris, quod proximioribus cognatis defuncti bonorum possessionem concedit, locum non habet. Hujusq; ratio hic subjungitur: quia nec ullâ antiquâ lege talis cognatio computabatur. Et (*ut Ulpianus ait*) quia nulla servilis videtur esse cognatio, *l. 1. §. 2. ff. Unde cognati. & in fragment. tit. 12.* Et Paulus *in l. ult. §. non parcimus. 5. ff. de gradibus & affinibus. Ad leges*, inquit, *serviles cognationes non pertinent.* Quare neque servus ulli succedit, neque ullus servo, *l. servus. 4. C. communia de successionibus.* Enimverò quoad nuptias est aliqua cognatio servilis, eaque in illis attenditur, *§. illud certum. 10. f. de nupt.* Ratio differentiæ, cur in nuptiis servilis cognatio spectetur, in successionibus civile, *l. adoptivus. 14. §. 2. ff. de ritu nuptiar. gloss. in l. 1. super verb. civitatu. ff. de acquir. rer. domin.* Servi autem jure quidem civili, ut & Prætorio,

1
2
3
4
5
6

rio, pro nullis habentur: non verò jure naturali. *l. quod attinet. 32. ff. de regul. jur. l. 1. ff. de jure deliber. l.*
7 *nullo. 7. ff. ad leg. Cornel. de fals.* Sed Justinianus, hu-
manitate suggerente, constitutione quadam iis, qui ex servis nati essent, potestatem fecit: ut si, manumissis parentibus, ipsi quoque manumissi essent superstites, jus obtinendæ hereditatis tum paternæ, tum etiam fraternæ aut sororis haberent, non minùs, ac ii, qui ex justis nuptiis sunt suscepti. Cæterùm isthæc Justiniani constitutio, *cujus hic, & infr. § sed nostra. 3. tit sequent. meminit,* desideratur *in Cod. sub tit. de bonis libertor. & jure patronat.* Eam tamen in Basilicis invenit, & cùm Latinè, tum Græcè edidit Jacobus Cujacius *lib. 20. observation. cap. 34.* & in Corpore Dionysii Gothofredi est *l. 4. §. illud. 10. C. d. tit.* Porrò Cujacius *hic in suis Notis* censet in fine hujus principii ita legendum: *sive ex eodem patre, vel eâdem matre, sive ex aliis qualicunque copulatione nati, &c.* ut expungatur verbum *nuptiis*, quod etiam delendum putant Russardus, Contius, Hotomanus, & alii. Verùm vulgatam lectionem rectè defendit, & singulas Cujacii rationes non sine acumine confutat Bachovius *hic num. 3. pag. 681. & seq. quò industrium Lectorem remitto.*

§. Repetitis. t.

§. 1. Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet: non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari, eoque ampliùs, ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cùm enim prima causa sit suorum heredum, & eorum, quos inter suos heredes enumeravimus: apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quàm fratrem, aut patrem, matremque defuncti: cùm alioqui pater quidem & mater (ut suprà quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater verò secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non; quòd vel emancipatus, vel ex emancipato, aut ex fœmineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis heredibus, & quos inter suos heredes vocari diximus: agnatus, qui integrum jus habeat agnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quàm proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt: quotiens neque suorum heredum, quique inter suos heredes sunt, neque agnationis jure aliquis præferri debeat, secundùm ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt; tamen præferuntur cæteris ulterioris gradûs agnatis.

SUMMARIA.

1 *Pares in gradu, pariter succedunt.*
2 *Propior gradu, remotiori præfertur.*
3 *Illius regula quæ sint exceptiones.*
4 *Hujus item regulæ exceptiones quæ sint.*
5 *Quoties cognati, qui in pari sunt gradu, pariter admittantur; & proximior ulteriorem excludat.*

DUO sunt præcipua in hereditatibus ab intesta- 1
to axiomata & regulæ. Prima est: eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter succedere, *§. si plures 5. supr. de legit. agnator. success.* Altera: 2
eum, qui propiore gradu est, potiorem esse, & remotiori præferri, *§. 1. vers. non tamen omnibus. & §. proximus. 6. s. jam allegato tit.* Sed utraque regula suas
exceptiones habet. Et prioris quidem exceptiones 3
attigimus *s. in §. item vetustas. 15. de heredit. quæ ab intest. defer. & § cæterùm. 3. s. de legit. agnat. success.* Ut finge: defunctus reliquit patruum, & avunculum. Hic patruus & avunculus in eodem gradu sunt, nempe tertio: non tamen propterea avunculus defuncto succedit, sed patruus solus: quia est agnatus, *l. patruo. 7. C. de legitimis heredibus.* Ita soror & avia in pari sunt gradu, putà secundo: & tamen soror excludit aviam maternam, utpote agnata cognatam, *l. in successione. 9. C. eod. t.* Sic pater & mater eodem constituti sunt gradu, nimirum primo: sed pater manumissor anteponitur matri, *sicuti suprà est expositum, in §. præferuntur. 3. De Senatusconsulto Tertyll.* Sunt & alii casus, quibus prior regula limitatur: quos facile est ex superioribus titulis colligere.

Alterius autem regulæ fallentiæ, seu exceptiones 4
hic proponuntur duæ. Prior est *in vers. cùm enim prima causa, &c.* Ex quo elucet, non semper proximiorem excludere remotiorem, sed interdum contrà fieri, ut remotior sit potior proximiore. Nam sui heredes licet in remotiore sint gradu: tamen ascendentibus, & ex transverso conjunctis proximioribus anteferuntur. Ut pronepos defuncti, si suus fuerit, licèt tertio sit gradu, excludit fratrem defuncti, quamvis sit in secundo: item patrem, quamvis sit in primo: quia neuter est suus. Altera est *in vers. amotis quoque, &c.* ubi suis deficientibus, agnati etiam remotiores

tiores cognatis, quantumvis propinquioribus, præferuntur. Ut patrui nepos, qui quinto gradu est; aut pronepos, qui sexto; avunculo & materteræ præponuntur, etiamsi tertium gradum obtineant: quia scilicet illi agnati sunt, avunculus & matertera cognati. Toties igitur cognati, qui in pari gradu sunt, pariter admittuntur, & proximior ulteriorem excludit: quoties neque suus aliquis, aut qui sui vicem tenet, extat; neque etiam agnatus ullus superest: exceptis fratre & sorore emancipatis: qui etsi capite deminuti, hoc est, emancipati sunt, adeòque agnati esse desierunt: tamen ulterioris gradus agnatis ex constitutione Anastasii præferuntur, *§. 1. f. de success. cognator. l. frater. 4. C. de legitima tutel. & l. ult. §. 1. C. de legitimis heredibus.* Verùm hodie ex jure novissimo, quo agnationis & cognationis jura sunt exæquata, dicendum est: agnatum non ampliùs præferri cognato, sed generaliter semperque verum esse & in agnatis & cognatis: priorem in gradu, potiorem esse in successione. *Novell. 118.*

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Tit. VIII.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impunè testamento præterire. Nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum si intestatus mortuus esset libertus, herede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si is suum heredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela: si verò adoptivus filius fuisset, apertè iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

§. 1. Quâ de causa postea Prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret. Et si aut nihil, aut minus parte dimidiâ reliquerat: dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptivo: dabatur æquè patrono contra hunc suum heredem, partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum naturales liberi, non solùm quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati, & in adoptionem dati: si modò ex aliqua parte scripti heredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto Prætorio petierant. Nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

§. 2. Postea verò lege Papiâ adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum est enim, ut ex bonis ejus qui sestertiûm centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores, quam tres liberos habebat; sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat: virilis pars patrono deberetur. Itaq; cùm unum quidem filium filiamvè heredem reliquerat libertus: perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiavè intestatus decessisset. Cùm verò duos, duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono. Si tres reliquerat, repellebatur patronus.

§. 3. Sed nostra constitutio, quam, pro omni natione, Græcâ linguâ compendioso tractatu habito composuimus, ita hujusmodi causam definivit: ut, si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione: si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto: tunc patronatûs jus (quod erat ex lege duodecim tabularum) integrum reservavit. Cùm verò majores centenariis sint, si heredes, vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum, sive plures, cujuscunque sexûs vel gradûs: ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnib. modis unà cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint: si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasq; vocavimus. Si verò testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cùm nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus mater-

maternus eos prætetierint, ita quòd non possint argui inofficiosa eorum testamenta: tunc ex nostrâ constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam (ut antea) sed tertiam partem bonorum liberti consequantur: vel quod deest, eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit: ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex eâ parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad coheredes eorum hoc onus redundet: multis aliis casibus à nobis in præfatâ constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi dispositionem juris perspeximus; ut tam patroni patronæque, quàm liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt, usq; ad quintum gradum ad successionem libertorum libertarumvè vocentur, sicut ex eâ constitutione intelligendum est: ut si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorũ, duarumvè pluriumvè liberi sint: qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocetur successionem, & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Penè enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecimus.

§. 4. Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cùm nec sint alii liberti; simul & Dedititiis & Latinis sublatis, cùm Latinorum legitimæ successiones nullæ penitus erant: quia licèt ut liberi vitam suam peragebant; attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, & quasi servorum, bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissores detinebant. Postea verò Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris non nominatim exheredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam supervenit divi Trajani edictum, quod eundem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinarat, faciebat quidem vivum civem Romanum, Latinum verò morientem. Sed nostrâ constitutione propter hujusmodi conditionum vices, & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri censuimus: ut omnes liberti civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

S U M M A R I A.

1 *Ratio ordinis.*
2 *De successione libertorum quatuor diversa jura: & primum quidem est legis XII. tabularum.*
3 *Alterum, est edictum Prætoris.*
4 *Tertium, est legis Papiæ.*
5 *Quartum, est ex constitutione Iustiniani.*
6 *Tria olim libertinorum genera: & de quibus libertis hic titulus accipiendus.*

EXpositâ successione ingenuorum, tanquam potiore & digniore: proximè jam sequitur explicatio de successione libertorum. Etenim de servis hac in parte monere nihil attinet: quippe cùm nec proprii quidquam in vitâ possideant, nec post mortem relinquant: sed omnia domino acquirant, *ut dictum in princ. supr. per quas person. cuique acquirit. & notat Wesenbecius hic num. 1.* De hac autem libertorum successione quatuor diversa hic referuntur jura. Primum est legis duodecim tabularum, quo patronus ad liberti ab intestato mortui hereditatem tum demum vocabatur, quando suos heredes libertus non reliquerat. In testamento verò patronum impunè præterire, & ab hereditate suâ excludere poterat, *Vlpian. in l. 3. ff. de suis & legit. heredib. & in fragment. titul. 27. Giphanius & Vultejus in principio hujus tit. num. 2.* 1 2

Secundum jus, est edictum Prætoris, quo dimidia pars bonorum liberti, sive testamentum fecisset, sive ab intestato decessisset, patrono ob datum grande libertatis beneficium deferebatur: nisi libertus reliquisset liberos naturales, id est, ex justis nuptiis procreatos. Hi enim, sive in potestate fuerint mortis tempore, sive emancipati, repellebant patronum, *§. 1. hoc tit. l. 1. & passim. ff. de bonis libertorum.* Quinimò liberi naturales, quamvis in servitute suscepti, patronum à successione excludebant, *ut ex superioris tituli principio non obscurè apparet: & plenius explicat Bachovius hic ad § 1. pag. 688. & seq.* 3

Tertium jus circa successionem libertorum, est legis Papiæ, quo patronus ex bonis liberti, testatò intestatovè mortui, virilem portionem consequebatur, si libertus sestertiûm centum millium patrimonium, id est, mille aureos illius ætatis, relinqueret; nec plures, quàm unum vel duos liberos habuerat. 4

Sin

Sin plures, quam duos reliquerat liberos: patronus omninò repellebatur, *§. postea. 2. hoc tit.* Plura istius legis capita recenset Justus Lipsius *in Commentar. ad lib. 7. Annal. Taciti*, & Mynsingerus *hic num. 2. & seqq.*

5 Quartum & ultimum jus est ex constitutione (quam hactenus desideratam in lucem protulit Cujacius, *ut monui sup. initio tit. pracedent. num. 7.*) Justiniani. qui considerata tenuitate & inopia suorum temporum, Papiam legem ita moderatus est: ut si libertus minus in bonis habeat centum aureis sui temporis, ei patronus non aliter succedere possit, quam si absque liberis intestatus decesserit. Si verò patrimonium liberti centum aureorum sit, aut eam summam, excedat, isque liberos habeat: patronus, tam ex testamento, quàm ab intestato, excludatur: liberis non extantibus, patronus ab intestato ad totam hereditem admittatur. Sin autem libertus non habens liberos, testamentum fecerit: tertiam partem relinquere patrono cogatur: quà non relicta, bonorum possessio *contra tabulas* liberti, ad tertiam istam consequendam, patrono concedatur. Et sanè non solùm ipse patronus, qui manumisit libertum; sed post ejus mortem liberi quoque ipsius, nec non cognati & agnati, salvà tamen semper gradûs prærogativà, ad successionem liberti vocantur. *§. sed nostra 3. h. t.* Hujusque ratio est: quia & hi pro patronis habentur, *arg. l. in servitutem. 16. §. ult. & ll. seqq. l. quæritur 38. ff. de bonis libert. l. liberi. 8. ff. de assignand. libert.*

6 Quia verò olim tria libertinorum genera erant: Dedititii, Latini, & cives Romani: ait Imperator *hic in § finali*: quæ de successione libertorum dicta sunt, de civibus tantùm Romanis intelligenda esse. Nec mirum cùm duo alia genera ab ipso sublata sint: ut hodie libertini non triplicis amplius sint generis, sed unius duntaxat. *l. unic. C. de dedititi. libert. tollend. & l. unic. C. de Latin libert. tollend. Eàque de re latiùs dictum in §. libertinorum. 3. supr. de libertinis & ibi abundè Theophilus.*

DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Tit. IX.

In summâ (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus, censuisse Senatum; ut, quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradûs sunt, æqualiter bona libertorum pertineant: tamen liceret parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est: & cæteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nullâ assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant: sed ita demum pristinum jus recipiant, si is, cui assignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

§. 1. Nec tantùm libertum, sed etiam libertam, & non tantùm filio, nepotivè, sed etiam filiæ, neptivè, assignare permittitur.

§. 2. Datur autem hæc assignandi facultas ei, qui duos pluresvè liberos in potestate habet: ut eis, quos in potestate habet, assignare libertum, libertamvè liceat. Unde quærebatur, si eum, cui assignavit, postea emancipaverit; num evanescat assignatio? Sed placuit evanescere: quod & Juliano, & aliis plerisque visum est.

§. 3. Nec interest, an testamento quis assignet, an sine testamento: sed etiam quibuscunque verbis patronis hoc permittitur facere ex ipso Senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rufo & Asterio Scapula consulibus.

Summaria.

1 *Continuationis ratio.*
2 *Assignatio liberti quid.*
3 *Senatusconsulti Claudiani dua partes.*
4 *Quatenus liberi ipso jure pro patronis habeantur.*
5 *Quibus liberis assignari libertus libertavè possit.*
6 *Qua rectè constiterunt, extinguuntur postea, si eum in casum incidant, à quo incipere non potuerunt.*
7 *Mens & expositio l. utrùm ei. 9. ff. de assignandis lib.*
8 *Sapè per alium quis habet, quod per se habere nequit: & quâ formâ assignatio fiat.*
9 *Ecquid usum aliquem habeant, quæ de servis & libertis traduntur.*
10 *Nihil antiquitatis penitùs ignorandum.*
11 *An sicut libertus suo victu patrono operas prastare cogitur: ita quoq; vasallus propriis sumptibus servire domino teneatur.*
12 *Contractus ex conventione legem accipiunt.*
13 *Num quemadmodum patronus uni filiorum assignare potest libertum: sic pater uni filiorum pralegare queat feudum.*
14 *Ordinatio defuncti nulla in feudo valet.*
15 *Nemo potest legare jus morte suâ periturum.*
16 *Feudi alienatio prohibita.*
16 *Testamenta ex alieno arbitrio pendere non debent.*
18 *Pater uni ex filiis emphyteusim pralegare nequit.*

Quandoquidem ad patroni liberos, eo mortuo, pereque pertinet successio liberti, atq; ad ipsum patronum, *ut ex superiori titulo didicimus*: rectè & ordine hic de assignatione Imperator agit. Nam per eam fit, ut ex pluribus patroni liberis tantùm liberto 1 succe-

succedat, cui libertus à patre assignatus est, & attributus, hoc est, quem pater aut scriptis, aut verbis declaravit, ut post mortem suam ipse solus liberto sit
1 patronus. Ista enim declaratio sive testificatio, assignatio liberti dicitur, *l. assignare. 107. ff. de verborum signification.* Hæc autem assignandi potestas patri, vel avo paterno, habentibus in potestate liberos, concessa est ex Senatusconsulto Claudiano, quod factum est tempore Imperatoris Claudii, Velleo Rufo, & Hosterio Scapula consulibus. Sic enim in fine nostri tituli, ex libris Florentinis legendum esse, monet hic, *post Anton. Augustinum libr. 3. emendat. cap. 7.* Balduinus & Giphanius. *Tametsi Cujacius,*
3 *Borcholt. Wesenbecius, aliiq; aliter sentiant.* Cæterùm verba hujus Senatusconsulti & venusta interpretatio extant *in leg. 1. & tot. tit. ff. de assignandis libert.* Ejusque duæ sunt partes. Prior est, quâ uni liberorum assignatur libertus, ut ille omne jus patronatûs solus habeat, solusque liberto succedat, exclusis aliis liberis, etiam eodem gradu constitutis. Altera pars est, quâ reliqui liberi pristinum jus recipiunt, mortuo sine liberis illo, cui libertus assignatus fuerit, *ut hic initio, & d. l. 1. ff. de assignand. libert.* Ratio prioris est patria potestas, *ut hic in §. datur. 2. in verb. in potestate habebit, &c.* quâ parentibus licitum est aliquid liberis adimere, vel adjicere. *l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. tot. tit. sup. de exheredat. liberor.*
4 Nec adversatur, quod *suprà tit. proximo* diximus; singulos liberos ipso jure pro patronis haberi; & proinde voluntate privatâ id mutari non debere, *arg. l. jus publicum. 38. ff. de pact. & l. Neratius. 20. in princ. vers. quia pacto ff. de religiosis, & sumptib. funer.* Illud namque defuncto demum parente est verum, non item eo vivo. Alterius partis ratio est: quia jus reliquorum liberorum non aliter ademptum ipsis intelligitur, quàm si assignatio vim suam obtinuerit. Ut porrò aliâs masculinum comprehendit sub se fœmininum. *l. 1. ibique Dd. ff. de verb. significat.* ita & hic liberta uni ex filiis, & tam filiæ neptive, quam filio sive nepoti assignari potest. *§. 1. hoc tit.* Quin & is libertus, qui apud hostes est, assignari poterit, propter spem scilicet postliminij. *d. l. 1. §. u quoque. 2. ff. de assignand. libert.*

5 Nominatim autem Senatusconsultum libertorum quos patronus in potestate habet, meminit, *dict. l. 1. in princip. ff. eodem tit. & hòc in d. §. 2.* Ex quo efficitur, filio emancipato assignari libertum non posse. Imò si filio, in potestate posito, assignaverit libertum patronus, & postmodùm emancipaverit filium: assi-
6 gnatio exspirat & evanescit, *dict. §. 2. hoc tit.* Cujus rei ratio est: quia ea, quæ rectè constiterunt, extinguuntur postea & evanescunt, si in eum casum reciderunt, à quo incipere non potuissent *l. existimo. 98. & l. pluribus. 140. § etsi. 2. ff. de verborum obligat. l. pro parte. 13. ff. de servitutib. l. si in metallum. 3. in fine. ff. de his, quæ pro non scriptis habentur.* Neque refragatur
7 Modestini responsum *in leg. utrùm ei 9. ff. de assignand. libert.* ubi etiam filio emancipato libertus assignari potest. *Etenim* de eo accipi debet casu, quo patronus, qui plures habet in potestate liberos unumque emancipatum, uni ex illis, qui in potestate sunt, & simul emancipato libertum assignat. Hæc assignatio, ita communiter & conjunctim facta, valet: & quod per se assequi emancipatus non posset, hoc conjunctionis beneficio assequitur. Quemadmodum & aliâs fieri solet, ut per alium quis habeat, quod per se habere nequit, *l. non putavit. 8. §. ultim. ff de bonorum possession. contra tab. l. mulieri. 74. ff. de condit. & demonstrat. l. ult. ff. de liber. & posthum. l. quadam. 62. ff. de acquir. rer dom.* Atque ita Modestinum cum Justiniano conciliari posse, edocent Franciscus Hotomanus hic, Borcholt. *numer. 3.* & D. Bocerus *numer. 8. pag. 53.* Sanè quoad formam & modum assignandi, nihil refert, utrùm assignatio à patronis fiat in testamento, an extra testamentum, quibuscunque tandem verbis, etiam minùs solennibus. *§. fin. hoc tit. d. l. 1. §. assignare. 3. l. assignare. 7. & l. ult in princ. ff. de assignand. libert.* Sed & vel purè, vel sub conditione, vel ex die certâ, non autem usq; in diem certum, assignatio fieri potest. *d l assignare. 7. l. sub conditione. 10. & d. l. ult. §. ult. ff. d tit.* 8

Quanquam porrò in magno apud nos usu esse non possunt, quæ hoc loco, & superioribus titulis, & alibi in juris nostri voluminibus de servis & libertis traduntur: cùm Germania nec veros servos, nec libertos habeat: attamen non sunt omnino negligenda. Tum propter nationes alias, apud quas dominica potestas nondum desiit, servitusque adhuc durat. Tum ut jus vetus, quod de servis & libertis passim loquitur, meliùs intelligatur. Nihil enim antiquitatis penitus ignorandum est, *§. 1. s. de testament. ordinand.* Tum etiam, quia nonnunquam argumenta suppeditant, ad plerosque casus filiorum familias & propriorum hominum nostræ ætatis, aliorumvè, qui illis in quibusdam non admodum dissimiles sunt, decidendos. *De quib. videatur Zasius in §. prajudiciales. 13. infr. de actionib. & in l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condict. indebiti.* 9 10

Illud quasi corollarii vice hic quæri poterit: an sicut libertus suo victu patrono operas præstare cogitur. *l. suo victu. 18. ff. de operis libertor.* ita quoque vasallus propriis sumptibus servire domino teneatur? Et communiter hæc distinctio recepta est: Aut ex tenore investituræ constat, cujus impensis servitium sit præstandum; & illud observari debet, *argument. §. præterea. quid sit investitur. titul. 2. libr. 2. feudorum.* Contractus enim ex conventione legem accipiunt. *l. 1. §. si conveniat. ff. de deposit. l. contractus. 23. & l. semper in stipulationib. 34. ff. de regulis juris. cap. contractus. 85. ibiq; Dynus. extr. eodem titul. lib. 6.* Aut ex investituræ literis id non apparet: & tunc si vasallus est dives, habens opulentum & pingue feudum: propriis sumptibus servire domino compellitur: secus, si sit pauper, non possidens feudum, ad istos sumptus ferendos sufficiens Hac quippe specie domini expensis & sumptibus servitia præstabit, *argum.* 11 12

Sum. dicta leg. suo victu. 18. & legib. sequentib. ff. de operis libertorum. Idem dicendum, si dominus de suâ provinciâ exeat. Nam & hoc casu dominus suis sumptibus vasallum secum ducere debet, licèt vasallus feudum opulentum habeat, *argumento l. quod nisi fiat. 20. §. 1. cum l. seq. ff. dicto tit. latè Speculator in tit. de feudis. §. quoniam. numer 42. & seq. Baldus in c. 1. de capitaneo, qui curiam vend. tit. 51. libro 2. feud. Alvarottus in cap. 1. de novâ formâ fidelit. n. 7. tit. 7. lib. 2. feudor. Zasius in Epitom. feud. part. 7. n. 44. cum seqq. Schneidevv. sup. tit. de servil. cognat. n. 8. & 9. & novissimè Matthias Stephani centur. 3. quæst. 14. ad lit. a.*

13 Præterea & illud hoc loco quærere lubet: an quemadmodum patronus uni filiorum assignare potest libertum: sic pater etiam uni filiorum queat prælegare & assignare feudum: ita ut uni filio duæ partes, alteri tertia pars feudi assignetur? Et patri hoc non licere, tribus potissimùm rationibus probatur.
14 I. Quia nulla ordinatio defuncti in feudo valet. *c. 1. in princ. de successione feudi. tit. 8. lib. 1. feudorum.* Ergo nec illa valebit, quâ uni ex filiis feudum prælegaverit.
15 II. Quia patris jus omne, quod habet in feudo, morte ejus extinguitur, & aliis, qui ex concessione vocati sunt, defertur. Nemo autem potest legare jus, quod morte suâ periturum est, *argumento l. uxor*
16 *patrui. 20. Cod. de legatis.* III. Quia si posset vasallus de feudo testari, idque legare: absque domini consensu illud alienare, & in alium transferre posset: quod placitis feudorum repugnat, *cap. 1. de prohibita feudi alienat. per Frider. tit. 52. lib. 2. feudorum.* Nec movet, si dicatur, posse adhiberi domini consensum.
17 Nam (*teste Cajo*) satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. *l. illa institutio. 32. in princip. ff. de heredibus instituendis.* Et hanc opinionem, tanquam communem, plerique amplexi sunt: *Carolus Ruinus cons. 25. n. 13. lib. 1. Iulius Clarus lib. 4. sent. § feudum quæst. 40. n. 5. Zasius dict. Epitom. feud. part 8 n. 60. Cujacius in Comment. ad lib. 4. feudorum. tit. 54. Fachineus lib. 6. controv. jur. c. 61. Matth. Stephani dict. cent. 3. quæst. 14. ad lit. c. aliiq. plurimi, quos commemorat Tiraquell. in Comm. de retract. lignagier. §. 11. gloss. 6. n. 24. & seq. ubi etiam Doctores variè dissentientes & distinguentes recitat.*
18 Sed & patrem uni ex filiis suis emphyteusin prælegare haud posse, *post Bartolum in l. jurisjurandi. 7. §. si liberi. n. 6. ff. de operis libertor. contra alios* præclarè, prolixèque defendit Fachineus *dicto lib. 6. controverſ. jur. cap. 63.*

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

TIT. X.

Principium Tituli, cum §. 1.

Jus bonorum possessionis introductum est à Prætore, emendandi veteris juris gratiâ. Nec solùm in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo Prætor emendavit, sicut suprà dictum est: sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus heres fuerit institutus: quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cùm institutio non valebat: honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cùm à Prætore adjuvabatur. Sed & is à nostrâ constitutione rectè heres instituitur, quasi & jure civili non incognitus.

§. 1. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratiâ, Prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui rectè testamento facto heredes instituti sunt, dat secundùm tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes, & agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remotâ quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.

SUMMARIA.

1 *Connexio hujus tituli cum præcedentibus.*
2 *Bonorum possessionis definitio.*
3 *Possessio quatenus juris sit, & quatenus facti.*
4 *Bonorum possessio, & possessio bonorum nihil differunt.*
5 *Nomina & verba transposita idem significant.*
6 *An bonorum possessionis definitio conveniat possessoriæ hereditatis petitioni.*
7 *Hereditas quid sit.*
8 *Bonorum possessio an & quatenus hereditatis appellatione contineatur.*
9 *Divisio bonorum possessionis in edictalem, & decretalem.*
10 *Edictalis bonorum possessio quid sit: & quotuplex.*
11 *Bonorum possessio ex testamento datur aut secundùm, aut contra tabulas testamenti.*
12 *Ab intestato bonorum possessioni quando locus relinquatur.*
13 *Hujus bonorum possessionis quæ species.*
14 *Decretalis bonorum possessio quid sit, & quot ejus species.*
15 *Bonorum possessio Carboniana quibus detur.*
16 *Bonorum possessio ventris nomine, cui competat.*
17 *Bonorum possessio litis agnoscendæ causa, cui concedatur.*
18 *Bonorum possessio, ut ex legibus, quibus decernatur.*

19 Nun-

19 *Nunquid hodie bonorum possessionis aliquis sit usus.*
20 *Licèt per procuratorem hereditas jure civili adiri nequeat: prætoria tamen bonorum possessio per eum peti potest.*
21 *Bonorum possessoribus quatenus competat interdictum Quorum bonorum.*
22 *Ei, qui communi auxilio tutus est, non debet concedi remedium extraordinarium.*
23 *Intellectus §. final. hoc tit.*
24 *Discrimen inter emancipatos & suos quatenus sublatum.*
25 *Prætoribus qui hodie comparentur.*
26 *Bonorum possessio quam ob causam à Prætore introducta.*
27 *Intellectus §. posthumus autem alienus. 28. supr. de legat.*
28 *Persona planè incerta heres institui non potest.*
29 *Circa successionem intestatorum, Prætor etiam à jure civili recessit.*
30 *Sententia l. non est ambiguum. 12. §. 1 ff. h. t.*
31 *Quæ sit bonorum possessio secundum tabulas.*
32 *Prætorium beneficium promptius est & expeditius.*

1 SUccessio omnis, vel est civilis, vel Prætoria: & illa quidem hereditas, hæc verò bonorum possessio dicitur. *Viglius in Rubric. tit. supr. de testament. ordinand. num. 7. Mynsinger. in Rubr. tit. supr. de heredit. quæ ab intest. defer. num. 1. Forsterus lib. 1. de successionibus. cap. 4. & 5.* Cùm autem civilia sint potiora prætoriis: hereditatibus jam priore loco discussis; proximum est, ut de bonorum possessionibus subjicia-
2 tur tractatus. Bonorum possessio (prout *eam definit Vlpianus in leg. 3. bonorum. 2. ff. hoc tit.*) est jus persequendi, retinendique patrimonii, sive rei, quæ cujusque, cùm moritur, fuit. Ad quam definitionem subvertendam nonnulli hisce utuntur argumentis.
3 Primò (*inquiunt*) possessio non tam juris est, quam facti, *l. 1 §. furiosus & §. seq. ff. de acquir. vel amit. possess. l. denique 19. ff ex quibus caus. majores, &c.* Ideòque genus in hac definitione non rectè positum esse videtur. *Sed respondendum*: possessionem singularum rerum, de quâ agitur in jam citatis locis, facti esse & corporis: non autem possessionem universitatis, quâ de hic tractatur. Neque enim hæc nudam rei detentionem, velut illa, sed jus & utile dominium rerum, quæ in hereditate sunt, complectitur; adeòque in jure tota consistit, *l. 1. & 3. ff. hoc. tit.*
4 Ubi obiter (*contra Mynsingerum hic in Rubr. num. 6. Schneidevvin. num. 3. & alios*) notandum: nihil interesse, sive bonorum possessio unâ voce, an duabus: sive item bonorum possessio, an possessio bonorum, dicatur. Leges enim ejusmodi discrimen non observant, *l. si minor. 61 ff de acquir. vel omitt. heredit. l. cùm proponas. 9. C. de bonis auctorit. jud. possid. l. cognitio. 4. §. 1. ff. de offic. eius, cui mand. est juris dict. Forster. senior. lib. 2. de successionib. c. 24. num. 11. Forster. junior. lib. 3. disp. 16. th. 1. Oldendorp. clas. 5. act. 6. in princ. D. Bocer.*
5 *hic numer.* 28. *pag.* 90. ac aliâs nomina & vocabula transposita idem significant, *l. quidam. 14 ff. de peculio legat. l. ambiguitates. 24. & l. præposteri. 25. ubi. Cynus, Salicet. & Dd. C. de testamentis. Aristotel. in lib.* περὶ ἑρμηνείας. *Nicol. Eberhard. in locis legalibus. loc. ab ordine. num.* 3. modò observetur, de quâ re subjecta, an scilicet de successione, vel rerum detentione vox ista proferatur. Illo casu propriè juris est, & alteram successionis universalis speciem, Prætoriam videlicet, *de quâ jam agimus*, constituit. Hoc casu magis facti est, speciesque detentionis censetur, *de quâ in d. tit. ff. de acquir. vel amitt. possess. & tit. ff. de bonis auctorit. judic. possid. Borchelt. hic. Treutler. disputat. 15. thes. 1. lit. b. volum. 2. ibique Bachovius in suis not. pag. 912. & Hunnius quæst. 2. pag. 261. cum seq. nec non Wegnerus Disp. 9. ad Institut. th. 6. sub. lit a.*
Deinde (*ajunt*) hæc definitio latior est suo defi- 6
nito: propterea quòd bonorum possessoriæ hereditatis petitioni convenit: quæ etiam jus est persequendi patrimonii, quod defunctus habuit, *arg. tot. tit. ff. de possess. hered. pet.* Dicendum: bonorum possessionem ab Ulpiano jus persequendi definiri, non quòd actio sit, vel remedium, quo persequimur patrimonium: sed quòd jus contineat, quo innitimur tanquam fundamento in petitione hereditatis. Qui enim per bonorum possessoriam hereditatis petitionem ab eo, qui pro herede, vel pro possessore possidet, petiturus est patrimonium defuncti: eum oportet petitionis suæ fundamentum ac causam aliquam habere. Jam igitur bonorum possessio causam illam, nempe jus comprehendit, propter quod patrimonium sive hereditatem defuncti, bonorum possessoriâ hereditatis petitione persequimur, & retinemus. Quâ de re videantur *Accurs. & vulgò Doctores in Rubric. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt. Melchior Klingius hic num. 3. Forster. d. lib. 2. de successionibus. cap. 24. & Graff. in lib. recept. sent. §. bonorum possessio. quæst. 1. num 2.*
Tertiò objectant, hanc definitionem hereditati 7
quoque competere: quippe quę nihil aliud sit, quàm sucessio in universum jus, quod defunctus habuit, *l. hereditas. 62 ff. de reg. jur. & l. nihil est aliud. 24. ff. de verb. signif.* Verùm respondetur: in hac definitione ipsum Iurisconsultum exprimere formam, quâ bonorum possessio ab hereditate distinguatur. Ait enim, bonorum possessionem jus esse patrimonii, id est, hereditatis persequendę. At hereditas non est jus persequendi, sed successio in jus universum, *dicto modò legib.* Atq; ita per hereditatem directè ipso jure in universum jus succedimus, dominiq; constituimur: per bonorum autem possessionem, tantùm facultatem & jus persequendi (quæ persecutio non fit actionibus civilibus, sed Prætoriis seu possessoriis, ut possessoria hereditatis petitione, *tot. tit. ff. de possessor. heredit. petit.*) aut retinendi (q fit exceptionibus) consequimur, *Gœd. in d. l. nihil est aliud. 24. n. 14. ff. de verb. signif. Wegner. d. disp. 9 th. 6. ad lit. c. De aliis bonor. possess. & heredit. different. dicetur inf. §. seq.* Nec obstat, 8
φ hereditatis appellatione bonorum quoq; possessio

continetur. l. hereditatis. 138. ff. de verbor. significat. &
bonorum possessio aliquando absolutè hereditas ap-
pellatur, l. ult. ibi. amplectendæ hereditatis. C. qui ad-
mitti ad bonor. possess. poss. Nam quoad effectum com-
modi & incommodi, bonorum possessio pro heredi-
tate accipitur, & hereditatis appellatione bonorum
possessio continetur: non verò quoad propriam for-
mam, & formatum effectum, ut pulchrè tradit Gœd-
daeus in d. l. nihil est aliud. 24 num. 15. ff. de verb. signi-
ficat. & Donell. lib. 7. Commentar. de jure civ. c. 14. Ex
quo rectè infertur, appellatione hereditatis, bonorū
possessionem propriè non contineri, uti asseverat
Hippolytus Riminald. in l. emancipata. 4. n. 174. C. qui
admitti ad bonor. possess. possunt. &c.

9 Dividitur bonorum possessio in edictalem sive
ordinariam, l. 1. §. sed & si. 4. ff. si tabulæ testament. nul-
la extab. l. cùm quidam. 30. §. 1. in fin. ff. de acquir. vel
omitt. hered. & decretalem sive extraordinariam, l. 1.
§. decretalis. 7. ff. de successor. edict. l. 2. §. si quis ex liberis.
ibi, decreto. ff. ad Senatusconsult. Tertyllian. l. 2. §. 1. ff.
quis ordo in possess. servetur. Döringius in bibliothecâ Iu-
risconsultor. tom. 1. verb. agnitio. num. 10 & seq fol. 1198
Quam divisionem Accursius in d. l. 1. §. decretal. ff. de
successor. edict. Bartol. in l. 3 §. à municipibus. 4. num. 3.
ff. hoc t. Decius in Rubr. C. qui admitti ad bonor. possess.
poss. num. 17. & Sichard. ibid. num. 24 aliique Docto-
res communiter quidem admittunt, sed malè expli-
cant. Ajunt enim, edictalem eam esse, quæ ex edicto
Prætoris mortui; decretalem verò, quæ à Prætore
vivo concedatur. Quod si verum esset: inde seque-
retur, istas species tempore tantùm differre: quod
absonum est. At videantur Menochius de adipisc. pos-
sess. remed. 1. num. 9. & aliquot seqq. Wesenbec. ad §. ult.
num. 4. infr. hoc tit. Donellus d. lib. 7. Comment. de jur.
civ. c. 14. pag. 167. num. 4. Heigius hic num. 6. Giphan.
in Commentar. de divisionib. jur. th. 53. & 54. Schegk.
in delibatis jur. disp. 14. th. 69. ad lit. b. Fachineus lib. 5.
controvers. jur. c. 73. Scipio Gentil. lib. 1 de jurisdict. c. 2.
Wegner. d. disp. 9. th. 6. ad lit. o. & Treutler. disput. 15.
th. 2. volum. 2. ubi latè Hunnius quæst. 9. pag. 269. cum
seqq. & Bachovius pag. 921. & seqq. Tametsi divisio-
nem illam improbent & rejiciant Forster. senior.
lib. 2. de successionib. c. 26. Forster. junior. d. lib. 3. disp. 16.
thes. 4. & Arumaeus Disp. pandect. 17 th. 1.

10 Edictalis bonorum possessio est, quæ ex edicto
Prætoris perpetuo competit: ac simpliciter, id est,
sine causæ cognitione de plano petitur, & agnosci-
tur. Eaque duplex est. Datur enim vel ex testamen-
to, ritè facto; vel ab intestato, per principium hujus
tit. l. 1. & d. l. 2. §. 1 ff. quis ordo in possessionibus servetur.
l. 1. ff. si tabulæ testam. nulla extab. l. sed cùm patronus.
6. §. 1. ff. hoc tit. l. in plurium. 70. in princip. vers. idem
juris. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Wesenbec. in d. §.
ult. num. 4. infr. hoc tit. Schegk. d. disp. 14. thes. 70. Bo-
11 norum possessio ex testamento rursus duplex est.
Nam datur aut secundùm, aut contra tabulas testa-
menti. Illa secundùm voluntatem testatoris, testa-
mento expressam, conceditur omnibus jure scriptis,
vel nuncupatis heredibus, tot. titul. ff. & C. de bonor.
possess. secund. tabul. & explicabitur in §. sunt autem. 3.
infr. hoc tit. Hæc autem competit contra testamen-
tum sive nuncupationem, liberis præteritis, tam
suis, quàm emancipatis, vel aliâs potestate patriâ li-
beratis, d. §. sunt autem. 3. infr. eod. §. emancipatos. 3.
supr. de exheredat. liberor. l. 1. in princip. & §. sui juris.
6. l. quod vulgò. 19 ff. de bonor. possess. cont. tab. l. 1. Cod.
dicto tit. & l. is, qui in potestate. 15. ff. de legat. præstand.
cont. tab. Ab intestato bonorum possessioni locus 12
relinquitur, si neq; contra tabulas, neque secundùm
tabulas bonorum possessio agnita fuerit. l. 1. in princ.
& §. 2. ff. si tabulæ testam. nulla extab. d. l. in plurium.
70. in princip. vers. idem juris est ff. de acquir. vel omitt.
heredit. Ejusque species ex jure hoc Institutionum
hæ censentur: Bonorum possessio unde liberi: bo- 13
norum possessio unde legitimi: bonorum possessio
unde cognati: & bonorum possessio unde vir & u-
xor, §. sed eas quidem. 4. infr. hoc t. Ex jure verò no-
vissimo hæ tantùm: Bonorum possessio unde liberi:
bonorum possessio unde legitimi: & bonorum pos-
sessio unde vir & uxor. Hodie etenim ex Justiniani
constitutione omnes cognati effecti sunt heredes le-
gitimi; adeoque unà cum agnatis succedunt. Novell.
118. c. 4. Dn. Collega Becer. hic n. 55. pag. 93. & class. 3.
Disp. 12. th. 20. ad lit. c. edit. 2.

Decretalis seu extraordinaria bonorum possessio 14
est: quæ non priùs competit, quàm à Prætore vi-
vo pro tribunali, causâ cognitâ, decreta fuerit, l. be-
ne. 3. §. penultim. ff. hoc tit. Pacius in Epitom. jur. di-
sputat. 11. th. 30. Schegk. d. disput. 14 thes. 78. Vultejus lib.
1. Iurisprud. Rom. cap. 75. num. 10. Cujusmodi bono- 15
rum possessiones sunt tres. Prima vocatur Carbo-
niana, quæ datur liberis impuberibus, qui & statûs
& hereditatis paternæ controversiam patiuntur.
Nam decreto Prætoris interim mittuntur in posses-
sionem, dilatâ statûs & hereditatis controversiâ in
tempus pubertatis, tot. tit. ff. & Cod. de Carbonian.
edict. ibiq; Duarenus. Paul. lib. 3. sentent. titul. 1. Do-
nellus d. lib. 7. Commentar. cap. 14. pag. 168. num. 20.
& sequenti. Altera dicitur Ventris nomine: quæ con- 16
ceditur mulieri, quæ se ex defuncto marito præ-
gnantem dicit. Interim enim, dum spes esse partûs
videtur, in possessione est: & constituitur curator
bonis, qui ei præstat alimenta, habitationem, &
cætera, ad partum edendum necessaria, pro digni-
tate & facultatibus mariti defuncti, l. 1. & tot. titul.
Digest. de ventre in possess. mittendo. & ibi Wesenbecius
in paratit. Mynsinger. numer. 6. & Schneidewin nu-
mer. 7. ad §. septima. 5. infr. hoc titul. Tertia appel- 17
latur litis agnoscendæ sive ordinandæ causa: quæ de-
cernitur filio emancipato exheredato, qui de inoffi-
cioso acturus est: atque hæc est sine re: quoniam
litis solummodo præparandæ causa petitur, l. post-
humus. 6. §. ultim. & l. Papinianus. 8. in princip. ff. de
inoffic. testament. Schegk. d. disput. 14. thes. 80. Pa-
cius d. disputation. 11. thes. 30. ad liter. c. Schneidewi-
nus

nus ad d. §. septima, infr. hoc tit. numer. ultim. Govean. lib. 2. lectionum variar. c. 6. Grassus in d. libr. recept. sent. §. bonorum possessio. quæst. ult. Porrò, ad istam bonorum possessionem extraordinariam, referri quoque poterit bonorum possessio, quæ dicitur *Ut*
18 *ex legibus*, vel *Quibus ex legibus*: quâ Prætor eos ad bonorum possessionem admittit, quibus ut bonorum possessio detur, lege, constitutione, vel Senatusconsulto cautum est, *l. unic. ff. ut ex legibus & Senatusconsult. bonor. possess. detur. & d. §. septima. infrà hoc tit.*

19 Sed antequam progrediamur ulteriùs: indagandum est, an hodie bonorum possessionis aliquis sit usus? Et non esse, opinantur Forsterus junior *d. lib. 3. disput. 16. thes.* 8. & alii nonnulli, hac præcipuè adducti ratione: quòd omnibus illis, quibus olim Prætor consulere voluit, etiam hodie per constitutiones civiles plenissimè sit cautum. *Novell.* 118. 127. *Auth. cessante. cum duabus seqq. C. de legitimis heredibus & similibus.* Verùm contrarium & receptius videtur, & probabilius. Etenim si de acquirenda hereditate quæratur: liberaliùs cum bonorum possessoribus Prætor, quàm cum heredibus jus civile agit. Hoc siquidem jure civili, qui in alienâ sunt potestate, hereditatem sibi delatam adire non possunt, nisi jussu præcedente eorum, quorum in potestate existunt: jure verò Prætorio bonorum possessionem, etiam ignorantibus his, quorum potestati subditi sunt, petere queunt, & ratihabitio sufficit, *l. qui in aliena. 6. & l. si quis mihi. 25. §. jussum. 4. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. 1. C. qui admitti ad bonor. possess. poss.* Jure item civili complures sunt gradus eorum, quibus hereditas defertur: & nemo ex inferioribus gradibus hereditatem adire potest, donec priores omnes exclusi sint, sciatque quis, eos exclusos esse, *l. quamdiu. 69. & l. seq. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* At bonorum possessionem etiam inferior gradus agnoscere potest intra vicem priorum, quibus ea defertur, *l. ultim. C. qui admitti ad bonor.*
20 *possess. poss.* Præterea quamvis per procuratorem jure civili hereditas adiri nequeat. *l. Pannonius Avitus. 86. in princip. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* quemadmodum etiam sub conditione hereditas jure civili adiri nequit. *l. actus legitimi. 77. ff. de reg. jur.* attamen bonorum possessionem prætoriam possum petere, tum per procuratorem, tum sub conditione, si scilicet lucrosa est, vel opulenta. *l. bona autem. 3. §. acquirere. 7. l. servus. 7. in princ. ff. hoc tit. Sichard. ad rubr. C. qui admitti ad bonor. possess. poss. numer. 14.*
21 Acquisitâ demùm bonorum possessione, hoc proprium est bonorum possessorum beneficium, non heredum: ut, quibus bonorum possessio ex edicto data est, ii de singularum rerum hereditariarum possessione habeant interdictum. *Quorum bonorum l. 1. ff. Quorum bonor. Petrus Heigius hic num. 5.* Et idem sentiunt *in hoc tit. Clingius. numer. 11. & 12. Schneidewin. in §. ultim. num. 8. infr. eod. Gloss. Bartol. & Dd. in l. fin. C. unde legitimi. Donellus & Sichardus ad Rubric. C. qui admitti ad bonor. possess. poss. num. 7. 11. & sequentib. idem Donell. d. lib. 7. Commentarior. de jure civil. cap. 14. pag. 169. num. 40. Vasq. de success. resolut. libr. 1. §. 3. numer. 27. Oldendorp. class. 5. act. 6. quæst. an hodie petatur rectè bonor. possess. pag. mihi 859 Treutler. d. disput. 15. thes. 1. ad lit. f. vol. 2. ubique latissimè Bachovius in suis not. pagin. 917. cum seqq. & Hunnius quæst. 6. pag. 266. cum seq. Barter. Decad. 5. quæst. 2. Arumæus prædicta Disput. Pandect. 17. thes. 4. Paulus Berens disp. 8. ad Institut. them. 4. quæst. 1. & Iohan. Kitzel. Disp. 13. repetitionum universi jur. th. 10. lit. f. Adde Locamerum quæstion. juridic. fascic. 34. quæst. 5.*

Non adversatur huic sententiæ, quòd ei, qui com- 22
muni auxilio & mero jure tutus & munitus est, non debet tribui extraordinarium remedium sive auxilium. *l. in causa cognitione. 16. in princip. ff. de minorib.* Atqui cognati non succedunt ampliùs ex jure prætorio, sed magis ex jure civili. *d. Nov.* 118. adeoque illis sufficit petitio hereditatis civilis: præsertim cùm per Justinianum Imp. bonorum possessio sublata censeatur. *§. fin. ibi, ne quis pro bonorum possessione petendâ curet. infr. hoc tit.* Hoc, *inquam*, non
adversatur. *Quia* vetus duntaxat bonorum posses- 23
sionis solennitas, veluti plus æquo scrupulosa, meritò sublata est; & ita *dictus §. fin.* accipi debet. Verùm simplex quædam imitatio, ut heres sese Magistratui insinuet, petatque auxilium in his, quæ illi fortè, ne ad hereditatem apprehendendam perveniat, de facto obstant: ea profectò honesta est, utilis, & necessaria: ideoque frequens admodum, *as-*
serente Oldendorpio dicto loco. Similiter non obstat, 24
quòd discrimen, quod olim erat inter emancipatos & suos, prorsus sit sublatum. *d. Nov. 118. cap. 4.* Etenim jure civili obliterata quidem est differentia emancipatorum & suorum, quoad successionem ab intestato, quia ibi pariter succedunt: cæterùm in succedendo contra testamentum, in eo differentia adhuc hodie manet, *ut tradit Sichard. ad d. rubr. C. qui admitti ad bonor. possess. poss. num. 8. & notavimus suprà ad principium num. 58. & §. emancipati. 9. nu-*
mer. 4 & 5. tit. de heredit. quæ ab intest. defer. Deni- 25
que nihil ad rem facit, quòd hodiè nulli sint ampliùs prætores tales, quales olim fuerunt. *Nam* Episcopos, Comites, Marchiones, Duces, Principes, & similes comparari Prætoribus & Præsidibus, testantur *Bartol. in l. stipulationum. 5. §. prætoria. ff. de verb. obligat. & ferè omnes Dd. in l. omnes populi. 9 ff. de just. & jur. hosque recenter referens Paulus Berens d. disput. 8. them. 4. quæst. 1.* Vide Dn. Collegam Besoldum *in delibatis juris ex lib. 37 ff. quæst. 1 pag. 126. & seq.*

Nunc ad principium hujus tituli, *juncto §. 1.* quod attinet: ex eo discendum est, bonorum possessionem à Prætore juris civilis tum emendandi sive corrigendi & impugnandi, tum tuendi & confirmandi gratiâ institutam atque introductam esse. Correctionis exempla in jure passim sunt obvia. Unum habetur in hoc principio, *& l. verum. 3. ff. de bon. possess.*

ſecund. tab. & l. poſthumus. 6. ff. de inoffic. teſtament. ubi poſthumus alienus (*de quo in §. poſthume quoque. 26. ſ. de legatis*) jure civili inutiliter heres inſtitutus, hereditatem ſeu potiùs bonorum poſſeſſionem jure
27 Prætorio agnoſcit. Nec huic reſiſtit *§. poſthumus autem alienus. 28. ſ. d. tit. de legat.* ubi traditur, poſthumum alienum potuiſſe heredem inſtitui, etiam ante conſtitutionem Juſtiniani. *Nam* reſpondetur, potuiſſe quidem: ita tamen, ut hereditatem perſequeretur jure honorario, non verò jure civili. Ratio, cur jure civili poſthumus alienus utiliter inſtitui non potuerit, eſt hæc: quia perſona planè incerta eſt.
28 Aſt incertæ perſonæ inſtitui non poterant, *teſte Vlpiano in fragmen. tit. 22. §. incerta, &c.* Aliud exemplum colligitur *ex l. 2. §. 1 ff de bonorum poſſeſſionib. ſecund. tab.* ubi heres ſub conditione inſtitutus, pendente conditione bonorum poſſeſſionem aſſequi poteſt: tametſi juris civilis ſubtilitate hereditatem adire non valeat, *l. is, qui heres. 13. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Aliud eſt *in l. poſthumus. 12. ff. de injuſt. rupt. irr. facto teſtament.* ubi heres ſcriptus in teſtamento, in quo poſthumus eſt præteritus, mortuo eo, bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas accipit: quamvis teſtamentum agnatione poſthumi, juris ſcrupu-
29 loſitate ruptũ videatur. *Et hæc in cauſa teſtati.* Æquè autem circa ſucceſſionem inteſtatorum Prætor receſſit à jure civili, idque emendavit. Dedit namque filiis emancipatis bonorum poſſeſſionem, *Vnde liberi;* & cognatis, *Vnde cognati*: quos tamen jure civili ab hereditate defuncti excluſos, omnique auxilio deſtitutos fuiſſe conſtat, *§. emancipati. 9. ſup. de hereditatib. quæ ab inteſt. defer. tot. tit. ff. & C. Vnde liberi. & tot. tit. ff & C. Vnde cognati.* Plura exempla videre eſt apud Forſterum *d. libr. 2. de ſucceſſionibus. cap. 27.*

30 Neque his, quæ de emendatione ſeu impugnatione juris civilis hic dicuntur, contradicit Ulpianus *in l. non eſt ambigendum. 12. §. 1. ff. hoc tit.* dum aſſerit, quòd ubicunque lex, vel Senatuſconſultum, vel conſtitutio capere hereditatem prohibet, bonorum poſſeſſio ceſſet, *Illud* enim eo de caſu accipiendum eſt, quo propter aliquod commiſſum quiſpiam capere hereditatem à jure civili prohibetur; putà is, qui rei capitalis damnatus, neque reſtitutus eſt. Etenim huic bonorum poſſeſſionem Prætor non tribuit, *l. edicto. 13. ff. eod. tit. Forſter. d. lib. 2. c. 28. n 26.*

31 Confirmationis porrò exempla hoc loci *in §. 1.* duo ab Imperatore adferuntur: unum in ſucceſſione teſtati. Nam Prætor heredibus rectè utiliterque inſtitutis bonorum poſſeſſionem *ſecundum tabulas* decernit: qui tamen etiam citra Prætoris beneficium ex jure civili hereditatem conſequi poſſunt, *l. verbis. 120. ff de verbor. ſignificat.* Eſt autem bonorum poſſeſſio *ſecundum tabulas* ea, quam Prætor teſtamenti tabulas ac ſcripturam ſequens, eique obtemperans, inſtitutis heredibus largitur, *l. 1. & paſſim. ff. de bonorum poſſeſſ. ſecund. tab. & de hoc abundantiùs in §. ſunt autem. 3. infr. hoc tit.* Alterum exemplum eſt in ſucceſſione inteſtati. Suis enim & agnatis, quib' ab inteſtato hereditas debetur, Prætor bonorum poſſeſſionenem pollicetur, *l. 1. & 2. ff. de ſuis & legitim. heredibus. l. 1. & paſſim. ff. unde legitimi:* quamvis etiam ſine bonorum poſſeſſione ad ſucceſſionem jure civi-
li vocentur, *§. 1. hoc tit. in fine.* Sed quia promptius 32
eſt, & expeditius Prætorium beneficium: ideo Prætor adjuvandi & confirmandi, nec non ad exitum celeriter perducendi juris civilis gratiâ, & ſcriptis heredibus, & ab inteſtato proximis, bonorum poſſeſſionem concedit; *ut non ineptè hic ad finem Weſenbecius annotavit.* Adde, quòd quemadmodum duabus anchoris niti tutius eſt: ita & duplici jure, civili ſcilicet & Prætorio, *docente Rittershuſio hic pag. 377. Adde Bachovium hic num. 2. pag. 700.*

§. Quos autem ſolus. 2.

§. 2. Quos autem ſolus vocat Prætor ad hereditatem, heredes quidem ipſo jure non fiunt. Nam prætor heredem facere non poteſt. Per legem enim tantùm, vel ſimilem juris conſtitutionem heredes fiunt, veluti per Senatuſconſulta, & conſtitutiones principales. Sed cùm eis Prætor dat bonorum poſſeſſionem: loco heredum conſtituuntur, & vocantur bonorum poſſeſſores. Adhuc autem & alios complures gradus Prætor fecit in bonorum poſſeſſionibus dandis, dum id agebat, ne quis ſine ſucceſſore moreretur. Nam anguſtiſſimis finibus conſtitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum, Prætor ex bono & æquo dilatavit.

SUMMARIA.

1 *Quidam ad ſucceſſionem duplici jure vocantur.*
2 *Prætor neque heredem, neque dominum facere poteſt hujusque ratio.*
3 *Quatenus eadem vis edicti Prætoris, quæ legis.*
4 *Differentia ac ſimilitudo juris civilis & Prætorii.*
5 *Præcipua inter bonorum poſſeſſionem & hereditatem differentia.*
6 *Filius familias an invito patre hereditatem adire, vel bonorum poſſeſſionem agnoſcere valeat.*
7 *Num bonorum poſſeſſio & hereditas per procuratorem acquiri queat.*
8 *Tempus bonorum poſſeſſionis petendæ, itemque hereditatis adeundæ quale ſit.*
9 *Hereditate, bonorumq; poſſeſſione quale acquiratur dominium.*
10 *Nemo plus juris in alium transferre poteſt, quàm ipſe habet.*

11 *Lex*

11 *Lex omnium humanarum rerum domina & regina.*

12 *Consideratio l.1.ff. hoc titulo.*

1 Quibus solus Prætor bonorum possessionem decernit: ii non heredes, sed bonorum possessores appellantur, *per hunc §. nostrum.* Rectè, *solus Prætor.* Nam ad successionem nonnulli duplici vocantur jure, civili & Prætorio: ut heredes ritè scripti, ut sui, ut agnati, *de quib. paulò antè circa §.1. expositum*, atq; hi sunt & heredes, & bonorum possessores. Alii vocantur tantùm jure Prætorio: & hi (*ut modò dictum*) non appellantur heredes, sed bonorum duntaxat possessores: veluti sunt emancipati, liberi præteriti, posthumi alieni, cognati, &c. Ratio, cur heredes hi non sint, illa est: quia, *inquit hoc loco Imperator*,
2 Prætor heredem facere non potest. Ratio rationis: quia Prætor dominum facere non potest, sed tantùm lex, Senatusconsultum, Principis placitum, *arg. hujus §. & l. 2. ff. de legib. & l. qui usumfructum. 3. ff. si ususfruct. petet. Cujacius hic in suu notu. Wesenbec. numer. 1. Rainaldus Corsus libr. 3. indagationum jur. cap. 4. D. Collega Besold. in Commentar. ad l. 7. & 8. t. 1. libr. 1. ff. num. 9. pag. 113. Et eâ de re varias opiniones recitat Fachineus libr. 5. Controvers. jur. c. 74.* Ast hereditas est species acquisitionis dominii, *arg. §. ult. s. per quas person. cuique acquirit. & §. ult. sup. de heredum qualit. & differ.* Cur verò Prætor dominum non faciat, sed tantùm lex, aut Senatusconsultum, aut constitutio sive Principis placitum, hæc est ratio: quia dominium, quod acquiritur successione, juris est civilis, *docente Vulteio ad principium hujus tit. num. 3.* Prætor autem magis spectat jus naturale, & ea, quæ sunt naturalia, ut est possessio, *argument. §. emancipati. 9. vers. sed præter naturali, &c. s. de hereditatibus, quæ ab intest. defer. cum juribus similibus.* Neque obstat, quòd Prætoris edictum vim
3 legis obtineat, *§. Præterum. 7. s. de jure natur. gent. & civ.* Eadem namque vis est & auctoritas edicti Prætoris, quæ legis, ratione sc. effectûs; non autem ratione formæ & modi. Ideòque notanda hoc loco est juris civilis & prætorii differentia, ac similitudo.
4 Differentia est: quòd jus civile efficiat heredem: Prætor bonorum possessorem. Similitudo hæc est: quòd idem utriusque sit effectus, id est, bonorum possessor, quoad effectum, loco heredis habeatur, *l. 2. ff. hoc tit. l. Prætor. 117. ff. de regul. jur.*

5 Enim verò bonorum possessionis & hereditatis hæ præcipuæ sunt differentiæ. I. Hereditas solâ animi destinatione adiri potest, sine præsentiâ judicis, *§. item extraneus. 7. s. de hered. qual. & differ. l. si avia. 6. C. de jure deliber. l. pro herede. 20. & l. gerit. 88. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Bonorum possessio à Prætore, seu judice peti debet, *l. ultim. Cod. qui admitti ad bonor. possess. possunt.* II. Filius familias heres in-
6 stitutus, invito patre, hereditatem non adit, *l. si quis mihi. 25. §. jussum. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Ast, ignorante & invito patre, bonorum possessionem agnoscit, *l. 1. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt.* III. Bonorum possessio per procuratorem acquiritur, *l. 3. §. acquirere. 7. ff. hoc tit.* Hereditas per procuratorem adiri & acquiri nequit, *l. per curatorem. 90. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Cujac. libr. 1. observat. c. 34. & dictum supr. ad princip. hujus tit. nu. 20.* 7
IV. Tempus bonorum possessionis petendæ est vel annuum; vel centum duntaxat dierum *l. 1. §. largius. ff. de successor. edict. & §. cùm igitur plures. 6. infr. hoc tit.* Tempus adeundæ hereditatis est perpetuum, id est, triginta annorum, *l. licèt. 8. C. de jure deliber. l. hereditatis. 7. C. de petit. heredit.* V. Hereditate directum (*uti vocant*) acquiritur dominium: bonorum possessione utile tantùm, *juxta Accurs. & Dd. in l. 1. ff. hoc tit.* Idque ratione confirmatur: quia nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, *l. nemo. 54. ff. de reg. jur.* Atqui Prætor rerum nostrarum dominus non est, *arg. hujus §.* Non ergo directum, sed utile tantum dominium bonorum possessori tribuere potest. Ex quo & alia (*præter eam, quæ suprà indicata est, num. 2.*) differentiæ ratio colligitur, cur lex directum heredem & dominum, non autem Prætor, constituere possit: quia videlicet non Prætor, sed lex omnium humanarum rerum domina est, & regina: *ut ex Chrysippo Marcianus scribit in dict. l. 2. ff. de legib.* Nec refragatur *dict. l. 1. ff. hoc t.* ubi Ulpianus respondit, bonorum possessionem dominium rerum tribuere. *Nam* id non de directo, sed utili; sive de dominio possessionis, non proprietatis, intelligendum est. Nec enim Prætor dominium rerum sivo proprietatem tribuit, sed possessionem solummodò & retentionem: *sicuti ibidem monuit Gothofredus, & Cujacius in Paratitlis.* Porrò de istis, & aliis inter bonorum possessionem, & hereditatem differentiis, videantur *Schneidevvinus hic num. 6. Thadæus Pise num. 3. Ferslerus lib. 1. de successionibus. cap. 5. per totum, & Hunnius lib. 3. var resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 38. item in Resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 16. th. 1. quæst. 3. pag. 363. & seqq.* 8 9 10 11 12

§. Sunt autem. 3.

§. 3. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ: Prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque contra tabulas. Secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus Prætor pollicetur: ideoq; vocatur secundùm tabulas. Et cùm de testamentis priùs locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus, & iis, qui ex edicto Prætoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur Unde lib. Secundo, legitimis heredib. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori preferebat. Sunt a. decem personæ hę: pater, mater, avus, avia, tam paterni, quàm materni: item

item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quàm ex filia: frater, sororvè, consanguinei, vel uterini. Quarto, cognatis proximis. Quinto, tanquam ex familiâ. Sexto, patrono, patronæque, libertisque eorum, & parentibus. Septimo, viro & uxori. Octavo, cognatis manumissoris.

SUMMARIA.

1 *Bonorum possessio contra tabulas adversus quos detur.*
2 *Querela inofficiosi quibus tribuatur.*
3 *Bonorum possessio contra tabulas quibus competat.*
4 *Suis heredibus præteritis, testamentum ipso jure est nullum.*
5 *Rem per magistratum possidere expedit.*
6 *An & quatenus bonorum possessio contra tabulas, filio familias præterito accommodetur.*
7 *Cur ea legitimè exheredatis non detur.*
8 *Utrùm eadem herede instituto indulgeatur.*
9 *Bonorum possessio contra tabulas ad quid detur.*
10 *De bonorum possessione secundùm tabulas.*
11 *Quare hæc bonorum possessio propriè locum habeat in testamento scripto, non in nuncupativo.*
12 De *bonorum possessione Unde liberi.*
13 *Nunquid illa hodie liberis emancipatis sit necessaria.*
14 *De bonorum possessione Unde legitimi.*
15 *De bonorum possessione Unde decem personæ.*
16 *De bonorum possessione Unde cognati.*
17 *De bonorum possessione Tanquam ex familiâ.*
18 *De bonorum possessione Unde liberi patroni.*
19 *De bonorum possessione Unde vir & uxor.*
20 *De bonorum possessione Unde cognati manumissoris.*

1 Exponit Imperator breviter omnes bonorum possessionis species: & primùm quidem juris veteris, quo sunt decem: deinde juris novi, quo sunt sex ordinariæ. Quædam autem bonorum possessiones ex testamento, seu potiùs occasione testamenti deferuntur: quædam verò ab intestato. Ex testamento duæ sunt: *contra tabulas, & secundùm tabulas.* Bonorum possessio *contra tabulas* datur, non contra scriptos heredes, sed contra tabulas ipsas ligneas, ceràque oblitas, id est, ipsam testamenti scripturam. Nam etiamsi nemo ex heredibus institutis hereditatem adeat: nihilominus tamen hæc possessio concedenda est, *l. illud. 4. l. quod vulgò. 19. ff. de bonorum possess. contra tabul.* Aliud in querela inofficiosi obtinet. Hæc enim non nisi post aditam ab herede scripto hereditatem moveri potest, *l. Papinianus. 8. §. si conditionis. 10. ad fin. ff. de inoffic. testament.* Ratio differentiæ est: quia querela inofficiosi tantùm liberis 2
exheredatis conceditur. *l. si ponas. 23. ff. eod. t. l. non putavit. 8. in princ. ff. de bonorum possess. contra tab.* Ast exheredatio nisi aditâ hereditate non valet: nec ante eam aditam quispiam exheredatus intelligitur.

Bonorum autem hæc possessio competit liberis etiam nondum hereditate aditâ præteritis. Præteritio quippe nihil disponit: ac proinde non opus habet aditione hereditatis, per quam confirmetur sicuti exheredatio. *Anton. Gomez. tom. 1. variar. resolut. cap. 11. num. 18.*

Datur hæc bonorum possessio liberis (*ut modò dictum*) in paterno testamento præteritis, non tantùm emancipatis, verùm etiam suis *§. eadem hæc 12. supr. de hereditatib. quæ ab intest. defer. l. is, qui in potestate. 15. ff. de legat. præstand. cont. tab. Accursius & Scheidevvin. hic num. 6 & 7. Schilbock. & Thadæus Piso. n. 5. & alii Interpretes. Alexand. Iason, & cæteri Dd. ferè omnes in l. fin. C. de bonor. possess. contra tabulas. Treutler. vol. 2. disp. 15. th. 3. ibique in suis notis Bachovius. pag. 931. & Hunnius pag. 272. & seqq.* Emancipatis autem planè necessaria est: quia jure civili, cùm fuerint præteriti, nullum aliud habent remedium, quo ad hereditatem perveniat. *§. emancipati. 9. sup. de heredit. quæ ab intest. defer.* Suis verò non est necessaria: quia aliud ipsis suppetit remedium, quo hereditatem persequi possint, putà jus dicendi nullum. Suis enim præteritis ipso jure nullum est testamentum, *per princip. f. de exheredat lib. l. inter cætera. 30. l. pen. & ult. ff. de lib. & posthum. l. 1. filio. 17. ff. de injust. rupt. irr. fact. testament. l. ult. in fin. C. de liber. præterit.* Est tamen illis etiam utilis hæc possessio: Tum quia expedit, rem possidere per Magistratum. *l. justè possidet. 11 ff. de acquir. vel amitt. possess. l. qui auctore. 137. ff. de regulis jur.* Tum quia suus præteritus prævenire potest, & impedire heredem scriptum, petitâ hac bonorum possessione contra tabulas: quam si petierit, scriptus ad bonorum possessionem secundùm tabulas admitti non poterit. *fin. d. l. C. de bonor. possess. cont. tab.* 3 4 5

Sed occurit hoc loco scrupulus, non omninò (*meo judicio*) contemnendus. Cùm testamentum, in quo filius familias præteritus est ipso jure sit nullum, *dictis juribus*: & ea propter rescindi nequeat: nec etiam rescissione suus heres præteritus, utpote qui testamento nullo facto, ab intestato potest succedere, indigeat. *§. 1. supr. de hereditatib. quæ ab intest. defer.* quomodo ei hæc bonorum possessio, quæ est remedium rescissorium, accommodabitur? Respondendum: filio in potestate præterito, testamentum jure quidem civili nullum esse, sed jure Prætorio valere, *argument. l. posthumus. 12. in princ ff. de injust. rupt. irr. facti testam. l. 2. §. 1. ff. de bonorum possess. secund. tab. Gloss. hic. & in dict. leg. fin. C. de bonorum. possess. cont. tab. Viglius in §. 1. supr. de exheredat. lib n. 4. & §. non tamen. supr. quibus mod. testam. infirm n. 2.* Et quamvis vulgus Doctorum aliter sentiat, videlicet testamentum, in quo filius familias præteritur, etiam jure Prætorio non subsistere, adeòque bonorum possessionem hanc *contra tabulas* filio in potestate præterito competere, non ad rumpendum, sed ad declarandum testamentum nullum, *quemadmodum tradit Gomezius dict. tom. 1. variar. resolut. cap. 11. num. 5.* 6

& eum

& eum secutus Michael Graffus in lib. receptar. sentent. §. bonorum possessio. quæst. 20. num. 2. nostram tamen sententiam, contra communem, plutimis juris textibus & rationibus solidè confirmasse videtur Fernandus Vasquius *lib. 2. de successionibus. §. 20. p. 3. requis. 29. num. 140. & seq.* Firma igitur est conclusio: non solùm emancipatis, sed & suis bonorum possessionem *contra tabulas* dari: eâ tamen conditione si
7 præteriti fuerint. Nam legitimè exheredatis non datur, *præallegatâ l. non putavit. 8. & l. sed sub conditione. 18. ff. de bonor. possess. contr. tab. l. ult. ff. de liber. & posth.* Ejusque ratio est: quia non temerè voluit Prætor; contra patris certum & expressum judicium, quo filium suum ab hereditate removit, auxilium suum interponendo auctoritatem defuncti impugnare: cùm justa exheredationis causa esse possit. *Wesenbec. in paratitl. ff. de bonor. possess. cont. tab. num. 3.* Ex quo descendit & illud: quòd ne præteriti quidem ad hanc bonorum possessionem semper consurgere valeant. Ea enim filio, testamento matris, vel avi materni præterito, denegatur. *l. illud notandum. 4. §. ad testamenta. ff. eod.* Ratio ex supradictis patet: quia præteriti à matre, avo vè materno, pro exheredatis habentur. *§. ult. sup. de exheredat. liberor.* Atqui exheredatione notatis hæc possessio non tribuitur. *d. l. non putavit. 8. ff. de bonor. poss. contra tab. d. l. ult. ff. de liber. & posthumu, &c.*

8 Sed quid de herede instituto dicendum: nunquid ei bonorum possessio hæc dabitur? Nequaquam. Et ratio est: quia secundùm tabulas habere possessionem potest. *l. 3. §. si quis ex liber. 11. ff. de bonor. poss. cont. tab.* Fit tamen interdum, ut institutus ad bonorum possessionem *contra tabulas* admittatur: propterea quòd, alius sit præteritus, qui edictum commiserit, id est, edictum de contra tabulas, instituto aperuerit *d. l. 3. §. si quis ex liberis. 11. vers. planè. ff. d. t.* Nec hi, qui propter alios contra tabulas bonorum possessionem petunt, expectant; ut præteriti bonorum possessione accipiant: cùm semel beneficio aliorum, ad id beneficium fuerint admissi. *l. si post mortem. 10. §. ultim. ff. eod.* Atque hoc remedium heredibus scriptis aliquando utilius est, quàm bonorum possessio *secundùm tabulas*: si fortè minimâ ex parte heredes instituti sunt. *dict. l. non putavit. 8. §. ult ff eod. tit. Graff.*
9 *in d. §. bonorum possessio. quæst. 24.* Datur autem bonorum possessio contra tabulas, ad evertendum & rescindendum patris testamentum. *l. 1. in pr. ff. de legatis præstand. contra tab. &c. d. l. quod vulgò. 19. ff. de bonor. possess. contra tabul. l. ut liberis. 17. ibi, testamento rescisso. C. de collationib. cum similib.* Rescisso porrò testamento, hic subsequitur effectus ut liberi, in quorum favorem illud rescissum est, ab intestato succedant. *d. l. non putavit. 8. §. ult. & l. cùm emancipatus. 13. ff. de bonor. poss. contr. tab.* & legata omnia, quæcunque ex testamento relicta sunt, intercidant: exceptis iis, quæ ipsis defuncti parentibus aut liberis, uxori item, nuruique dotis nomine relicta sunt. Hæc etenim legata pietatis intuitu istis personis conservantur. *d. l. 1. 2. 3. & passim. ff. de legatis præstand. & l. 1. C. de bonor. poss. contr. tabul.*

Transeamus ad bonorum possessionem *secundùm tabulas*: quæ defertur secundùm tenorem testamenti, sive secundùm testatoris voluntatem, omnibus jure scriptis heredibus. *l. 2. §. defertur. l. hi demum. 6. ff. de bonorum possessionib. secund. tab. & hoc §. nostro.* Et hæc bonorũ possessio sicut omnium optimo jure nititur, quippe quæ in jure civili & in defuncti voluntate ultimâ fundata sit: ita necessaria in plerisque casibus non est. Nam ut maximè is, qui heres est institutus, bonorum possessionem non petat: tamen nihilominus hereditatem acquirit, quæ omne ipsis jus tribuit, quod ex bonorum possessione habere queat. Enim verò in eo utilis illa et editur: quòd jus civile confirmet: cùm justius possidere videatur, qui etiam auctore Prætore possidet. *d. l. juste. 11. ff. de acquir. vel amit. poss. Vult. lib. 1. Iurispr. Rom. c. 75. & d. §. ad pr. hujus t. num. 11.* Rectè autem cum Justiniano hic dicimus: hanc bonorum possessionem concedi scriptis heredibus. Propriè enim locum habet in testamento scripto, non in nuncupativo. Ratio differentiæ est: quia nuncupativum penitus & merè civile est: *§. ult. sup. de testament. ordin.* scriptum non item: quoniam in eo quædam sunt prætoria; ut signa septem testium. *§. sed cùm paulatim. 3. suprà dicto titul.* Itaque Prætor scriptum quidem testamentum agnoscit: sed non nuncupativum. Et ipsum scriptum non agnoscit prius, quam sua signa viderit. Quæ si compareant, etiamsi alia solennia desint: id tamen testamentum jure prætorio sustinetur: heresque scriptus, acceptâ bonorum possessione *secundùm tabulas*, bona obtinet, non quidem ut heres, sed ut bonorum possessor, id est, heres prætorius. *§. non tamen. 6. supr. quibus. mod. testamenta infirmentur.* Eademque est ratio in priore bonorum possessione *contra tabulas*; ut & ipsa appellatio indicat. Verumtamen receptum est, ut nuncupatis quoque heredibus utilis bonorum possessio *secundùm tabulas* detur *l. final. & ibi Gothofred. Cod. de bonorum possession. secundùm tab. l. ult. C. de codicill.* Quod autem hic ex Justiniano addimus, possessionem hanc deferri heredibus *jure scriptis*: intelligimus sive civili, sive saltem Prætorio, quod septem testium sigilla tantùm in testamento requirit. *d. §. non tamen. 6. s. quib. mod. testam. infirm. Duar. ad t. §. de bon. poss. secund. tab. c. 2. & 3.* Atque hæc de bonorum possessionibus ex testamento. 10

Ab intestato bonorũ possessiones tum dantur, cùm omninò testamentũ factum non est: vel factum quidem, sed quod ne jure quidem Prætorio sustineatur. 12
Et hujuscemodi ab intestato bonorũ possessiones hic memorantur octo. Prima *Vnde liberi* vocatur: &, parentib⁹ intestatò mortuis, liberis eorum, tam emancipatis, quàm suis conceditur. *l. 1. §. 1. & §. rectè autem. 5. & liberis. 4. & l. seqq. ff. si tabulæ testam. nulla extab. l. 1. §. ult. ff. quis ordo in possess. servet. §. emancipati. 9. supr. de hereditatibus quæ ab intest. defer.*

Vlpian. in fragment. tit. 28. §. liberis, &c. Ioan. Kitzelius Disput. 13. repetitionum universi jur. th. 12. lit. b. Ac sane suis datur, non tanquam necessaria? cùm jure civili hereditatem consequi possint. *l. quemadmodum. 7. ff. de inoffic. testament. §. 1. supr. de hereditat. qua ab intest. defer.* sed ut utilis, propter auctoritatem Magistratûs, *argum. d. l. justè. 11. ff. de acquir. vel amitt possess.* Emancipatis verò prorsus necessaria est: quia jure civili ab hereditate excluduntur. Per hanc autem bonorum possessionem, cum suis heredibus, ad defuncti patris successionem admittuntur. *d. §. emancipati. 9. supr. de hereditat.*
13 *qua ab intestato defer.* Quæri hoc loco solet: an etiam hodie illa liberis emancipatis sit necessaria? Et necessariam esse, contendit Alciatus *libr. 3. paradox. r. cap. 10.* Verùm contraria longè verior est sententia, *per Novell. 118. cap. 4.* ubi apertè statuitur, in successione ab intestato nullam amplius differentiam inter suos & emancipatos esse. Atqui certissimum est, suos ipso jure civili heredes fieri, *d. §. 1. supr. de heredit. qua ab intestate defer.* Ergo & emancipati ex jure civili succedent, nec bonorum possessione *Vnde liberi* opus habebunt.

14 Secunda bonorum possessio ab intestato. *Vnde legitimi* appellatur: & agnatis accommodatur, non existentibus defuncti liberis. *l. 2. & tot. tit. ff. & C. unde legitimi.* Agnatorum autem appellatione in primis hic veniunt illi, qui capite deminuti non sunt. Nam legitimum heredem, si capite deminutus esset, ab hac bonorum possessione summoveri, palam est, *l. 1 in fine. ff. eod. l. legitimus. 5. ff. unde cognati. §. 1. f. de success. cognator.* Deinde inter agnatos sive legitimos numerantur & alii, qui ex novis legibus, vel Senatusconsultis, ut Tertylliano, aut Orphitiano, ad hereditatem legitimam admittuntur. *d. l. 2. §. ult. cum l. seq. ff. unde legitimi.* Quare ad hunc numerum patet quoque manumissor aggregandus est, quem filii sui legitimum heredem esse, suprà audivimus *in §. ult. de legitimâ agnator. success.* Hæc autem bonorum possessio utilis est potiùs, quam necessaria: quia & legitimi jure civili ad successionem defuncti vocantur; *ut ex principio allegati modò tituli liquidè constat.*

15 Tertia ab intestato bonorum possessio *Vnde decem personæ* dicitur: & decem personis, quæ extraneo manumissori præferuntur, competit. Nam cùm olim parens naturalis ad successionem filii emancipati non aliter admitteretur, quàm si contractâ fiducia emancipatus esset: fiduciarius pater, sive extraneus manumissor, filii illius intestatò mortui bona occupabat, propter emptionem imaginariam uno scilicet aut altero nummo factam: *ut in d. §. final. f. de legit. agnat. success. dictum est, & explicat Coras. lib. 6. Miscell. jur. c. 9.* Sed Prætor iniquum nimis esse existimans, hominem alienissimum istius emancipati hereditatem auferre, & propinquis ejus omnibus anteponi, decem illi personas hic enumeratas prætulit. Verùm hæc tertia bonorum possessio ab Imperatore sublata est. *§. sed eas quidem. 4. infr. h. t.*

16 Quarta bonorum possessio ab intestato cognatis proximis tribuitur: & *Vnde cognati* nominatur. *l. 1. & tot. tit. ff. unde cognati.* Atque hæc possessio planè necessaria fuit cognatis, utpote quibus nullus jure civili ad successionem amplectendā aperiebatur aditus. At novissimo jure ampliùs necessaria non est: cùm cognati & agnati hodie etiam de jure civili, si modò pares sint gradu, simul succedant: &, quod magis est, si propinquiores sint agnatis, soli ad hereditatem vocentur, omnibus agnatis exclusis: ut *ex dictâ Novell. 118. c. 4.* ostendimus supr. *in §. ult. de successione. cognator. num. ult.* & post Anton. Contium *lib. sing. de hered. & bonor. poss.* docet Heigius *hic num. 23.*

17 Quinta bonorum possessio ab intestato, *tanquam ex familia*, nuncupatur: & familiæ, hoc est, agnatis patroni si neque ipse patronus, neque ejus liberi extent, in bonis liberti indulgetur: *ut rectè hic Theophilus (quicquid contrà dicat Hotomanus) Equinarius Baro, Cujacius, Ferretus, Canciuncula, hosque referens Borcholt. Bachovius num. 2. pag. 705. cum seq. & alii declarant: ejusque meminit quoque Vlpianus in fragment. tit. 28. §. intestati, &c.* Sed & hæc possessio a Justiniano est sublata. *d. §. sed eas quidem. 4. vers. cumque antea. infr. h tit.*

18 Sexta ab intestato bonorum possessio dicitur, *Vnde liberi patroni*: & patrono, patronæ, liberis, parentibusque illorum datur, *Vlpian. d. t. 28.* Hæc verò possessio non videtur fuisse necessaria: quia & jure civili patronus liberto succedebat ab intestato, si nullum suum heredem relinqueret, *ut dictum supr. initio tit. de success. libertor.* Ast hanc quoque possessionem, ut supervacuam, Justinianus de jure recedere jussit. *d. §. sed eas. vers. cumq. antea. infrà hoc titulo.*

19 Septima bonorū possessio ab intestato, appellitatur *Vnde vir & uxor*, eisque attribuitur. *l. unic. ff. unde vir & uxor, & l. unic. C. eod.* Eaque in usu remansit, *sæpè allegato §. sed eas quidem. vers. aliam verò. infr. hoc tit. Sed de hac abundè expositum suprà ad princip. t. de heredit. qua ab intest. deferuntur. num. 476. & seqq.* Ratio autem, cur hæc earum, quæ hodie obtinent, ultima sit, est illa: quia inter virum & uxorem neque jus naturale seu sanguinis, neque ratio evidens civilis esse videtur. Omnibus tamen legitimis heredibus & propinquis deficientibus, uxor & maritus in hereditate vacante, fisco præferuntur. *l. ult. Cod. Theod. de legit. heredib. lib. 5. tit. 1.* Quinimò secundùm quorundam locorum statuta, superstitem conjugem præferri omnibus agnatis & cognatis, præterquam liberis, *post Andream Gail. lib. 2. obs. 124.* tradit Heigius *hic num. 25.*

20 Octava ab intestato bonorum possessio vocatur, *Vnde cognati manumissoris*: & cognatis patroni, patronæque in bonis liberti assignatur, *Vlpian. d. t. 28.* Cæterum hæc possessio etiam à Justiniano evacuata est, *ut ex d. §. sed eas quidem. 4. infr. h. t. mox intellecturi sumus.*

§. Sed

§. Sed eas quidem. 4.

§. 4. Sed eas quidem Prætoria introduxit jurisdictio: à nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est: sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, contra tab. quidem & secundùm tabulas, bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato Unde liberi & Unde legitimi bonorum possessiones. Quæ autem in Prætoris edicto quinto loco posita fuerat; id est, Unde decem personæ: eam pio proposito, & compendioso sermone supervacuam ostendimus. Cùm enim præfata bonorum possessio 10. personas præponebat extraneo manumissori: nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eisdemque manumissoribus contractâ fiduciâ manumissionem facere dedit: ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublatâ igitur prædictâ quintâ bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus: & quintam fecimus, quam Prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio Tanquam ex familia; & octavo, Unde patroni patronæque, & parentes eorum: utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatûs fecimus, penitus evacuavimus. Cùm enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodò coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia: sufficit eis tam contra tabulas bonorum possessio, quàm Unde legitimi, & Unde cognati: ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate, & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum jure soluto. Aliam verò bonorum possessionem, quæ Unde vir & uxor appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & tutiore loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoq; bonor. possessione, quæ erat Unde cognati manumissoris, propter causas enumeratas meritò sublatâ: ut sex tantummodò bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.

SUMMARIA.

1 *Iure novo quot sint bonorum possessiones.*
2 *Has bonorum possessiones cur Iustinianus ordinarias appellet.*

1 Adhuc dictum est de jure veteri, quo decem fuerunt bonorum possessiones: nunc de jure novo, quo sex sunt: duæ ex testamento; *contra tabulas, & secundum tabulas*: & quatuor ab intestato: *Unde liberi*: *Unde legitimi*: *Unde cognati*: *Unde vir & uxor*.
2 Atque has sex bonorum possessiones Justinianus Imperator ordinarias *in fine hujus* §. appellat: non quòd sint juris civilis, sed quòd ordine deferantur, *l. 1. ff. quis ordo in possessionibus servetur. §. cùm igitur. 6. ibi, eosq; per ordinem disposuisset. infr. hoc tit. Wesenbec. hic num. 4.* Reliquas quatuor ab intestato omnes, nempe tertiam *Unde decem personæ*: quintam, *Tanquam ex familiâ*: sextam, *Unde liberi patroni*: & octavam, *Unde cognati manumissoris*: sive, si etiam connumeres eas ex testamento; quintam, septimam, octavam, & decimam (*ut ordine hic exponitur*) tanquam supervacaneas, minusque necessarias, idem Imperator ex usu sustulit, atque rejecit.

§. Septima. 5.

§. 5. Septima eas secuta, quam optima ratione Prætores introduxerunt. Novissimè enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, Prætor stabili jure connumeravit; sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exegit) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusvè Principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

SUMMARIA.

1 *Quæ sint extraordinaria bonorum possessiones.*
2 *Edictales bonorum possessiones decretalibus opponuntur.*
3 *Requisita bonorum possessionis, Quibus ex legibus, vel ut ex legibus.*

Sex ordinariis bonorum possessionibus Justinianus hoc loci septimam extraordinariam opponit,

quæ *Quib. ex legibus*, vel, *Vt ex legibus*, appellari potest, *l. unic ff. Vt ex legibus, Senatusvè consultis bonor. possess. detur.* Sunt tamen & aliæ extraordinariæ, quæ decretales dici solent: quia decreto, id est, pro tribunali à Magistratu decernuntur: cujusmodi est Carboniana, ventris item, & litis agnoscendæ causa quæ datur; *de quibus diximus suprà ad principium hujus*
2 *tit. num. 15. & sequentibus.* Et his decretalibus opponuntur edictales: quæ scilicet edicto sunt propositæ, & sine decreto, ipso jure competunt: ut sunt sex istæ præfatæ, & etiam hæc septima. Quæ septima haud incommodè vocari poterit & ordinaria, si comparetur decretalibus, & extraordinaria, ut hîc, si comparetur sex prioribus, quæ ex ordinariâ certaq; causa conceduntur: cùm hæc septima ex causa incertâ, putà ex novâ aliquâ lege pendeat, & deferatur.

3 Requisita autem hujus bonorum possessionis, secundùm magis receptam sententiam, sunt: ut deferatur ex legibus novis: civilibus, non Prætoriis: expressè, & specialiter: neque is, qui eâ utitur, per aliam legem civilem ad hereditatem vocetur. *Exempli gratiâ*: Si per Cæsaream constitutionem in aliquo Collegio vel Universitate Seniori deferatur successio Collegæ, defuncti sine agnatis vel cognatis: certè eo casu ad hanc septimam extraordinariam bonorum possessionem necessariò illi Seniori recurrendum erit: propterea quòd nulla ei competat nominata bonorum possessio: cùm nec filius sit, nec agnatus, nec cognatus, nec vir, nec uxor: nec etiam jure civili defuncto succedere possit. Sed de hac extraordinariâ bonorum possessione, *post Iasonem in l. fin. C. unde legitimi, &c.* videantur *hic Mynsingerus & Schneidevvinus, Grassus in lib. recebtar. sententiar. § bonorum possessio. quæst. 30. Cujacius ad l. legitima. 6. ff. de pact. Bocer. class 3. Disp. 12. thes. 26. ad lit. a. edit. 2. Treutler. vol. 2. disput. 15. th. 5. lit. E. ibiq; Bachovius in suis not. pag. 959.*

§. Cùm igitur plures. 6.

§. 6. Cùm igitur plures species successionum Prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset: & in unaquaque specie successionis sæpè plures extent dispari gradu personæ: ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facilè in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent: ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus, tam naturalibus, quàm adoptivis, in petendâ bonorum possessione anni spacium, cæteris autem agnatis, vel cognatis, centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit: ejusdem gradûs personis accrescit: vel si nullus sit, deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit: non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur: sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.

SUMMARIA.

1 *Quare petenda bonorum possessioni certum tempus à Prætore sit præfinitum.*
2 *Ratio differentiæ inter liberos & parentes.*
3 *Iuri accrescendi ubi sit locus.*
4 *Nemo pro parte testatus; pro parte intestatus decedere potest.*

Petendæ bonorum possessioni certum tempus à Prætore præfinitum est: partim idcirco, ne creditores essent in damno, si diu bona jacerent sine herede, quem convenire possent: partim, ne injuriâ afficeretur defunctus, si nimis citò ejus bona à creditoribus per immissionem bonorum occuparentur, & venderentur, *hoc §. nostro. & l. 1. in princ. ff. de succes-* 1
sorio edicto. Liberi itaque & parentes, tum naturales, tum adoptivi, bonorum possessionem petere debent intra annum: cæteri autem, agnati vel cognati, intra dies centum, *per hunc §. vers. liberis itaq; &c.* Ratio differentiæ inter liberos ac parentes, & cæteros; est honor sanguinis: quia, *inquit Vlpianus*, arctandi non erant, nec tam facilè excludendi, qui penè ad propria bona veniunt, *d. l. 1. § largius 12. ff. de successor. edict.* Anno isto, vel centum diebus istis elapsis: nec illi, id est, liberi aut parentes, nec hi, id est, cæteri, agnati nimirum vel cognati, admittuntur ampliùs. Quin & si is, cui bonorum possessio competebat, eam repudiârit: protinus ad ordinem proximum jus illud devolvitur: aut pars repudiata accrescit alteri, qui cum ipso eundem obtinebat gradum, *hoc §. vers. & si intra &c. Vultejus lib. 1. Iurisprud. Roman. c. 5.* 2
ad finem. Atque ita juri accrescendi locus est non solùm in hereditatibus, & legatis, sed etiam in bonorum possessione, *l. 3. §. ultim. & tribus legibus sequen-* 3
tibus. ff hoc tit. Ratio in bonorum possessione est eadem, quæ in hereditate: ne videlicet quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. *§. hereditas. 5. vers. neq; enim. I. de heredibus instit. et l. [illegible] expli-* 4
cui fusius n. 9. & seqq. l. jus nostrum [illegible] Decius & Cagnolus. ff. de regul. iur. ut certè diverso quis jure censeatur ab intestato, hoc est; hereditas ad unum deferatur ex primo ordine, ad alium ex secundo: quod est absurdum, *l. eum, qui ades. 23. & l. rerum mixtura. 30. §. 1. ff. de usurpat. & usucapionibus. Et*

huc

hoc pertinet tit. C. quando non petentium partes petentibus accrescant.

§. In petenda. 7. & ult.

§. 7. In petendâ autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur. Sed benè anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed quocunque modo admittentis eam indicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat eorum beneficium.

S u m m a r i a.

1 *Dies utiles, & continui qui dicantur: quomodo item differant.*
2 *Annus continuus ex quibus diebus conficiatur.*
3 *Dupliciter Prætor sui copiam facere dicitur.*
4 *Dies sessionum qui*
5 *Bonorum possessionum alia causæ cognitionem requirunt: alia non requirunt: & utræque quomodo vocentur.*
6 *Ut in hereditate adeunda solennis ratio, nimirum cretio; ita & in bonorum possessionibus petendis vetus solonnitas sublata est.*
7 *Hodie sola declaratio animi, sive qualiscunque testatio amplectendæ bonorum possessionis sufficit.*

1 IN bonorum possessione petendâ singuli dies utiles
computantur, *hoc §. nostro. & l. 2. ff. quis ordo in pos-*
sessionibus servetur. Sunt autem dies utiles, quibus
quis delatam sibi possessionem scivit, eamque à Præ-
tore postulare potuit, *l. 1. ff. de diversis & temporali-*
bus præscriptionibus. l. miles. 11. §. sexaginta. 6. ff. ad
leg. Iul. de adulter. l. 2. C. qui admitti ad bonor. possess.
possunt. Illis opponuntur dies continui. Dies utiles
intelliguntur ex eo tempore, quo quis scivit, se ha-
bere jus agendi sive persequendi: continui dies in-
telliguntur, quam primùm jus delatum est, sive is,
cui delatum est, sciverit, sive ignoraverit. Ideoque
illi sunt judiciales, hi etiam extrajudiciales: illi cur-
2 runt tantùm scienti, non etiam ignoranti. Dicun-
tur verò continui, eò quòd continuò unus ex alio
dependet. Et ex continuis trecentis sexaginta quin-
que diebus conficitur annus, qui vulgaris dicitur.
Ast annus utilis totidem constat diebus, sed ex anno
continuo illis duntaxat desumptis diebus, quibus a-
gi potuit: proindeque non nisi multi anni continui
utilem faciunt, *ut eleganter Vultejus annotavit in §.*
præcedente. num. 4. Igitur dies utiles non sunt con-
tinui: quia continuò agi non potest: nec continuò
3 & semper sui Prætor copiam facit. Dupliciter au-
tem Prætorem sui copiam facere, aut jus dicere, non
ignorandum est: interdum pro tribunali, cùm scili-
cet res exposcit causæ cognitionem. *l. nec quicquam.*
9. §. 1. ff. de offic. Proconsul. interdum extra tribunal,
sive de plano, hoc est, de inferiori loco, & in viâ pro-
cedens etiam, seu in transitu; non in superiore illâ
eburneâ tribunalis sellâ: scilicet cùm non causæ co-
gnitionem plenam, sed summariam tantùm res de-
siderat: & magis executione, quàm cognitione in-
diget: magisque in imperio, quàm jurisdictione
consistit, *d. l. nec quicquam. 9. §. de plano. ff. dicto tit.*
l. 1. C. ut in possessionem legatorum, &c. §. 2. supr. de li-
bertin. Wesenbecius hic num. 2. Quibus porrò die- 4
bus pro tribunali, in eburneâ curuli sellâ Prætor se-
debat: ii dies sessionum scitè appellantur à nostris,
d. l. 1. §. 1. ff. quis ordo in possess. servetur. l. ii, cui. 5. §. sex
autem. ubi Gothofredus. ff. ut in possess. legatorum, &c.
Duarenus lib. 2. disput. anniversf. c. 16. Jam verò bo- 5
norum possessiones quædam causæ cognitionem re-
quirunt: quædam non requirunt. Illæ decretales
vocantur, & pro tribunali petuntur; eoque dies ses-
sionum in illis numerantur: hæ nominantur edicta-
les, & de plano decerni possunt; atque ideo in his
dies omnes, quibus copia Magistratûs publicè, pri-
vatèque haberi potuit, computantur, *d. l. 2. §. 1. ff. quis*
ordo in possess. servetur. Hujusmodi septem illæ sunt,
quæ hoc in titulo proponuntur: illius generis sunt
Carboniana, Ventris in possessionem mittendi, & li-
tis agnoscendæ sive ordinandæ causa, *de quibus di-*
ctum superiùs ad princip. hujus tit. numer. 15. cum se-
quentibus. Et ita quoque docent Hotomanus hic, & We-
senbec. num. 4.

Cæterùm quemadmodum in hereditate adeundâ 6
solennis ratio, quæ cretio dicebatur, est sublata, *ut*
obiter admonuimus in §. fin. s. de heredum qualit. &
different. ita & in bonorum possessionibus petendis
vetus solennitas, utpote plus æquo scrupulosa, exau-
ctorata est. Nam olim solennia quædam verba in
petenda bonorum possessione omnino erant neces-
saria, *arg. l. 1. ibi, si solenniter petierint bonorum posses-*
sionem C. communia de successionib. nec peti illa pote-
rat, nisi apud Magistratum populi Romani, & non
apud Magistratum municipalem, *ut indicat. l. ult. C.*
qui admitti ad bon. possess possunt, & Barn. Brissonius
lib. 5. de formulis, &c. pag. mihi. 407. Sed hodie sine 7
ullis solennibus potius admittitur, quàm petitur.
Satis enim est ei, cui bonorum possessio competit,
intra legitima tempora adire quemlibet judicem, seu
Magistratum, & non tam ab eo petere, quàm osten-
dere sive declarare suum animum & voluntatem
amplectendæ bonorum possessionis, *d. l. ult. C. qui*
admitti ad bonor. possess. poss. Atque hinc est, quod di-
ctus tit. C. ita concipiatur: *Qui admitti, &c.* & non,
Qui petere bonorum possessionem possunt: & hic in fine
Justinianus scribat: *Sed quocunque modo admittentis*
eam, &c. Verùm eâ de re videatur Bachovius *hic*
pag. 714. & in suis not. ad vol. 2. Treutler. Di-
sput. 15. th. ult. lit. K. pag. 976.
& seq.

DE ACQUISITIONE PER ARROGATIONEM.

Tit. XI.

Est & alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

§.1. Ecce enim cùm paterfamilias sese in arrogationem dat: omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debitæ sunt, arrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur: exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt: quales sunt operarum obligationes, & jus agnationis. Usus etenim & ususfructus, licèt his antea connumerabantur: attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra constitutio.

§.2. Nunc autem nos eandem acquisitionem, quæ per arrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo ususfructus, tam naturalibus parentibus, quàm adoptivis, per filiosfamiliarum acquiritur in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato. Mortuo autem filio arrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad arrogatorem pertransit: nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt, antecedant.

§.3. Sed ex diverso, pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure arrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus bona, quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.

Summaria.

1 *Continuatio tituli ad præcedentes.*
2 *Acquisitio per arrogationem quo jure introducta.*
3 *Olim arrogator omnia arrogati bona pleno jure acquirebat.*
4 *Hujus juris limitatio.*
5 *Operarum conditio personalis.*
6 *Operæ libertorum duplices: fabriles, & officiales.*
7 *De quibus operis hic agatur.*
8 *Cur agnationis jus capitis deminutione perimatur.*
9 *Personalia cum personâ extinguuntur.*
10 *Usus & ususfructus hodie arrogatori acquiruntur.*
11 *Imò jure novo arrogator in bonis arrogati adventitiis nudum usumfructum habet.*
12 *Arrogato tamen sine liberis & fratribus mortuo, bonorum ejus arrogator plenus dominus efficitur.*
13 *Nec filius pro patre, nec pater pro filio obligatur.*
14 *An pater filio succedens, ejus debita persolvere teneatur.*
15 *Creditores in bona debitoris indefensi à Prætore immittuntur.*
16 *Ut pars hereditatis; ita & pars bonorum, universitas quædam censetur.*

1 Dictum est *suprà in §. finali. tit. per quas person. cuique acquirit.* quatuor esse modos sive species acquisitionis per universitatem: nempe hereditatem, bonorum possessionem, arrogationem, & addictionem. Duæ priores jam explicatæ sunt: hereditas, & bonorum possessio: sequitur ergo tertia, quæ est arrogatio. 2 Hæc autem per arrogationem acquisitio, neque jure civili, ut hereditas, neque jure Prætorio, ut bonorum possessio, sed ex jure non scripto, sive consuetudine & moribus introducta est, *per principium hujus tit.* Ejusque ratio videtur: quia patriâ potestate, quæ moribus est instituta & recepta, nititur, *initio tit. ad finem. sup. de pupillari substit. l. patre furioso. 8. circa principium. ff. de his, qui sui, vel alieni jur. sunt.* De hac verò acquisitione duo distinguenda sunt jura. 3 Veteri namque jure is, qui alium arrogaverat, omnia arrogati bona pleno jure consequebatur, *§. 1. hoc tit.* Ratio est: quia cùm persona & caput ipsum, abeat in potestatem arrogatoris: per consequens, & quidem multò magis, illius bona & fortunæ cum capite transeunt, *l. si paterfamilias. 15. in princip. ff. de adoptionib. l. qui ex liberis. 11. §. testamento. 2. ff. de bonor. possess. secund. tabul.* 4 Excipiebantur ea, quæ minimâ capitis deminutione intereunt: ut operæ, ut jus agnationis, ut olim usus & ususfructus, *d. §. 1. vers. exceptis iis, &c. hoc tit.* Ratio, cur hæc arrogatori non quærerentur, est: quia arrogatione, quæ & ipsa est quædã capitis deminutio, extinguuntur; ut proinde acquiri non possint, utpote extincta. *§. minima. 3. supr. de capit. deminut.* 5 Quare autem operæ per capitis deminutionem pereant, ratio illa est: quia operarum conditio est personalis, & certæ debentur personæ, ut patrono à liberto. Quæ persona si capitis deminutione mutatur: & ipsæ operæ, propter personam mutatam extinctamve, debeti desinunt. 6 Cæterùm sciendum est: operas libertorum esse duplices: fabriles, quas & artificiales vocant, & officiales. Illæ certâ in arte, veluti pingendi, scribendi, medendi, coquendi, fabricandi po-

sitæ sunt: hæ verò in humanitatis officio, quibuscunque rebus præstando, consistunt. Illæ cuilibet à quovis patroni jussu præstari possunt: veluti ut domum libertus ædificet, ab alterôve non minùs perito ædificandam curet: hæ verò & à solo liberto, & soli patrono navari queunt; ut ei præstò sit, quibuscunque rebus inserviat, ad mensam ministret, comi-
7 tem se adjungat, &c. Hujus igitur loci sententia intelligi debet de operis officialibus, quæ solæ sunt personales, eoque ad alios minimè transeunt, *argum. §. solvitur. 5. infr. de societate. l. usus aquæ. 21. ff. de usu & habitat. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. & c. privilegium. 7. ext. de reg. jur. in 6.* non de fabrilibus seu artificialibus, quæ cuivis à quoque exhiberi possunt: ut sunt operæ servorum, quæ capitis deminutione non amittuntur, *l. 2. ff. de operis server.* & ad heredes extraneos transeunt: cùm sint reales, nec personam patroni tantùm concernant, *l. fabriles. 6. & l. opera.*
8 *9. ff. de operis libertor.* Quam autem ob causam agnationis jus capitis deminutione perimatur, à nobis explicatum est, *in §. ultim. numer. 3. s. de legit. agnator. tutel.* quia scilicet agnatio civilis est, *l. Iurisconsultus. 10. §. inter agnatos. 4. ff. de gradibus & affinibus.* ac ea propter tollitur per capitis deminutionem, item civilem, *l. eas obligationes. 8. ff. de cap. minut.* Cur denique usus & ususfructus olim capitis deminutione tollerentur, adeoque arrogatori non acquirerentur, ratio indicata est *in § finitur. 3. s. de usufructu*: quia hæc duo jura sunt personalia: pro-
9 indeque cum personâ extinguuntur, *ut & modò de operis dictum.* At persona per capitis deminutionem
10 tollitur civiliter, *l. verum. 63. §. fin. ff. pro socio.* Planè hodie usus & ususfructus arrogatori acquiruntur: quandoquidem minimâ capitis deminutione non ampliùs perimuntur, sed maximâ tantùm, & mediâ, *d. §. finitur. sup. de usufructu. & l. penultim. C. eod.*
11 Quinimò jure novo, id est, ex constitutione Justiniani, non omnia arrogati bona transeunt ad arrogantem. Nam bonorum adventitiorum solum is usumfructum adipiscitur, remanente dominio vel proprietate penes ipsum arrogatum, *§. nunc autem. 2. hoc tit.* Cujus ratio perspicua est: quoniam non debet esse melioris conditionis pater adoptivus, quàm naturalis. At jure novo ad naturalem patrem duntaxat ususfructus adventitiorum pertinet, *§. 1. sup. per quas person. cuiq. acquirit. l. cùm oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.*

12 Etsi verò rerum adventitiarum solum usumfructum arrogator, vivente arrogato, habet: eo tamen sine liberis & fratribus in adoptivâ familiâ mortuo, arrogator bonorum ipsius plenus dominus efficitur, *d. §. 2. vers. mortuo autem. hoc tit. & l. ultim. Cod. communia de succession.* Sin autem is, qui in arrogationem acceptus est, aliquid debuerit: ipso quidem jure arrogator pro eo non tenetur: sed nomine filii arrogati conveniri potest, *§. 3. hoc ti-*
13 *tul. nostro.* Ratio, cur ipso jure non teneatur, est: quia nec filius pro patre, nec pater pro filio obligatur jure civili, *titul. Codic. ne filius pro patre, vel pater pro filio, &c. & tit. infr. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negocium, &c.* Ratio rationis: quia pater ipse non contraxit, sed ipse filius. Atqui ex alieno contractu nemo, nisi heres obligatur. *l. quæcunque. 11. ff. de obligat. & actionibus.* At pater 14
filio succedens, non est heres: quippe cùm bona ejus occupet jure patrio sive peculii, & non jure hereditario. *l. 2. ff. de castrens. pecul.* Quia tamen bona filii ad patrem perveniunt: æquitas naturalis postulat, ut & debita pater ejus persolvat, *ex reg. jur. l. secundùm naturam. 10. ff. de R. I.* Porrò si arrogator filium defendere nolit: permittitur creditoribus, ut auctoritate competentium magistratuum bona, quæ filii arrogati cum usufructu futura erant, si sese in arrogationem non dedisset, possideant, legitimoque modo ea disponant, *tradente Iu-*
stiniano in fine hujus tituli. Est enim juris regula: 15
creditores ex Prætoris edicto mitti in possessionem bonorum ejus, qui non defenditur. *l. 2. & tot. tit. ff. quib. ex caus. in possess. eatur.* Denique hic obiter notandum: etsi hodie non omnia patri acquirantur per arrogatum, sed ususfructus tantum bonorum adventitiorum, *ut monitum suprà numer. 11.* rectè tamen adhuc dici, hanc acquisitionem per arrogationem, esse per universitatem, & non rerum singularium. Nam ut pars hereditatis etiam est hereditas, & universitas quædam: ita & de parte bonorum judicandum, *auctore Rittershusio hic in fine. pag 388. Vide omnino Locamerum quæstionum juridicar. fascic. 34. quæst. 6.*

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

TIT. XII.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non additur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causâ; audiuntur.

§. 1. Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent: Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in eâ causâ bona ejus esse cœperunt, ut

venire

venire debeant: is, cujus de eâ re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directò, quàm earum, quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratiâ addicantur tibi: si idoneè creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset. Ii autem, quos heres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur: ita, ut si non aliâ conditione velis tibi bona addici, quàm ut ii etiam, qui directò libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum aliâ ratione irritum fiat: si fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui rebus nostris attendunt, sciant commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda; ut libertas iis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hereditas ex testamento adita esset.

§. 2. Hoc rescripto subventum est & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur, & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta: cessat bonorum venditio. Existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

§. 3. In primis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens t stamento libertates datæ sunt. Quid ergo, si quis intestatus decedens, codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas: an favor constitutionis debebit locum habere? Certè si intestatus decesserit, & codicillis dederit libertatem: competere eam, nemini dubiũ est.

§. 4. Tunc enim constitutioni locum esse verba ostendunt, cùm nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrùm existat, an non; cessabit constitutio. Si verò certum esse cœperit, neminem existere: tunc erit constitutioni locus.

§. 5. Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hereditate: an quamvis potest in integrum restitui, possit admitti constitutio, & bonorum addictio fieri? Quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam, in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum, revocari libertates; quia semel competierunt.

§. 6. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sunt datæ: cessat hæc constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates, vel mortis causa: & ne de hoc quæratur, utrùm in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint sibi addici bona: an audiendi sint? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

§. 7. Sed cùm multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus: lata est à nobis plenissima constitutio, in quâ multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.

Summaria.

1 *Ratio ordinis, sive connexionis hujus tituli cum præcedentibus.*
2 *Addictio bonorum libertatum conservandarum causâ, quando locum habeat.*
3 *Liberti Orcini qui.*
4 *D. Marci constitutio, de testamento agens, etiam ad libertatem codicillis, ab intestato, inter vivos, & mortis causa datam, Iustiniani lege porrigitur.*

Expeditis tribus modis, quibus per universitatem 1
res nobis acquiruntur? restat nunc dicendum de
quarto & ultimo acquisitionis universalis modo, qui
dicitur *addictio bonorum libertatum conservandarum*
causâ. Et hæc acquisitio neque ex lege 12. tabul. sive jure civili, neque ex edicto Prætoris, neque ex populi consensu sive moribus & consuetudine, velut proximè præcedens, sed ex constitutione divi Marci Imp. descendit, *initio hujus t. t. & l. si heredit. 15. 6. & l. ult. C. de testamentariâ manumiss. l. 2. 3. & 4. ff.*
de fideicommissar. libertatibus. Imprimis autem hæc 2
bonorum addictio locum habet, quando facto testamento, libertates directò, vel per fideicommissum à defuncto relictæ sunt, §. 3. *h. t.* Etenim si fortè, propter magnitudinem æris alieni, nemo ex scriptis heredibus adire velit hereditatem: ne libertates destituto testamento perirent, divus Marcus humanissimè constituit: ut, si vel extranei, vel etiam servi, quibus libertas à defuncto adscripta est, à judice competenti bona defuncti sibi addici seu adjudicari peterent:

peterent: bonorum addictio petentib. fieret. Quâ factâ; servi quidem directè à defuncto manumissi, perinde libertatem accipient, ac si hereditas ab here-
3 de scripto adita esset; hoc est, fient liberti Orcini, sive liberti testatoris, ad Orcum euntis: ii verò, quibus fideicommissaria libertas data est, ab iis, quibus bona addicta sunt, manumittentur, eorumque liberti fient. Interim tamen illi, quibus bona defuncti debitoris addicuntur, creditoribus idoneè cavere coguntur de solido (id est, tum de sorte, tum de usuris) quod cuique debetur solvendo, §. 1. *h. t.* Idoneè autem cavere, est cavere datis fidejussoribus, vel pignoribus. Sed & si fides habita fuerit nudè promittenti: idoneè cautum videbitur. *Quæ de re prolixè Vlpianus in d. l. 4. §. addici. & seqq. ff de fideicommiss. libertatibus.*

4 Quamvis autem verba rescripti seu constitutionis divi Marci de testamento tantùm agant: ejus tamen sententiâ Imp. noster hic *in d. §. 3. §. 4. & 6.* etiã ad libertatem codicillis, ad libertatẽ ab intestato, ad libertatem inter vivos, & mortis causâ datam extendit. Nam par est, eademque omnium ratio, favor scil. libertatis, cujus tuendæ & conservandæ causâ hæc acquisitio vel successio potissimùm inducta est: adeò, ut si nulli data fuerit libertas, huic successioni non sit locus; quemadmodum *circa finem hu us tituli* Justinianus indicat: ubi etiam simul asserit, jus addictionis bonorum à divo Marco institutum, à se multùm amplificatum esse, *dict. l. ultim. Cod. de testamentariâ manumiss. Atque isthanc bonorum addictionem plenissimè interpretatur & explicat Cunradus Rittershusius hic pag. 389. & seqq.*

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, & ex Senatusconsulto Claudiano,

TIT. XIII.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones, qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta; & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant. Sed cùm extraordinariis judiciis posteritas usa est: ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt; & tantummodò creditoribus datur officio judicis bona possidere, & prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit.

§. 1. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio: cùm libera mulier servili amore bacchata, ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostrâ civitate deleri, non inseri nostris Digestis concessimus.

SUMMARIA.

1 *Duo alii, præter superiores, per universitatem acquirendi modi.*
2 *Successio per bonorum venditiones quales olim habuerit ambages & solennitates.*
3 *Judicia ordinaria, itemque extraordinaria quæ.*
4 *Quomodo hodie adversus debitorem procedatur.*
5 *Pœna mulieris, quæ servo se alieno conjunxerat, ex Senatusconsulto Claudiano descendens, per Justinianum sublata.*
6 *Contra juris rationem receptum non est producendum ad consequentiam.*
7 *Cur de viris nihil caverit SC. Claudianum.*
8 *Quibus casibus jura occurrere soleant.*
9 *Quid statuendum, si mulier servo proprio se commiscuerit.*

Præter jam expositas quatuor per universitatem acquirendi species, fuerũt olim & duo alii modi, quibus titulo universali res acquirebantur, videlicet successio, quæ fiebat per venditiones bonorum debitoris, & quæ ex Senatusconsulto Claudiano mulier libertatem & facultates suas amittebat. Nam olim debitore non existente solvendo, & latitante, nec idoneum defensorem habente, creditores à Prætore honorum possessionem postulabant: eaque impetrata, bona ad dies aliquot possidebant. Postea rursus Prætorem adibant petentes, ut ex ipsorum numero aliquis magister, id est, curator bonorum constitueretur, qui bona obærati debitoris proscriberet rerùmque omnium vendendarum negocium susciperet. Proscribebat autem magister bona debitoris, in celeberrimis quibusque totius Urbis locis ad hunc modum: *Cajus Lucius debitor noster, in eâ causa est, ut bona ejus divendi debeant. Nos creditores patrimonium ejus distrahimus: quicunque emere velit, adesto.* Proscriptione factâ, post paucos dies tertiùm à Prætore petebant, ut sibi liceret legem, quam vellent, venditioni addere. Atque ex eo tempore magister legem venditioni adjiciebat, hoc modo: *Creditores qui bona Caji Lucii proscripserunt, cum emptore bonorum, siquis accesserit, decident,* hoc est, pactum facient: *quòd dimidiâ, tertiâ, vel quarta parte crediti contenti erunt.* Et si emptor secundùm legem istam satisfacere creditoribus paratus erat: totum debitoris patrimonium ei addicebatur; bonorumque emptor,

ptor, & universalis debitoris successor dicebatur: actionesque omnes, quæcunque debitori prius competierant, ei, & contra eum dabantur, *ut Theophilus hic, Antonius Contius lib. 2. disputation. jur. capite 12. & Marcus Cicero in oratione pro Quintio, aliique luculenter explicant.* Atque hæc solennis bonorum impetratio & venditio tunc locum habebat, quando
3 judicia ordinaria in usu fuerant, *hoc titulo nostro.* Vocabantur autem ordinaria judicia, quæ certis, solennibus, præscriptisve formulis exercebantur: extraordinaria verò, in quibus formularum & ordinis ratio non habebatur. De quibus formulis bellè & argutè Barnabas Brissonius *in tractat. de formulis & solennibus populi Romani verbis. libr. 5.* Sed postquam populus Romanus judiciis extraordinariis uti cœpit: cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt, *ut Iustinianus hic*
4 *testatur.* Ac hodie creditores simpliciter, porrectâ suâ petitione, narrant: quomodo, & ex quâ causâ debitor sibi obligatus sit, vel quâ ex causâ rem petant. Et si tunc debitor peremptorie citatus, contumaciter se judicio subtraxerit: illi, implorato judicis officio, mittuntur in possessionem rei petitæ in actione reali, aut hypothecariâ vel in possessionem bonorum debitoris, in actione personali, pro quantitate & portione æris alieni. Hocque modo ad primum & ad secundum decretum, vel etiam ad venditionem bonorum; si scilicet adhuc debitor copiam sui publicè facere detrectet, proceditur: *ut notatur in Authent. & qui jurat. Cod. de bonis auctorit. jud. possid. itemque Novell. 53. cap. 4. §. 1. Et eâ de re pereleganter Wesenbecius in Paratit. Digestor. tit. de damno infect. num. 4. & seqq. item tit. quibus ex causis in possess. eat. & tit. de rebus auctoritat. judic. possidend.*

5 Erat & alter olim successionis universalis modus ex Senatusconsulto Claudiano inventus: quo mulier libera quæ servo se alieno junxerat, libertate & bonis privabatur: & dominus servi in universum eius jus succedebat. Non tamen antè fiebat serva, quam ter ei esset denunciatum, ut à servo alieno abstineret; & tandem à judice pronunciatum, *sicuti Theophilus hic docet. & Cujacius lib. 21. observat. cap. 16.* Sed illud cùm Imperator noster religiosissimus impium; suisque temporibus indignum judicasset: meritò sustulit. *l. unic. Cod. de Senatusconsulto Claudiano tollend.*
6 Quod enim contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentiam. *l. quod verò. 14. ff. de legibus. & l. quod contra. 141. ff. de regulis juris.* Atqui ab hostium ferocitate, contra naturalem libertatem inductum est, ut homines in servitutem deducantur. *§. sed jus quidem. 2. vers. jus autem gentium. supr de jure nat. gent. & civil. §. servitus. 2. s. de jure personar. l. libertas. 4. §. 1. ff. de statu hominum.* Igitur ad libidinem nequissimorum hominum inserendum non erit: ne fragilitate sexûs decepta mulier, & insano servi amore percita, vel (*ut ipse loquitur Iustinianus*) infelici cupidine capta, non sine natalium suorum, totiusque familiæ dedecore, in servitutem redigatur, *dict. l. unic. Cod. de Senatusconsulto Claud. tollendo Vide Petrum Ostermannum hic in suis rationalib. pag. 60. & seq.* Observandum porrò est: Senatuscon- 7
sultum Claudianum tantum fuisse de mulieribus, non etiam de viris. Nam si liber homo alienæ ancillæ contubernium sequatur: licèt ei fuerit denunciatum, ut se abstineret: servus tamen domini mulieris non fit *l. si liber. 3. C. de liberali caus.* Ratio, cur de 8
viris nihil caverit Senatusconsultum, hæc esse videtur: quia fœminæ propter sexûs fragilitatem facilè peccant. Solent autem leges & jura iis potissimum casibus occurrere, in quibus crebriùs delinquitur, *argum. l. 3. & seqq. ff. de legib. & notat hic Rittershusius pag. 393. vers. deinde observandum, &c.* Denique 9
cum Senatusconsultum illud de alieno tantùm servo fuerit: quæri non incommodè potest: quid juris fuerit, si fœmina proprio se servo commiscuisset? Et ejus facti pœna ex utraq; parte capitalis fuit ex constitutione Imp. Constantini. Namque servus ignibus quidem tradebatur: mulier verò capitali sententiæ subjugabatur. *l. unic. C. de mulierib. quæ se propriis servis junxerunt. Eâque de re accuratiùs tractat Cujacius d. lib. 21. observat. c. 16.*

DE OBLIGATIONIBUS.

TIT. XIV.

Principium Tituli.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundùm nostræ civitatis jura.

SUMMARIA.

1 *Continuatio hujus tituli ad precedentes.*
2 *Obligationes an rectè ad res referantur.*
3 *Obligatio est mater actionis.*
4 *Ex obligatione, & ex dominio qualis actio nascatur.*
5 *Omnis rerum tractatio à definitione proficisci debet.*
6 *Obligationis definitio, eiusque explicatio.*
7 *Bona definitio constat ex genere & differentiâ.*
8 *Obligatio quale vinculum.*
9 *Creditor quis, quis item debitor appelletur.*
10 *Debitum vel in dando, vel faciendo consistit.*
11 *Dare & facere in jure opponuntur.*
12 *Obligationum substantia in quo sit posita.*
13 *Differentia inter acquisitionem & obligationem.*
14 *Obligatio ex alienâ voluntate pendens, non est obligatio.*
15 *Sententia l. sub hac conditione. 8. ff. de obligat. & act.*
16 *Initio quod vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.*

17 *Alte-*

17 *Alienatio fundi dotalis à marito facta, quatenus valeat.*
18 *Explicatio l. centesimis. 46. §. 2. ff. de verb. obligat.*
19 *Rei verbum generaliter accipiendum.*
20 *Solutio rei quomodo fieri debeat.*
21 *Emptor quatenus venditorem habeat obstrictum, ad rem venditam tradendam.*
22 *Aliud pro alio creditori invito solvi non potest.*
23 *Particularis solutio non admittenda.*
24 *Obligationis definitio de quâ obligatione sit accipienda.*
25 *Obligatio alia civilis sive propria, alia naturalis & impropria.*
26 *Quæ sit inter utramq; differentia.*
27 *Exempla naturalis obligationis.*
28 *Intellectus l. naturales. 10 ff. de obligat & act. item, l. fidejussor. 16. §. naturales. ff. de fidejussor.*
29 *Naturalis obligationis effectus.*
30 *Definitio, rei definitæ substantiam non complectens, vitiosa.*
31 *Actio quomodo definiatur.*
32 *Definitio, quæ non potest converti cum suo definito, mala.*
33 *Res non secundùm varietatem accidentium definienda.*
34 *Definitio bona non egreditur suum definitum.*
35 *In definitione nullum verbum debet esse superfluum.*
36 *Quæ juris sunt, incorporalia dicuntur.*

1 Continuatio hujus tituli dependet ex secundo titulo libri secundi. Ibi enim Divus Justinianus Imp. quasdam res corporales, quasdam verò incorporales esse, ut servitutes, hereditates, & obligationes, disertè docuit. Explicatâ itaque hactenus abundè satis servitutum ac hereditatum doctrinâ: reliquum est, ut & de obligationum materiâ, & utili
2 & frequenti, sermo instituatur. Atque ex succincta hac ordinis demonstratione ad oculum liquet: erroneam eorum esse sententiam, qui obligationes non ad res, sed vel ad personas, *Loriot. de jur. art. tract 17. de pact. axiom. 2. Vulteius hic num. 8. & lib. 1 disceptat. Scholast. cap 4. & 16. & lib. 1. Iurispr. Rom. cap. 26.* vel ad actiones, *Theophilus, Accurs. Nicasius, Angelus Aretin. Ioan. de Platea, Nicolaus de Neapolis, Portius, & alii in hoc princip. eosq; laudans Petrus Ricciard. ad rubricam hujus tit. num. 6. & seqq.* referunt, hac potissimùm ratione moti; quòd obligatio sit mater actionis. *l. licèt in popularibus. 42. §. in obligatio. 2. ff. de procuratorib.* ubi habetur, obligationem patere actionem: & consequenter probatur, illam esse matrem
3 actionis. Etenim ex hac ratione sequeretur: ea etiã, quæ *lib. 1. & toto lib. 2.* tractantur, actionibus annumeranda esse: quippe cùm & matrimonium, & tutela, *de quibus in lib. 1.* & dominium, *de quo in lib. 2. & 3. usq; ad hunc tit. agitur*, mater actionis non in-
4 sciè dicatur. Nam quemadmodum ex obligatione actio in personam; ita ex dominio actio in rem nascitur. *§. 1. infr. de actionib.* Sed & minimè sequitur: ex obligatione est actio in personam: igitur est jus personæ. Longè siquidem aliâ ratione dicitur actio in personam, alia jus personæ. Hoc enim statum & conditionem personæ denotat: illa autem verba *in personam* circumstantiam, non statum, significant, ut explicatum est uberiùs supr. *ad tit. de reb. corporalib & incorp. n. 35. cum seqq.* & quoque tradunt D. Arumæus *Exercit. Iustin. 12. thes. 2. & 3. Iacob. Schegk. in delibatis jur. Disput. 15. thes. 1. & seqq. Reinerus Bachovius hic num. 2. pag. 725. & lib. 1. Disput. Miscell. cap. 2. Forster. junior Disput. 2. ad Instit. thes 1. Timous Faber disp. 22. ad Institut. Imperial. th. 1. Iustus Schütz exercitation jur. disp. 13. th. 1. lit. b. pag. 193. Tobias Nenius hic in rubr. n. 15. Ioan. Zabelius exercitat. feud. 7. conclus. 1. sub lit. A. Wegner. Disput. 10. thes. 1. ad lit. a. Gœdd. de contrah. & committ. stipulat. conclus. 3. numer. 15. Fomannus Disputat. 19. in continuat. Nigerdin. lib. 3. Disp. 2. thes. 1. quæst. 1. & 2. Hilliger diligens Donelli enucleator lib. 12. c. 1. lit A. Schickhardus Disput. ad Instit 12. thes. 1. lit. a. & in resolut. quæst. 1.* & Valentinus Riemer. *decad. 9. quæst. 1.* ubi elumbibus ac plumbeis Vulteij dissentientis argumentis abundè satisfacit. Cæterùm an & quatenus obligatio sit persona, noviter operosè exponit Erasm⁹ Ungepaur *exercit. Iustin. 10 quæst. 1. pag. 375. & seqq. edit. ult.*

Quoniam porrò omnis, quæ à ratione suscipitur, 5
rerum tractatio à definitione proficisci debet: ut, quid sit id, de quo disputatur, meliùs intelligi possit, *auctore Cicerone lib. 1. officior.* ideirco haud inconcinnè & Justinianus hic de obligationibus verba facturus, earum definitionem præmisit, hanc nimirum: *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvenda, secundùm nostræ civitatis* 6
jura. Verùm cùm omnis bona & accurata definitio ex genere & differentiâ constet; ut, *post Logicos*, de- 7
clarant Bartolus *in l. 1. num. 2. ff. de testament.* Hieronymus Cagnolus *in l. omnis definitio 202. num. 28. ff. de reg. jur.* & Everhard. à Midelburgo *in locis suis legalib. loc. à defnit. n. 3.* paucis dispiciendum est, an id hac in definitione fuerit observatum. Inquit igitur 8
Imperator: *Obligatio est vinculum:* quod loco generis positum est. Omnis namque obligatio est vinculum. *l. si fidejussor. 59 ff. de condict. indebit.* At non omne vinculum est obligatio: quia funis sive restis, & aliæ ejusce modi res materiales, & copulæ, quib⁹ vel homines, vel bestiæ vinciuntur, vincula quidem dicuntur, non tamen obligationes sunt. Ideoque ut isthæc excluderentur, vocabulum *juris* est adjectum: quòd nimirum obligatio sit vinculum juris, hoc est, vinculum incorporale & intellectuale, sive ius vinciens & ligans, *ut post glossam hic interpretatur Nenius num. 3.* Per obligationis etenim nexum homo alteri obligatur, & ad præstandum id, quod in contractum deductum est, adstringitur, *Schneidew. in. hic n. 16.* Adhæc obligatio potius *vinculum*, quàm vinctio dicitur: ut non actus obligandi significetur; sed æquum quiddam perpetuò durans, dum ab eo nexu absolvamur: quemadmodum *ex Barone lib. 1. de divid. oblig. cap. 4.* notavit Hilliger. *d. lib. 12, cap. 1 lit. D.*

9 Cæterùm qui istiusmodi juris vinculo alium obstrictum habet, creditor vocatur: & qui tali vinculo alligatus tenetur, debitor propriè appellitatur. *l. creditores.10.& duab. seqq.ff. de verb. signif.* Ille dicitur quoque reus credendi; hic verò reus debendi. *l.1. ibique Gothofredus ff. de duob. reis constituend. l. stipulationum.5. in princ. vers. conventionales. ff. de verb. obligat. l. idem est. 10. & l. si duo. 16. in princ. ff. de constit. pecun. l. si cum dotem.22.§.ff. solut. matrim Althus. lib. 1 Dicaeolog.c.34.num. 9. & seq. pag.126.* Atque illud ipsum, quod vi obligationis solvendum & præstandum est, debitum & deberi propriè dicitur. *l.1.§. debitum.7.& §.seq. ff. de constit. pecun. d.l. creditores. 10.*
10 *& seqq. ff. de verbor. significat.* idque in dando, vel faciendo consistit. *leg. obligationum.3. in princip. & l actionum.25. in princip. ff. de obligat. & action. leg. 2. in princip ff. de verbor. obligat. §.1. ibi, dare aut facere. infr. de actionibus.* In dando consistit debitum, si debitor rem creditoris facere, hoc est, rei debitæ dominium in ipsum transferre tenetur. *l. ubi autem. 75. §. fin. ff. de verb. obligat. l. ex empto. 11. §. 2. ibique Gothofred ff. de actionibus empt. & vend. l. 1. in princ. ff. de rer. permutat. l. non videntur. 167. ff. de regul. jur §. sic itaque discretu. 14. infr. de actionibus.* In faciendo debitum consistit, si debitor obligatus est ad factum, quo dominium in creditorem transferre non cogitur. Cùm
11 enim dare & facere in jure opponantur; & dare sit propriè dominium transferre: *d. §. sic itaque discretu.14. infr. dict. tit. d. l. ubi autem. 75. §. ult. ff. de verb. obligat. l. non videntur.167. ff. de reg. jur.* sequitur inde, factum propriè esse, quo dominium non transfertur *Donell. ad d. l. 2. num.6. ff de verbor. obligat. & ibidem Cujacius, hosque referens D. Collega Becer. class. 2. Disp. 1. thes. 5. ad lit. a. edit. 2. & in hoc. tit. n. 10. pag. 114.*
12 Apposita sunt definitioni & illa verba: *quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ.* Quæ verba differentię specificæ loco addita, ad ipsam obligationis substantiam, finem & effectum pertinere censentur. Obligationum siquidem substantia, *Paulo Jurisconsulto attestante,* non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum, obstringat. *d. l. obligationum. 3. in princ. ff. de obligat. & actionibus.* Unde insignis inter
13 acquisitionem & obligationem differentia patescit: putà quod usus sive finis acquisitionis est, ut aliquid nostrum fiat: obligationis est, ut aliquis ad dandum vel ad faciendum nobis adstringatur, *docente hoc Giphanio.* Sed & hoc jus sive juris vinculum, sicuti vim, necessitati conferri; & liberæ voluntati arbitrioque opponi, cognoscimus *§ 1. supr. de fideicommissar. he-*
14 *reditat* Quare obligatio, quæ ex alienâ voluntate, aut alieno arbitrio pendet, obligatio non est, *l. stipulatio. 17. & l à Titio. 108. §. ult ff. de verb. obligat. l. hac venditio 7. ff. de contrah. empt. & l. in vendentu. 13. C. eod.* Verbi gratia si quis ita stipuletur, *dabis?* & alter respondeat; *dabo, si voluero:* non contrahitur obligatio. Ratio: quia voluntarium est, non necessarium vinculum: vel quia pro non dicto est, quod dare, nisi velis, cogi non possis, ut eleganter loquitur Pomponius *in leg. sub hac conditione.8. ff. de obligation. & actionib.*

Nec quicquam movet in contrarium, quod *in d. modò l. 8.* subjicitur: *heredem promissoris ejus, qui nunquam dare voluerit, non teneri: quia hac conditio in ipsum promissorem nunquam extiterit.* Ex quibus verbis colligere promptum est: heredem ejus, qui promisit dare, *si volam aut voluero,* teneri, si conditio in ipso promissore extiterit, id est, si promissor, priusquam vitâ excederet, dare voluerit. Hæc igitur promissio, *dabo, si voluero,* vinculum juris habet, & propterea obligat, necessitatemque solvendi adfert. Hoc, *inquam,* nihil movet in contrarium: quia promissio hoc modo facta; *dabo, si voluero,* ab initio juris vinculum non obtinet, planèque nulla est. *d. l. sub hac conditione. 8. in princ. ff. de obligat. & action.* Sed si promissor ex post-facto, antequam moreretur, suam voluntatem, quòd dare vellet, declaraverit: tunc utilis est stipulatio: quoniam conditio in ipso promissore extitit: ac proinde heres ipsius tenetur, *d. l. 8. circa finem. ff. eod.* 15
Neque huic reclamat pervulgata regula juris: quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest *l. quod initio.29. & l. quæ ab initio. 210. ff. de reg. jur.* Hæc enim regula Catonis est, ad legata pertinens & institutiones, non ad contractus, *ut notavimus ad §.1. n.15. supr. de usucapionib. &c.* In contractibus sanè novum haud est: ut, quod ab initio non valet, postea vires assumat & subsistat. Hinc si maritus fundum alienaverit dotalem, alienatio non tenet, *per princip. tit. supr. quibus alienare lic. vel non. & tit. ff. de fundo dotali.* Si tamen, defunctâ in matrimonio muliere, dos lucro mariti cesserit, alienatio confirmatur. *l. cùm vir. 42. ff de usurpat. & usucap. Ioan. Borcholt in tract. de obligat. & actionib. c. 1. num. 5.* 16 17

Præterea nihil adversatur *l. centesimis. 46. §. 2. ff. de verb. obligat.* ex qua apparet, hanc stipulationem seu promissionem; *dabo, cùm voluero,* ita demum inutilem esse, si antequam constituam, moriar. *Etenim* hæc promissio, *cùm voluero,* diversa est ab illa, *si voluero,* Illa quippe, *si voluero,* statim ab initio nulla est. *d. l. sub hac conditione. 8. ff. de oblig. & act.* hæc verò, *cùm voluero,* non item: propterea, quòd his verbis, *si volam aut voluero,* expressè conditio in meam voluntatem confertur: verbis, *cùm voluero,* tacitè duntaxat. Itaque illa promissio non valet: hæc autem valet: Expressa namque nocent; tacita sive non expressa non nocent. *l. expressa. 195. ff. de reg jur. l. nonnunquam. 52. ff. de conditionibus. & demonstrat. Borcholt. d. cap. 1. n. 6.* 18

Planè illis definitionis verbis, *alicujus rei solvendæ,* non solùm nummorum solutio, sed omnis liberatio quoquo modo facta, & quælibet præstatio, sive in dando, sive in faciendo posita, continetur *l. solutionu. 54. ff. de solutionib. l. liberationis 47. & l. solutionu. 176.* 19

nu.176.ff.de verb.significat. Rei siquidem verbum ut generale est; ita generaliter lateque accipiendum est. *l. rei appellatio.5.ff.d.t. Accurs. & Heigius hic, numer.4. Wesenbec n.4. Nenius.num.42. & 43. Donell. lib.12. Comment. de jur.civ.cap.1.pag.4.num.30.*

20 Tandem definitioni addita sunt hæc verba: *secundùm nostra civitatis jura.* Quæ sanè verba non otiosa, aut minùs necessaria videntur, ut nonnulli suspicantur, *Giphanius hic, & Vultejus n.10.* sed hoc potiùs important; solutionem rei, quæ in obligatione versatur, non valere: nisi fiat secundùm modum & naturam actionis, à jure civili eo nomine introductæ, sive nisi eo fiat modo, quo jura civilia præcipiunt. *Balduin. Hotoman. Thadæus Piso, & Borcholt. hic n.4. Nicol. Vigel. in Commentar. de obligat. cap 1.*

21 Unde emptor quidem venditorem ad rem venditam tradendam habet obstrictum, habetque eo nomine actionem empti: veruntamen ita, si ille priùs pretium solvat venditori. *l. Iulianus.13.§. offerri. 8 ff. de actionib. empt.* Item si, fundo vel ædibus venditis, emptor etiam ruta cæsa petat, agit contra jus civile: quia secundùm hujus juris præscriptum, venditor emptori ad ruta cæsa tradenda non est obstrictus; nisi nominatim de eo convenerit. *l. in vendendo. 66. §. ult. ff. de contrah. empt.* Atque ita omnis obligatio, omnisque actio certum modum à jure civili habet definitum, certosque limites constitutos, ultra quos reus actori non est obligatus, *ut paulò latiùs id explanat*

22 *Vigelius d. loco.* Quo modo inter cætera quoq; comprehenditur: aliud pro alio, item alio loco, aliòve tempore, quàm quo conventum est, invito creditori solvi non posse *l. 2 §. 1. ff. de reb. credit. l. si solutorus. 39. ff. de solutionibus & arg. tot. tit ff de eo, quod*

23 *certo loco dari oport.* item particularem solutionem, cùm ea multa incommoda habeat, non esse admittendam. *l. planè. 3. l. his consequenter.18.§.Celsus.4.ff. famil ercisc.l.tutor.4 .§.1.ff. de usur.l. Iulianus.13.§. offerri.8 ff. de act.empt.l. si servus.5 .in fin. princ.ff. de ædilic.edict. & effusiùs demonstrabimus infr. ad princip.*

24 *tit.proximi.n.146. cum seq.* Quin & hoc inde manifestum evadit: hanc definitionem solummodò de obligatione civili (quam vulgò Interpretes naturalem & civilem simul, seu mixtam, rectiùs tamen civilem tantùm, utpotè, quæ nunquam destituitur naturali, nuncupant. *Mynsing hic n 5.cum seqq. Schneidevvin.n.25. Heigius.num. 6. cum seqq. Schilbock, & Wolfius quæst. 4. Donell d. lib.12. Commentar. cap. 2. pag. 6. Giphan. in Comment. de divisio ib.jur. th. 56. & ad l. servi.14.ff. de oblig. & act. n. 28. Schegk. in de libat.jur d. Disp.15 th.5.*) non verò de naturali tantùm esse accipiendam, ut docent *Vacon. à Va. una libr. 1. declarat.21 n. 8. Æmil. Ferret. ad rubric. ff. de verb. obligat n 10 Hortens. & Vultejus hic n.10. Duaren. de obligat. & act c 1. Baro hic. & d. lib.1. de divid. & individ oblig cap.4. Cujac. tract.9. ad African. in l. frater à fratre. 3. ff. de condict. indeb. Parladorius lib. 2. rer.quotid.c.3.num 19. hosq; citans Hilliger. in Donell*

25 *enucleat.d.lib.12.c.1. ad lit. E.* Notum enim est, obligationem aliam esse civilem sive veram & propriam; aliam naturalem & impropriam. *§. 1. ibi, utrùm civilis, an naturalis sit obligatio. infr. de fidejussorib. l. Gracè.8.§.& post litem contestatam.3.l. fidejussor.16.§. fidejussor.accipi.3.& §. seq. ff. eod.tit.l.1. ff. de novat. & delegat.d.l.servi.14.ff. de obligat.& act.l.quibus. 40.§. dominus.3.ff. de condit. & demonstrat. Wesenb. in paratit.ff. de oblig. & act. n. 5. Ant. Matth. & Borcholt. hic n.7. D.Bocer.n.17.pag.114.& d.class.2.disp.2.th.15. edit.2. Arumæus Exercitat. Iustin.12.thes. 4. Pacius in*

Epitom.jur.Disp.12.th.2. Civilis obligatio nos necessitate solvendi adstringit: naturalis verò solo æquitatis naturalis vinculo, ex quo non actio, id est, solvendi necessitas oritur, sustinetur. *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §.naturalis.4.ff. de solutionibus.l.juris gentium.7.§.sed cùm nulla. 4.ff.de pact. l.sed si pater familias.9.§ ult. & l.seq ff.ad SC. Maced.* Exempli gratiâ: frater à fratre, cùm in ejusdem patris esset potestate, pecuniam mutuam accipiens, naturaliter tantùm obligatur. *d.l.frater à fratre. 38 ff.de condict.indebit. ibique Hortensius, Mercerius & Pacius.* Sic filius patri, & contrà pater filio. *d.l.frater.38.§. 1. & 2.ibique Gothofred.ff.d.tit.* sic servus domino, & contrà dominus servo. *d §.1.infr.de fidejussorib.l.naturaliter.13. ff.de condict.indebit.* sic denique pupillus, sine tutoris auctoritate promittens, naturaliter tantùm obligari dicitur. *d.l.1.§ 1.ff.de novat & delegat l.si pupillus. 21. ff.ad leg.Falcid.l si ejus pupilli. 64. in princ.ff. ad Senatusconsl. Trebell. & similibus adductis suprà ad princip. tit.de actorit.tutor. num.8.* Porrò illâ de re vide latissimè disputantem Casparum Schifordegherum *lib.3. tractat. 5. quæst. 12. & sequentib.* nec non Erasmum Ungepaur *d. exercit. Iustin.10. quæst. 2. pag. 381. cum seq. edit. ult.* ubi definitionem obligationis, hoc loco traditam, naturali quoque obligationi convenire, duplici ratione contendit: sed irrito conatu, *ut ex antedictis evidenter satis patescit.* Illud hic addendum: quòd obligatio in genere non malè definiatur, ad aliquid præstandum adstrictio: ut singulæ species tam obligatio naturalis, quàm civilis, comprehendi possint; *auctore Bachovio hic pag.726.*

Quod autem modò indicatum est, ex naturali obligatione non oriri actionem; ei non obstat *l.naturales.10 ff de oblig. & act. & d.l.fidejussor.16.§.naturales.4.ff de fidejussorib.* ex quibus perspicuè liquet, non solùm obligationem civilem, sed & naturalem, ad actionem producendam esse efficacem. *Nam* ad has leges rectissimè, meo judicio, respondetur: ex naturali obligatione actionem quidem interdum nasci, non tamen per se, sed propter vim extrinsecam, quã obligatio naturalis ex auctoritate juris civilis accipit. *Verbi gratiâ*: pupillus licet naturaliter tantùm ex contractu sine tutoris auctoritate celebrato, obligetur, *ut paulo antè ostensum*: ex hac tamen obligatione quantumvis naturali adversus pupillum, si locupletior factus fuerit, utilis actio competit: eò quòd speciali Divi Pii rescripto sit cautum;

hanc

hanc obligationem, utcunque nullo synallagmate suffultam, ad actionem tamen proficere debere. *l. ait prator.3.§.pupillus.14.ff. de negot. gest. l. sed mihi videtur.3.in princ.ff.commodati.l.1.in fine principii.& l pupillus.5.in princ.ff.de auctorit. & consens. tutor.* Verum eâ de re variè dissentientes videantur, *Vaconius à Vacuna d.lib.1.declarat.21.num.17. Hotoman.lib.1. observat.cap 2. D. Bocer.in Commentar. ad l.contract. 23.ff.de reg jur.c.1.num 5.edit.1.pagin.23. Anton. Matthaeus hic in suis not. Olemannus ad lib. 3. Disput. Giphanii. Disput. 24. num. 16. Borcholt.d. tract. de obligat. & actionib. cap. 1. num. 10. Forster. junior in tract. de pact.cap. 8 pag. 205. cum seq. & Hilliger. in Donello enucleat.lib.12.cap. 2.ad lit. E.*

29 Etsi verò obligatio naturalis actionem non producit: illam tamen alios effectus habere civiles, in aperto est. Etenim soluti repetionem impedit. *d. l. naturaliter.13.l. si pœna. 19. in princip. l. si non sortem. 26.§.libertus.12. l. Iulianus. 60.in pr. l. si quod dominus.64.ff.de condict.indeb.d.l. naturales. 10. ff. de oblig. & act.d.l.fideiussor.16.§. naturales. 4. ff. de fidejussorib.* compensationem admittit: *l etiam quod. 6.ff.de compensationib. & exposuimus ad §. in bonæ fidei 30. nu. 5. infr.de actionib.* ad constituendum prodest *l.1.§.debitum autem. 6. ff de constitut.pecun.* novationem recipit *d.l.1.ff. de novationib.* fidejussor ad eam accedere potest. *d.§.1. infr. de fidejussorib. l. 1. l. stipulatus. 6. cum l.seq.& l.fidejussor.16.§ fidejussor 3.ff.eod.* nec non ejus nomine pignora perseverare jubentur, *l. quasitum.14.in fin.ff de pignorib. & hypoth. l. debitor. 59. in princ. versi. remanet ergo. ff. ad Senatusc. Trebell. Et de istis effectibus latius Iasen. & cateri Dd. in l.ex hoc jure. 5.ff.de justit.& jur. Donell.d.lib. 12.Commentar.de jur. civ.c.2.pag.10.num.50. Pa ius in Epitom. jur. Disput. 22.thes.3.Schneidewinus hic sub.c. de obligatione naturali tantùm. num.23.& seqq. Nonius num. 35. Bachovius num. 4. pag. 728. Covarruv. in c. quamvis. part.2.relect.§.4.num.5.de pact.in 6.D. Bocer. d. class.2. Disput.1.thesi 28. editione. 2.*

30 Porrò superiori Justinianeæ definitioni ita explicatæ, quædam argumenta adversari videntur. Et primo quidem contra eam tale afferri solet: Definitio, quæ rei definitæ substantiam non complectitur, vitiosa est. *Accursius, Decius Cagnolus & Dd. communiter in l.omnis definitio. 202.ff. de reg. jur Bartol. in l.1. n. 2.ff. de testam. & qui test. facere poss.* Atqui isthæc definitio obligationis substantiam non complectitur. Ergo vitiosa. Minor inde probatur: quia Imperator hic dicit: obligationem esse juris vinculum, quo adstringimur Jam verò jus, quo adstringimur, non videtur esse obligatio, sed potiùs actio juris: cùm obligatio sit jus, propter quod adstringimur. *Verùm respondetur*: in hac definitione obligationis substantiam poni & contineri, abundè patet *ex præallegatâ l.3. in princ. ff.de obligat. & act.* Quod autem affirmatur, actionem esse jus, quo adstringimur, illud apertè falsum est. Nam actio definitur
31 jus, non quo adstringimur, sed quo persequimur & petimus in judicio, quod virtute obligationis nobis debetur, *initio tit. infr. de actionibus.* Neque debitor rectè adstrictus dicitur actione, quâ creditor in judicio debitũ persequitur; sed obligatione, quæ vinculum, substantiam obligationis continens, disertè appellatur. *leg.si fidejussor.59 ff. de condict.indebit.*

Secundò contra obligationis definitionem hoc 32
objicitur argumentum: Definitio, quæ non potest converti cum suo definito, est mala, & reprobanda. *l.1 §.dolum.2.ff. de dol.mal. Nicol. Everhard. à Midelburg. in locis argument. legal.lib. loco à definit.n. 3.* Sed illa definitio non potest converti cum suo definito. Siquidem ex eâ obligatione, cui potest opponi exceptio, quis non adstringitur necessitate ad solvendum, *arg. l. nihil interest.112. & l non videtur cepisse. 13. ff. de reg. jur.* imo talis obligatio dicitur inanis *l. Stichum.95.§.aditio.2 ff. de solutionibus.* Dicendum: 33
rem definiri debere, prout est in substantiâ, non secundùm varietatem accidentium, ut docet, Bartol. *in l.1.in princ. num. 6. ff. de acq. vel.amitt.poss.ff.* Atqui verò obligatio, cui exceptio opponi potest, in substantiâ efficax est, & necessitatẽ solvendi ante oppositam habet, *per print. tit infr. de exceptionibus. Decius in d. l.non videtur.13.ff.de reg. jur.num.4.& 5.ubi plures allegat.* Et licet hæc solvendi necessitas posteà exceptione impediatur: hoc tamen duntaxat fit per accidens, quod respectu definitionis in consideratione non habemus: sed solam rei substantiam, *ut dictum*, inspicimus.

Tertium, quo hæc impugnatur definitio, argu- 34
mentum tale est: Omnis bona definitio non egreditur suum definitum, *arg. d.l.1 §. dolum. 2. ff. de dol. mal.* At definitio isthæc egreditur suum definitum, dum etiam alii rei, quam definitæ congruit. Idque hac ostenditur ratione: quia possessor rei alienæ, si à verò domino rei vindicatione conveniatur, rem istam solvere, & restituere necessitate juris adstringitur. *l qui restituere.68.ff. de rei vindicat.* cùm tamen is obligatus nullo modo dicatur. *§. 1. infr de actionib.* Sed breviter respondendum: actionem quoque in rem quandam præsupponere obligationem, *per §. item si in judicio 5. infr. de exceptionibus.* Nec obsistit *d. §.1. infr. de actionib.* quia hoc saltem innuere videtur: eum, qui convenitur reali actione, principaliter & per se nullo jure esse obligatum: interim tamen ille textus non negat, quin propter istud accidens, quòd ipse rem detinet, obligatus censeatur, *d.§. item si in judicio.infr. de exceptionib* Deinde dato, realem actionem nullam præsupponere obligationem: nihilominus tamen is, qui rem possidet alienam, non adstringitur ipso jure ad solvendum: sed judex ex m officio suo adstringit, *arg.l Quintus Mucius.7 ff de annuu legat.*

Quartum argumentum est ejusmodi: In definitio- 35
ne nullum verbum debet esse superfluum: sed unumquodque suum habere mysterium, ut *post Aristotel. lib.6.Topicor.c.1.* tradunt glossa & Dd. *in princip. super verb. quam jus infr. de actionib.* In hac autem obligationis

ligationis definitione quædam verba sunt superflua. Primò enim superfluum est verbum illud, *necessitate*: cùm subsequens verbum, *adstringimur*, per se necessitatem istam importet, *arg. c. ult. ext. de exceptionib.* Deinde abundant & illa verba, *secundum nostræ civitatis jura*: quia eo ipso, quòd obligatio juris vinculum dicitur; κατ' ἐξοχήν, & per excellentiam jus Romanum designatur. *§. sed jus quidem civile. 2. supr. de jur. nat. gent. & civ.* Huic argumentationi responderi poterit, negando, superfluum esse, aut absurdum, quòd cum verbo *adstringo*, etiam verbum *necessitas* conjungatur: ut non solum ex Marco Tullio, purioris sermonis magistro & parente liquet *lib. 1. de natura Deor. pag. mihi. 5*, ubi in hæc verba scribit: *Tu autem nolo existimes, me adjutorem huic venisse, sed auditorem, & quidem æquum, libero judicio, nulla ejusmodi adstrictum necessitate, ut mihi, velim, nolim sit certa quædam tuenda sententia*: verùm etiam dilucidè confirmatur *ex prædicta l. in vendentis. 13. C. de contrah. empt.* ubi augustissimi Impp. Diocletianus & Maximianus rescripserunt: *in vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est.* Ad alteram hujus objectionis partem respondetur: dictionem illam *juris*, in hac definitione non in eâ significatione accipi, ut jus aliquod civile, vel gentium significet: sed ut ostendat, vinculum istud *juris* esse, id est, incorporale & in intellectu consistens.
36 Quæ enim juris sunt, incorporalia dicuntur, *§. 1. supr. de reb. corporalib. & incorp.* Plura argumenta, quæ contra eandem obligationem definitionis communis Doctorum turba opponere assolet, sufficienter diluit Tobias Nonius *hic numer. 4.* cumque passim mordens Petrus Ricciardus *num. 210. & multis seqq.* itemque novissimè Petrus Ostermannus *in suis rationalibus pag. 61. & seq.*

§. Omnium autem. 1.

Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur. Namque aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor ex suâ jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

S U M M A R I A.

1 *Obligationes civiles hic prætoriis opponuntur.*
2 *Civiles quæ, & quotuplices.*
3 *Prætoriæ obligationes quæ.*
4 *Obligationes, constitutionibus Ducum, Principum, Marchionum, &c. introductæ, an prætoriis annumerandæ.*
5 *Ratio divisionis obligationum, in civiles & prætorias.*
6 *Ejusdem divisionis vis & effectus.*

Post definitionem obligationis, duæ ejus divisiones hoc loco percommodè adferuntur, Tum quia a confusis ad distincta procedit humana cognitio, *ut philosophi loquuntur.* Tum quia unumquodque tunc perfectè cognoscitur, cùm in se & in suis partibus demonstratur, *ut tradit glossa in principio hujus tit.* Summa ergo & prima ac principalis divisio obligationum, à causa efficiente remotiore petita, hæc est: quòd quædam obligationes sunt civiles: quædam prætoriæ. Obligationes civiles hic strictius aliquantò, quam supra, sumuntur. Prætoriis enim, quæ aliàs comprehenduntur sub civilibus, opponuntur: *ut rectè docent hoc loco Borcholt Giphanius & Rutershusius pag. 400.* Sunt autem civiles obligationes, quæ aut legibus, id est, quinque juris civilis partibus, lege videlicet, plebiscito, senatusconsulto, principum constitutionibus, prudentum responsis sunt constitutæ; aut certo jure civili comprobatæ, *per hunc §. nostrum.* Obligatio igitur civilis duplex est. Alia namque dicitur legitima, sive absolutè ac merè civilis, utpote ab ipso jure civili inventa & constituta. *Althus. lib. 1. Dicæolog. c. 34. n. 18 pag. 126.* Cujus generis sunt obligationes XII. tabular. de pauperie quadrupedum *l. 1. in princ. ff. si quadrup. pauper. fec. dicatur*, arborum furtim cæsarum, *l. 1. ff. arbor. furtim cæsar.* furti nec manifesti. *§. sunt autem. 4. infr. de noxalib. action.* ex lege Aquiliâ, *initio. 1. infr. de leg. Aquil.* ex stipulatione. *de quâ infr. tit. de verbor. obligationib.* ex chirographo, *de quâ infr. tit. de literar. obligationib.* ex legitimâ pactione. *l. legitima. 6. ff. de pact.* & similes. Alia obligatio civilis est juris gentium, à jure civili non quidem inventa, sed tamen comprobata & confirmata. Hujusque generis sunt obligationes, quæ ex conventionibus sive contractibus juris gentium, ut emptione venditione, locatione-conductione, mutuo, deposito, societate, mandato, &c. descendunt, *l. ex hoc jure. 5. ff. de just. & jur. §. sed jus quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure gentium. supr. de jur. natur. gent. & civ.* Cæterùm ex confirmatione istâ non oritur nova aliqua obligatio: sed semper nihilominus una eademque obligatio manet, & unica est semper ejus substantia. Contractus autem ipsos juris gentium, nemo dixerit jure civili confirmari; sed recipi tantùm, aut admitti simpliciter. Ideoque nec juris civilis esse dicuntur. *Mynsinger. hic n. 1. in verbo, comprobata.* Neq; verò nullius utilitatis est hæc observatio. Nam si hæ conventiones jure civili confirmari dicerentur: juris civilis omninò haberentur. Itaq; ab iis arceretur deportat⁹. *l. sunt quidam. 17. in fin. ff. de pœnis.* sed aliter judicatur, si tantùm juris gentium esse dicantur, *l. si mandavero tibi. 22. §. ult. cujus. 5. ff. mand. & notat hic Bald. Adde Hunn. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 4. pag. 822.*

Prætoriç obligationes sunt, quas Prętor ex suâ jurisdictione, hoc est, ex edicto constituit, quæ etiam honorariæ vocantur, *hoc §. nostro, in fin.* ex eo, quòd totum jus prætorium aliàs dicitur honorarium. *§. Prætorum. 7. supr. de jur. natur. gent. & civ. l. si tibi decem.*

decem.17.§. de pignore.2.ff. de pact. Porcholt. hic num.9. Atque hujus generis obligationes in jure, ex delicto quidem sunt innumerabiles; ut ex edicto, nautæ, caupones, stabularii, &c. ut ex furto manifesto, *initio tit. infr. de perpet. & tempor. act.* ut ex rapinâ. *init. tit. infr. de vi bonor. raptor. ibi prætor introduxit, &c.* ut omnes illæ, quæ actionem in factum pariunt. *l. is, cui. 42. in fin. ff. de obligat. & actionib.* ex contractu verò sunt perpaucæ; ut ex constituto. *§. in personam. 8. infr. de actionib. l.1. & tot. tit. ff. de constit. pecun.* ut de peculio. *§. actiones autem. 10. infr. de actionib.* ut ex pignore sive hypothecâ. *d. l. si tibi decem. 17. §. de pignore. ff. de pact. §. item Serviana. 7. infr. de actio-*
4 *nib.* & si quæ sunt similes. Hisce addunt Interpretes obligationes introductas constitutionibus Ducum, Principum, Marchionum, & Comitum. *Bartol. & Iason. in l. stipulationum. §. in princip. ff. de verb. obligat. Cagnol. in rubr. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt. num. 13. 41. cum seqq. & Schneidevvinus hic numer. 5.* At minùs rectè. Siquidem Duces, & cæteri modò nominati, dignitatem prætoriâ majorem, eamque ipsam ad heredes transmissibilem & perpetuam habent: atque adeò contra jus ipsum civile, pro commodo subditorum suorum, sæpè constituunt, *ut benè animadvertit Wesenbecius in notu ad Schneidevvinum hic d. num. 5. & in paratit. ff. de legib. num. 3. Hugius hic num. 25. cum seqq. & ostendimus in §. sed ista. 3. infr. de actionibus. num. 15. & seq.*

5 Ratio porrò hujus divisionis obligationum, in civiles & prætorias, hæc assignari poterit: quia pleraque in jure, vel ipso jure civili, vel à prætore introducta sunt. Unde & ipsum jus Romanum in hæc duo genera diducitur, civile propriè sic dictum, & prætorium. *l. jus autem. 7. ff. de justit. & jur.* Hinc & tutela alia civilis est, alia prætoria, *auctore Vlpiano in fragment. Institut. titul. 12. in princip.* Sic successio alia est civilis, prætoria alia, quę bonorum possessio dicitur, *de quâ supr. de bonor. possessionib.* Sic testamentum aliud civile est, aliud prætorium. *§. 1. supr. de testament. ordinand.* Sic denique actio alia est civilis, alia prætoria. *l. actionum. 25. §. ult. ff. de*
6 *obligat. & actionib.* Vis autem & effectus istius divisionis hic est: quòd civiles obligationes omnes sunt perpetuæ, id est, durant 30. annis. *l. sicut. 3. & l. omnes. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* prætoriæ verò plerunque sunt annales, præsertim pœnales: quoniam & ipsius prætoris jurisdictio erat annua, *ut latiùs docebitur ad princip. titul. infr. de perpet. & temporalib. actionib.*

§. Sequens. 2.

Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æquè quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

SUMMARIA.

1 *Obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, &c.*
2 *Quasi contractus unde nascantur.*
3 *Contractus delictu sunt antiquiores & frequentiores.*
4 *Contractus unde, & quotuplex ejus significatio.*
5 *Contractus definitur.*
6 *Nullus contractus conventione destituitur.*
7 *Vnus & idem secum contrahere nequit.*
8 *Pactum legitimum quatenus obligationem & actionem pariat.*
9 *Pactum nudum non parit obligationem civilem; licet moribus aliud sit receptum.*
10 *Proposita contractûs definitio contra D. Bocerum defenditur.*
11 *Theophili definitio refertur.*
12 *In re minùs necessariâ nimis scrupulosi esse non debemus.*
13 *In Bocerianam definitionem accuratiùs inquiritur; eamq; multu modu vitiosam esse, ostenditur.*
14 *Omnis obligatio civilis ad agendum efficax est.*
15 *Obligatio perpetuus comes contractûs.*
16 *Verùm illi contractus, qui non ex utroq; , sed altero tantùm latere obligationem producunt, veri & proprii sint contractus.*
17 *Mutuum, depositum & stipulationem proprios esse contractus, firmis rationibus ostenditur.*
18 *Communis loquendi usus verbis proprietatem tradit. Et verba statuti de contractibus loquentia, de quibus contractibus sint exaudienda.*
19 *Intellectus l. Labeo. 19. & l. creditores. 10. ff. de verb. sig.*
20 *Contractus alii certi seu nominati, alii incerti sive innominati.*
21 *Plura sunt negocia, quàm negociorum vocabula.*
22 *Præcipua inter contractus nominatos & innominatos differentia.*
23 *Contractus quidam bonæ fidei, quidam stricti juris.*
24 *In omnibus contractibus exigitur bona fides.*
25 *Contractus alii re contrahuntur, quidam verbis, quidam literis, nonnulli consensu.*
26 *Sensus l. 1. §. 1. & l. 4. ff. de obligat. & act. & similium.*
27 *Intellectus l. non figura. 38. ff. de obligat. & actionib.*
28 *Sententia l. 2. §. 1 ff. eod. tit.*
29 *Quatenus olim obligatio literarum in usu fuerit.*
30 *Dictio, olim, quale tempus in hisce Institutionum libris significet.*
31 *Divisio, totum divisum non exhauriens, vitiosa.*
32 *Mixtum sub simplicibus comprehenditur.*
33 *Obligatio quandoq; pro contractu accipitur.*
34 *An & quatenus contractus & obligatio differant.*

35 Di-

35 *Diversa habentia nomina, diversam habent substantiam.*
36 *Obligatio est juris, contractus facti.*
37 *Consideratio l. consilio. 7. §. ult. ff. de curat. furioso, &c.*
38 *Leges naturam imitantur.*
39 *Obligatio interdum pro conventione ponitur.*
40 *In dubio à verborum proprietate non recedendum.*
41 *Iura juribus concordanda, unaque lex ex aliâ explicanda.*
42 *Interpretatio qualis in dubio facienda.*
43 *Expositio l. omnem. 20. ff. de judiciis.*
44 *Contractus est necessarium antecedens ipsius obligationis.*
45 *Consequens qui vult, necessariò vult etiam antecedens.*
46 *Sententia l. an inutilis. 8. §. acceptum. ff. de acceptilat.*
47 *Copula & inter diversa poni solet.*
48 *Quæ diversos habent tractatus, diversam etiam substantiam habent.*
49 *Definitione quæ differunt, differunt quoq; substantiâ.*
50 *An & quatenus actio ex contractu nascatur.*
51 *Propria & peculiaris dictionis ex natura.*
52 *Dictio ex secundum subjectam materiam intelligenda.*
53 *In contractibus quædam appellitantur substantialia: quædam naturalia: quædam solennia: quædam accidentalia.*
54 *Substantialia contractuum quæ dicantur.*
55 *Forma dat unicuiq; rei suum esse.*
56 *Substantia emptionis, societatis stipulationis quæ.*
57 *Substantialia contrahentium voluntate mutari nequeunt.*
58 *In contrahendis negotiis mens potiùs, quàm verba, spectanda.*
59 *Verba obscura & ambigua contra quem interpretanda.*
60 *In dubio mos regionis inspiciendus.*
61 *Quæ personæ contractum inire nequeant.*
62 *Naturalia contractuum quæ.*
63 *Solennia contractuum quæ: & an rectè contractûs solennitas distinguatur à substantiâ contractûs.*
64 *Accidentalia contractûs quæ.*
65 *Dolus unde derivetur.*
66 *Dolus in genere definitur.*
67 *Furtum & rapina sine dolo non committitur.*
68 *Dolus bonus quis.*
69 *Athanasius bono dolo è manibus Iuliani Apostatæ evasit.*
70 *Boni doli exempla.*
71 *Appellatione doli simplici dolus malus intelligitur.*
72 *Doli mali definitio, secundùm Labeonem.*
73 *Dolus re ipsa contingens sive negocialis, quis.*
74 *Culpa duplex consideratio; generalis & specialis.*
75 *Culpa in specie considerata describitur.*
76 *Culpa plerunq; nihil aliud, quàm negligentia censetur.*
77 *Varia culpæ species, secundùm Doctores.*
78 *Tres gradus culpæ: scilicet culpa lata, levis & levissima.*
79 *Certa juris definitione gradus culparum comprehendi nequeunt.*
80 *Lata culpa quid sit.*
81 *Lata culpa dolo comparatur.*
82 *Inter latam culpam & dolum differentia.*
83 *Levis culpa quid.*
84 *Levissima culpa quid.*
85 *Furtum domesticum casibus fortuitis annumeratur.*
86 *Casus fortuitus quid.*
87 *Incendium num casibus fortuitis, an culpæ accensendum.*
88 *Verus intellectus l. 3. §. 4. ff. de offic. præfect. vigil.*
89 *Sententia l. si vendita. 11. ff. de peric. & commod. rei vend.*
90 *Quid in quovis contractu veniat præstandum.*

SECUNDA divisio obligationum, à causa efficiente propiuquiore sumpta, hæc est: Obligationes aut ex contractu sunt; aut quasi ex contractu: aut ex maleficio: aut quasi ex maleficio. Quæ divisio etiam indicatur *in l. 1. in princip. ff. de obligat. & act.* his verbis: *Obligationes aut ex contractu nascuntur: aut ex maleficio: aut proprio quodam jure, ex variis causarum figuris.* Quod ait Cajus JC. *ex variis causarum figuris:* id ad obligationes, quæ sunt quasi ex contractu, & quasi ex maleficio, referendum est. Hæ quippe ex variis causarum figuris promanant. Idque ipsa legum series ostendit. In primâ enim lege, itemque *in l. 2.* agitur de obligationibus, quæ sunt ex contractu. In *l. 4.* de obligationibus, quæ sunt ex maleficio. In *l. 5.* de obligationibus, quæ sunt quasi ex contractu, & quasi ex maleficio. *Et ita sentiunt hic Schneidevvinus n. 1. Mynsinger. n. 2. Wesenbec. n. 2. D. Bocer. n. 2. pag. 125. Theodor. Marcilius. pag. 457. Bercholt. n. 10. & idem Borcholt. in Commentar. de obligat. & act. cap. 1. num. 16.* Quòd verò annectit idem Cajus *in d. l. 1.* hæc verba: *proprio quodam jure:* innuere videtur, obligationes etiam nasci ex jure, quod à puro & vero contractu seu maleficio quidem separatum est: cum eo tamen similitudinem quandam & affinitatem habet. *Hotoman. hic enunciat.* 1. Nam licèt quasi contractus non ex conventione & consensu aperto nascantur: ex negociis tamen, in quibus quodammodo intervenit conventio, adeoque consensu tacito & præsumpto oriuntur. *Vultejus in princip. tit. infr. de obligationib. quasi ex contract. num. 5. Gœdd. ad l. ut si cui. 12. n. 7. ff de verb. signif. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 15. cap. 14. lit. b.* Ait autem hîc Justinianus: se priùs de contractibus & quasi, *ut infrà tit. proximo, usq; ad finem hujus libri;* posteriùs de delictis, & quasi, *ut lib. 4. tit. 1. & 4. seqq.* actutum esse. Ratio hujus ordinis est: tum quia contractus delictis antiquiores videntur: tum quia

quia contractus sunt & frequentiores & magis necessarii, *docente hic Giphanio*: tum quia obligationes ex contractu propiùs contingunt dominii rerum acquisitionem, & earundem commutationem, quàm obligationes ex delicto ortæ. *Wesenbec. hic num.* 4. Porrò tertia obligationum divisio, sive potiùs secundæ istius divisionis subdivisio, à causa instrumentali desumpta, *in fine hujus* §. proponitur illa: Obligationes, quæ ex contractu sunt, aut re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. *De quâ divisione infrà latiùs.*

4 Cæterùm ut ea, quæ de singulis contractibus sub titulis sequentibus exponuntur, cognoscantur planiùs: pauca quædam de contractibus in genere hoc loco præmittam. Contractus a contrahendo dictus, *arg. l. qui cum alio.* 19. *ff. de reg. jur.* interdum & commercium appellatus, *l. ex hoc jure.* 5. *ibiq; gloss. in verb. commercium. ff. de justit. & jur.* quanquam commercium potiùs jus quoddam contrahendi est, quàm contractus, *auctore Ulpiano in fragment. tit.* 19. §. *commercium, &c.* §. *non solùm.* 4. *ibi, cujus commercium non est. supr. de legat. l. si in emptione.* 34. §. 1 *ff. de contrah. empt.* Sed & inde contractus dici videtur, quòd post multos tractatus habitos, tandem negocium, quod geritur, in pauca contrahatur; redigatur, seu restringatur, *arg. l.* 1. §. 3. *ff. de pact. l. si voluntate.* 8. *C. de rescind. vendit. Philip.* Knipschildt. *exercit. Acad.* 1. *them.* 7. Ejusque duplex occurrit significatio. Alia lata, omnes omninò obligationes & conventiones comprehendens, etiam eas, quæ propriè non sunt contractus, ut quasi contractus. *l. ex contractibus.* 49. *ff. de obligat. & actionib. l. omnem.* 20. *ff. de judic. Novell.* 69. *c.* 1. §. 1. & distractus. *l. omnium.* 13. *ubi DD. C. de omni agro desert.* & transactiones. *l. cùm te.* 5. *ibi, de fide contractus. C. de transactionib. l. si donationis.* 7. *C. de his, quæ vi metusvè caus. &c.* Alia stricta. *hoc* §. *nostro. l. exigere.* 65. *ff. de judic. l. verba.* 20. *ff. de verb. signif. l. contractus.* 17. *C. de fid. instrumentor.* quæ maximè continet eas conventiones, ex quibus alter alteri obligatur. *l. Labeo.* 19. *ff. de verb. signif. l. jurisgentium.* 7. §. 1. *ff. de pact. Et vide copiosiùs hæc explicantem Wesenbecium in suis lecturis ad tit. C. de reb. credit. & jurejur. circa principium. nec non Christophorum Philippum Richter. in tract. de contractib. disput.* 1. *th.* 1. *lit. a.*

5 Contractus (omissis aliorum scrupulosis & anxiè admodùm confectis definitionibus: de quibus videantur *Mozzius in tract. de contractib. artic.* 2. *Gœddæus ad d. l. Labeo.* 19. *n.* 17. *cum seq. ff. de verb. signif.* D. *Collega Bocerus in Comment. ad l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. cap.* 1. *n.* 28. *edit.* 2. *Bachovius libr.* 1. *Disputationum miscell. c.* 3. *Wegner. Disput.* 10. *ad Instit. thes.* 2. *lit. b. Hœnon. Disput.* 13. *controvers.* 2. *Denell. libr.* 12. *Commentar. de jure civ. cap.* 6. *ibiq; Hilliger. in suis notat. Forsterus junior in tractat. de pact. cap.* 4. *pag.* 64. *& seq. Wesenbecius loco præallegato. Stuckius part.* 1. *exercit. Justin. decad.* 9. *assert.* 3. *lit. a. Hunnius disp.* 13. *thes.* 4 *& seqq. & lib.* 3. *var. resol. jur. civ. tr.* 2. *quæst.* 1. *pag.* 810. *& seqq. Timæus Faber disp.* 22. *ad Instit. Imperial. post thes.* 5. §. *quid autem. &c. Christianus Radewaldt. in Collegio contract. Disp.* 1. *th.* 3. *Matthias Colerus in hoc* §. 2. *Knipschildt. d. exercit.* 1. *quæst.* 1. *pag.* 17. *aliiq; per hos citati*) breviter, & fortassis non usque adeò malè, hoc modo definitur: *Contractus est conventio duorum pluriumvè, per se obligationem civilem producens.* Generis loco verbum *conventio* usur- 6
pamus: eò quòd nullus est contractus, qui conventione destituatur. *l.* 1. §. *conventionis verbum* 3. *ff de pact.* Eoque genere, contractus à quasi contractu & pollicitatione; à delicto item, & quasi delicto secernitur. Etsi enim ex his, sicuti ex contractibus, obligatio oritur: in iis tamen obligatio sine ullâ conventione constituitur: cùm in contractibus, conventio sola obligationem pariat. Illa verba, *duorum pluriumvè*, ad causam efficientem pertinent. Nam un' 7
& idem secum contrahere nequit: quia nec se sibi obligare, nec secum agere potest. *l. legatum.* 116. §. 1. *ff. de legat.* 1. §. *item inutilis.* 6. *infr. de inutilib. stipulat.* §. *sic itaq;* 14. *infr. de actionib.* Est igitur duorum aut plurium conventio. *d. l.* 1. §. 2. *ibi, duorum pluriumvè. ff. de pact. l. non solùm.* 31. *ibi, ex duorum pluriumvè consensu. ff. de obligat. & actionibus.* Hæc autem verba, *per se*, adduntur ad differentiam pacti legitimi. Contractus siquidem per se, sine juris adminiculo sive confirmatione, ad obligationem & actionem producendam efficax est: quemadmodum arguunt juris textus, cùm simpliciter dicunt, obligationes esse ex contractu, *hoc* §. *nostro.* item contractũ esse obligationem. *d. l. Labeo.* 19. *ff. de verb. significat.* item obligationes nasci ex contractu. *l.* 1. *in princ. ff. de obligat. & actionib.* item contractus parere obligationes. *d. l. jurisgentium.* 7. §. 1. *ff. de pactis. cum similibus.* Pactum verò legitimum, licèt obligatio- 8
nem & actionem gignat: non tamen per se propriâque vi ac facultate, sed ex legis civilis confirmatione illam producit. *l. legitima.* 6. *ubi Cujacius. ff. de pact.* Idque explicatiùs prosequitur. Dn. Bocer. *d. Commentar ad l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. c.* 1. *n.* 29. *& seqq edit.* 2. Denique illis verbis (*obligationem civilem producens*) contractus distinguitur à nudo pacto, quod non parit obligationem civilem. Etenim si in conventione dixero: *Dabo tibi Stichum, ut mihi des Pamphilum:* est quidem hæc nuda pactio, sed non est contract': quippe cùm ex hac conventione nulla vera obligatio constituatur. *d. l. jurisgentium.* 7. §. *sed cùm nulla.* 4. *ff. de pactis. l. ex placito.* 3. *C. de rer. permutat.* Enimverò morib' receptum est; ut hodie ex pactis omnibus, etiam nudis, seriò & deliberatè initis, actio detur: veluti, *post Baldum, Salicetum & Iasonem à se allegatos*, testatur Wesenbec. *in paratit. ff. de pact. num.* 10. Idem nominatim quoque cautum extat jure municipali Württembergico, tàm veteri, quàm renovato. Alt Landrecht. *part.* 2. *tit.* welcher bedächt- 9
lich zusagt. *pagin.* 222. Erneuert Landrecht. *part.* 2. *tit.* 33. *pagin.* 311. Cæterùm propositam contractûs definitionem acerbè quidem exagitat clarissimus Dn. Col-

Dn. Collega Bocerus *hic num. 63. pag. 130.* sed iniq; ; ficuti mox patebit. Nam dicit, me voci *conventio* inepte addidisse verba, *duorum vel plurium*: siquidem nomen *conventio* isthæc verba per se complectatur. Verùm ignoras, mi D. Bocere, quot quantique Jurisconsulti, cum quib⁹ tute vix, ac ne vix quidem comparandus es, hęc verba suis definitionib⁹ addiderint. His namque verbis utuntur Jacobus Ungarellus *in additionib. ad Summistas quosdam*, eumque referens Petrus Nicolaus Mozzius *in tract. de contractib. artic. 2. n. 2. & 7.* Gerardus Tuningius, & Joan. Borcholt. *n. 12.* & Conradus Rittershusi⁹ *circa finem hujus tit. p. 402.* Joan. Schneidevv. *hic n. 2.* Marc. Anton. Peregrin. *in tract. de pact. & conventionib. n. 47. vers. demum considere, &c.* Cujaci⁹ *ad l. 1. circa finem. ff. de pact.* Matthæus Wesenbecius *in prædictis Lectur. ad tit. C. de reb. credit. & jurejur.* item Hugo Donellus (ex quo te pleraq; alia desumpsisse constat) *lib. 12. Commentar. de jur civ. c. 6. p. 22.* Quin & Theophilo isthæc verba non displicent. Ita enim contractũ hoc
11 loco definit: Συνάλλαγμα δέ ἐστι δύο, ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ συνέλευσις καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τὸ συνίστασθαι ἐνοχὴν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον: id est, Contractus est duorũ pluriumvè in idem conventio & consensus, ad constituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius. Quid igitur Bocere? Num ineptos dicere audes tot tantosque Juris nostri Interpretes, tantùm propter duo vocabula, quæ superflua esse opinaris? An nescis, in jure nostro frequens esse, ut majoris perspicuitatis gratiâ definitionib. quędam vocabula inserantur, quæ aliàs abesse possent, si rigida Philosophorum præcepta observanda essent, clamitantium; bonam definitionem debere instar numeri se habere, cui nihil addi, neq; detrahi queat, quin tota species mutetur? Quâ in re laudo veteres Jurisconsultos nostros, veros, non simulatos Philosophos: quòd in re minùs necessariâ nimis scrupulosi non fuerint: sed id unicè operam dederint in suis
12 definitionibus tradendis, *ut res intelligatur.* Verùm novi illi magistri de industriâ solent nonnulla obscurare, tantùm ut aliis *plus sapere* videantur. Sed valeant rigidi istiusmodi atq; inepti censores, cum ineptis suis ineptiis: quæ cordatioribus non possunt non displicere. Et quid tandem tibi imaginaris, mi D. Bocere, dum alios carpis, etiã in minutissimis; te verò in magnis erroribus notari, ægrè fers? Num te tuaque tam comparatã esse omnino censes, quib⁹ contradici non possit, nec debeat? Erras utique, si id credis, & te ignoras, D. Bocere. In illam ipsam contractûs definitionem, à te traditam, si quis more tibi consueto scrupulosiùs inquireret: quot vitia deprehenderet? quot supervacua vocabula animadverte-
13 ret? Nunquid bona & sufficiens mansisset definitio, si his duntaxat verbis usus fuisses: *contractus est conventio, quæ propriâ indole obligationem civilem producit*? Reliqua igitur vocabula omnia superflua sunt, quæ in definitione Boceriana habentur. Abundant vocabula: *ex mente contrahentium.* Nunquid enim conventio, propriâ indole obligationem civilem producens, præsupponit mentem contrahentium? *l. non omnis. 19. in princ. ff. de reb. credit. l. 3. ff. de oblig. & actionib.* Abundat item vocabulum, *suâ.* Quandoquidem vox, *propriâ*, idem planè significat. Quod etenim *suum est*, id & *proprium* est, & vice versâ; ut vel pueris, Latinitati studentib⁹, notissimum est. Abundant quoq; in definitione Bocerianâ verba illa: *ad agendum efficacem.* Nam omnis obligatio civilis ad a- 14
gendum efficax est. *§. 1. hoc t.* & in hoc consistit forma sive differentia specifica, quâ civilis obligatio à naturali separatur, fatente ipsomet Bocero *in d. § 1. n. 46 pag. 117.* Mirum profectò est, nec immerito mirum: tantum scilicet artificem, tamq; insignem definitionum magistrum, tot supervacua verba suis definitionib⁹ obscurandæ rei gratiâ inserere, nec pati, ab aliis explicandæ & declarandæ rei gratiâ ullum verbulũ, quod ipse superfluum temerè putat, addi. Ita sæpissime, mi D. Bocere, facis; ut nimiũ intelligendo nihil intelligas: & nimiùm carpendo non videas id manticę, quod in tergo est. Operosus quidem es in aliorũ definitionib⁹ exagitandis, & tuis consarcinandis: sed supervacua est hæcce tua operositas. Haud enim facis operæ curæve-pretium, *ut ex inferius dicendis suo loco perspicuum evadet.* Falsò insuper tibi persuades: tuas definitiones tales esse, ex quibus alii suas definitiones describant. Si quæ bona in illis continentur: ea non rarò & apud alios auctores longè antiquiores reperiuntur: ac proinde meritò retinentur: quæ verò mala & inconcinña sunt; jure rejiciuntur, repudiantur, eliminantur. Cæterùm haud inconvenienter illud Audœni Poëtæ, *quod habet epigrammatum lib. 3. epigram. 79.* de te pronunciati posse videtur:

Crimina qui cernunt aliorum, nec sua cernunt:
Hi sapiunt aliis, desipiuntq; sibi.

Ut & illud Johannis Stigelii, *quod refertur part. 6. delitiar. Poëtar. Germanor. illustrium. pag 565.*

Heu commune malum toto jam regnat in Orbe:
Sentiat ut vitij crimina nemo sui.
Cernitur à nullo, quæ pendet mantica tergo:
Et tamen herentem pectore quisq; videt.

Porrò ex hac sic declaratâ & defensâ definitione, 15
de omnib. conventionib. judicare possum⁹, num contract⁹ sint, vel non sint. Hoc siquidẽ duntaxat in hujus rei dijudicatione considerandũ est: utrùm ex propositâ conventione obligatio nascatur, vel non. Obligatio enim perpetu⁹ comes contract⁹ est: ita ut posito contractu, necessariò obligatio ponatur: & sublata obligatione, contract⁹ etiam sublatus censeatur.
Atq; hinc ipso meridie apparet dilucidiùs: eos quoq; 16
contract⁹, qui non ex utroq;, sed altero latere tantùm (illi à Græcis συναλλάγματα δίπλευρα, quales sunt emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum, societas: hi v. συναλλάγματα μονόπλευρα, ut sunt mutuũ, depositum, stipulatio, &c. vocantur, *Cujac. ad l. 1. in princ. ff. de verb. oblig.*) obligationem producunt, veros & proprios esse contract⁹: utcunq; plerìq; & veteres & neoterici Interpretes repugnent, *per d. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. Accurs. hic super verb. ex cōtractu ibiq; Angel. Aretin. Mynsing. n. 3. Schneidevv. n. 5.*

V 2 Thaiam

Thadeus Pisonum. 2. & alii. Bartol. in l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metuvè caus. gest. sunt. Imola, Romanus & Iason. in l. stipulationum. 5. ff. de verbor. obligationib. Ioan. Robertus lib. 2. sentent. jur. c. 12. Cujac. in l. juris gentium. 6. in prin. ff de pact. Coras. in l. frater.
17 *38. num. 3. ff. de condict. indebit.* Ac sanè mutuum, depositum & stipulationem proprios esse contractus, evidentissimè probatur *ex præsenti §. juncto principio tit. sequentis. item ex l. 1. §. ff. de oblig. & action. d. l. 1. §. 3. ff. de pact. l. certi condictio. 9. §. quoniam. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet.* quibus in locis contractus in eos, qui re fiunt, aut verbis, aut literis, aut consensu, dividuntur: & mutuum & depositum, tanquam species contractuum, qui re contrahuntur, ut & stipulatio, tanquam contractus, qui celebratur verbis, subjicitur. Prætereà *infrà initio tit. de obligat. quæ q. ex contract. nasc.* primò hæc verba ponuntur: *Post genera contractuum enumerata, &c.* Quæ certè verba etiam mutuum, depositum & stipulationem complectuntur. Hi siquidem contractus explicati quoque fuerunt titulis superioribus. Deinde statim illa eodem in tit. annectuntur verba: *dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur &c.* Hęc profectò verba, ad proximè pręcedentia relata, apertissimè ostendunt: titulis pręcedentibus obligationes esse expositas, quæ propriè ex contractu sunt: illo verò titulo, *scilicet de obligat. quæ q. ex contract. nasc.* obligationes, quæ non sunt pro-
18 priè ex contractu, explicari. Adhæc communis loquendi usus verbis proprietatem tradit, *arg. l. Labeo. 7. §. 1. vers. nec mirum est. & ibi gloss. ff. de supellectile legat. Alciat. lib. 2. de verb. significat. n. 27. Dd. in rubr. 1 ff. de nov. oper. nunciat.* Sed communis Jurisconsultorum usus est; ut isto termino *contractus* promiscuè conventiones, tam ex unâ parte, quàm ex utrâque obligatoriæ significentur. *d. l. 1. §. ult. ff. de pact. l. unic. C. ut actiones & ab heredib. & cont. hered. incip. d. l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metuve caus. gest. sunt. cum multis similibus*; in quibus mutuum, stipulatio, & alii contractus, qui ultrò citròque obligatorii non sunt, contractus appellantur. Quare terminus iste *contractus* non tantum conventionibus utrinque sive ex utrâque parte, sed & ex alterâ tantùm parte obligatoriis, propriè convenit. Proinde minimè sunt audiendi, qui verba statuti de contractu aliquid disponentia, de solis διπλεύροις, non etiam de μονοπλεύροις contractibus, interpretanda esse, opinantur: propterea quòd in statutis verborum proprietas exigatur, *arg. l. ait prætor. 3. §. hæc verba. 6. ff. de negot. gest. l. 1 §. licèt autem. 20. vers. in re igitur. dubia ff. de exercitor. act. Bald. Aretin. & Portius in hoc §.* Etenim cùm contractus μονόπλευροι itidem sint veri ac proprii contractus, sicuti modò demonstratum est: nulla utique firma poterit adduci ratio, cur verba statuti de contractibus loquentia, non etiam de his sit accipienda: quemadmodum rectè tradit Tobias Nonius *hic in vers. prius est. &c. num. 7. ad finem*, eumq; referens Petrus Heigius *hic num. 2. & seq.*

Neque cum his pugnat *præallegata l. Labeo. 19. &* 19
l. creditores. 10. in fine. ff. de verb. signif. ubi mutuum & stipulatio actus dicuntur, & à contractu separantur, eique opponuntur. *Nam* primò *ad d. l. creditores. 10. ff. d. tit.* quod attinet, in isto textu, si probè consideretur, Ulpianus neutiquam mutuum contractui opponit: sed potiùs hoc summatim in toto isto responso innuit: quicunque ab altero invito aliquid extorquere potest, sive id possit civili, aut gentium jure, per ordinariam aliquam vel extraordinariam actionem, vel quolibet alio remedio, civili aut prætorio, eum creditorem dici debere, ut in possessionem mittatur, etiamsi purè id, quod petitur non debeatur; si tamen debitum iri speretur: modò nullâ perpetuâ exceptione actor iste repelli queat. Quippe non solus ille dicitur creditor, qui mutuam dedit pecuniam, sed & qui alium quemcunque contractum habet: ut non solùm in fine *dicta l. 10.* sed & duabus proximè sequentibus disertè subiicitur, & ubique eleganter explicat Johannes Gœddæus. Deinde quantum concernit *dictam l. Labeo. 19. ff. de verb. significat.* qua vel maximè dissentientes nituntur: putaverim cum eodem Gœddæo *ibidem num. 37.* Ulpianum, quando dicit, *contractum esse ultrò citroque obligationem*, nihil aliud velle, quàm contractum esse negocium, hinc inde pacto conventioneque obligandi causa initum. Et quanquam Reinhardus Bachovius *in not. ad Treutler. vol. 1. pag. 215. & 741.* hanc Gœddæi interpretationem vocat contortam, & à mente Jurisconsulti alienam; eo quòd ibi mutuum contractui perspicuè opponatur: attamen probabilior veriorque sententia est existimantium: Ulpianum *in d. l. 19.* haud quaquam mutuum contractui opponere; sed hoc saltem significare: posse mutuum etiam dici actum, respectu scilicet numerationis, quâ perficitur: sicut & stipulatio ratione promittentis, actus non inscitè appellatur: quemadmodum, *post D. Christophor. Besoldum in tractat. mutui. c. 2. in fine, à se laudatum*, benè animadvertit D. Martin. Rümelinus *in Disp. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. si cert. pet. thes. 2. sub. lit. b.* De eâdem re videantur quoque *D. Bocerus d. Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. c. 1. n. 12. cum seqq. ed. 2. Wesenbec. in dictis l. tur. ad tit. C. de reb. credit. & jurejur. post princip. Andr. Gerhard. Exercitation. Iustin. decad. 12. thes. 5. & Bronchorst. cent. 1. miscel. contr. assert. 53.* Præterea *in d. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif.* non proponitur (*secundùm quosdam Interpretes*) vera & adæquata contractûs definitio: sed is solummodo contractus describitur, qui utrinque obligationem producit: atque ideo mutuum illic, & similes contractus, ex altera parte contrahentium obligatorii, haud omnibus in genere contractibus opponuntur, sed illis duntaxat speciebus contractuum, qui ex utraque parte contrahentium obligationem pariunt. *Vid. Hunnium lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 2. pag. 858. Albericum Gentilem in Commentar. ad d. l. 19. & Iohannem Kuzelium in exeges. de obligat. mutui. cap. 1. n. 11.*

cum

cum seqq. & Petrum Ostermannum in suis rationalib. ad principium tituli subseq. pag. 65.

20 Divisiones contractûs tres potissimùm in jure reperiuntur. Prima hæc est: quòd alii contractus sunt certi, qui vulgò nominati; alii incerti, qui innominati appellitantur *l. 1. 2. & 3. ff. de præscript. verb. l. 1. ff. de æstimator. act. l. 1. §. 2. ff. de rer permut. l. ex uno. 18. in princ. ff. de acceptilat. l. juris gentium. 7. §. 1. & 2. ubi Cujacius. ff. de pact. Vultejus ad princ. hujus tit. n. 39. Wegner. Disput. 10. the. 3. lit. a. Bachovius lib. 1. Disputat. miscell. c. 5. Althusius lib. 1. Iur. Rom. c. 26. Mozzius in tract. de contractib. artic. 4. num. 9. & seqq. Fomannus Disputat. 19. thes. 4. ad lit. b. Stuckius part. 1. Exercit. Iustin. decad 9. assert. 3. lit. d. pag. 349. Thadæus Piso hic num. 3 Schneidevvin. num. 8. & Rittershusius pag. 401.* Certi sive nominati sunt, qui certum, proprium & speciale nomen habent, jure civili proditũ, inventum vel comprobatum: ut sunt mutuum, depositum, commodatum, emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum, stipulatio, &c. adeoque contractus omnes, qui re, verbis, literis, vel consensu ineuntur, *d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. d. l. 1. ff. de æstimator. act. Gœddæus in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 1. num. 50. cum seqq. Althus. lib 1. Dicæolog. c 68 n. 4. & seq. pag. 257.* Et de iis singulis agetur explicatiùs *titulis subsequentib.* Incerti seu innominati contractus dicuntur: qui speciali & proprio nomine, jure civili imposito, carent: ut sunt do, ut des: do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias,

21 *d. l. 3. & l. natura. 5. ff. de præscript. verb.* Cùm enim per rerum naturam ita sit comparatum, ut plura sint negocia, quàm negociorum vocabula. *l. natura 4. ff. d. tit.* fieri non potuit, ut negocia singula singulis appellarentur nominibus: ideoq; necesse fuit, nomen cõmune accõmodari speciebus singulis, certum nomen non habentibus: cùm nomen cõmune ejusmopi sit, ut cæteris omnib⁹, & quidem diversissimis negociorum specieb⁹ accõmodari possit. Et de istis innominatis contractibus (ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, *de quâ tot. tit. ff. de præscript. verb. & in fact. actionib.*) consulantur *Donellus in Comment. in d. tit. ff de præscript. verb. & lib. 12 Commentar. de jur. civ. c. 12. Fernand. Berengar. in l. pacta conventa. 72. n. 61. cum seqq. ff. de contrah. empt. Fortunius Garcias in d. l. juris gentium. 7. §. & ideo. 2. ff. de pact. pag. 445. cum seqq. Vultejus in §. fin infr. de mandat. n. 12. & seqq. D. Bocer. class. 2. Disp. 13 per tot. edit. 2. Stuck. d. decad. 9. assert. 3. lit. f. & seqq Foman. Disput. 24. corollar. 1. & 2. Bonacina in tract. de contractib & instit. disp. 3. q. 1. punct. 1. num. 14. pag. 332. Mantica in tract. de tac. & ambig convent. lib. 1. tit. 8. Althus. d. lib. 1. Dicæolog.*

22 *c. 87. cum seqq pag. 308 & seqq.* Præcipua autem contractus inter nominatos & innominatos differentia hæc vulgò perhibetur: quòd in illis regulariter non est locus pœnitentiæ, etiam re integrâ: sunt enim necessarii ex post-facto. *l. sicut initio. 5. C. de obligat. & act. l. in commodato. 17. § sicut. 3. ff. commodati.* in his verò, re integrâ, regulariter pœnitere licet: imò & re non integrâ ei, qui implevit contractum pro sua parte antequàm alter adimpleat, eo etiam invito pœnitere permittitur. *Exempli gratiâ*: si tibi decem florenos dedi, ut pro me Argentinam eas: ego pœnitere, & datos florenos repetere valeo, priusquam tu iveris Argentinam, interesse tamen soluto. Nam si fortè sumptus ad profectionem necessarios feceris, eorum ratio habebitur: quibus refusis, decem istos florenos condicere potero. *l. si pecuniam. 5. ibique Iason. ff. de condict. caus. data, caus. non secut. Schneidevvin. in hoc §. num. 13. & 14. Ricciard. ad princip. tit. infr. quibus mod. re contrah. obligat. num 101. pag. 130. Gaspar Schifordegher. lib. 2. tractat. 3. q. 7. Gomez. tom. 2. variar. resol. c. 8. num. 2. & 3. Covarruvias. libr. 1. var. resolut. c. 14. num. 15. & 16.* Videantur tamen *Gœddæus in d. Commentar. de contrah. & committ. stipul. c. 1. num. 51. & seq. Hunnius Disp. 13. thes. 8. item d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 2. quæst. 3. pag. 822. & Wegner. d. Disp. 10 th 3. lit. a. qui differentiam istam frequentioribus Dd. suffragiis receptam carpunt.*

Secunda contractuum divisio est hæc: qua con- 23
tractus alii sunt bonæ fidei; alii stricti juris. *l. cum, qui. 22. ff. de donationib. l. mora. 32. §. in bonæ fidei. ff. de usur. l. in contractibus. 3. C. quib. ex caus. majores in integ. restit. c. cùm venerabilis. 6. §. adhæc Episcopus. ibi, cum permutatio inter contractus bonæ fidei computetur. ext. de exceptionib.* Ex quo c. apertè constat, quòd jure quoque canonico discrimen hoc inter contractus sit approbatum; *ut latiùs, post Interpretes à nobis adductos, ostendimus in §. actionum autem. 28. num. 49. & seqq infr. de actionib. Et de istâ divisione videatur Bachovius d. lib. 1. Disput miscell. c. 4.* Bonæ fidei contractus, secundùm veriorem sententiam, dicun-
tur: non quòd alii contractus sint malæ fidei. In o- 24
mnibus quippe contractibus bona fides requiritur. *l. bonam fidem. 4. C. de obligat. & actionib. Ant. Fab. part. 1. de errorib. pragmat. decat. 9. error. 1.* Sed quia in horum contractuum actione sive judicio fit condemnatio ex bonâ fide, id est, ex bono & æquo, etiam ultra id, de quo in ipsa conventione expressè ac nominatim fuit actum. *§. conductor autem. 5. infr. de locat. & conduct. l. quia tantundem. 7 ff. de negoc. gest.* ut sunt emptio, locatio, depositum, & cæteri omnes quorum actiones dicuntur bonæ fidei *in d. §. actionum. 28 infr. de actionib.* Stricti juris contractus sunt; quorum in actione strictè fit condemnatio de iis tantùm, de quibus in ipsa conventione nominatim ac disertè fuit dictum, *d. allegatâ l. quia tantundem. 7. ff. de negoc. gest. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. vers. plerunq; enim in stipulation. ff. de verb. obligat D. Bocer. in Comment. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur cap 2. n. 7. edit. 2.* ut sunt mutuum, stipulatio, & omnes alii, quorum actiones non enumerantur *in d. §. actionum autẽ. 28. infr. de actionib. ubi eâ de re nos explanatiùs.*

Tertia divisio contractuum *in hoc præsenti §.* hæc 25
adfertur: quòd quidam contractus re contrahuntur, quidam verbis, quidam literis, quidam consensu. Atque hæc divisio omnium certorum sive nomina-

torum coutractuum species complectitur. Sunt autem numero undecim; videlicet mutuum, indebitum, commodatum, depositum, pignus, stipulatio, contractus literarum, emptio, locatio, societas, & mandatum: *de quibus omnibus in titulis subsequenti-*
26 *bus ordine dicetur.* Cæterùm huic divisioni quadrimembri primò opponitur *l.1.§.1.l.ex maleficio.4.ff. de obligat.& actionib.l.gracè.8.§.1.1.ff de fidejussorib.l.1.§.1.ff.de novationib.cum similibus:* in quibus Jurisconsulti ex triplici tantummodò causa, nempe aut re, aut verbis, aut consensu obligationem oriri contrahendo scribunt: contractûs autem sive obligationis literarum nusquam meminerunt. *Sed respondetur*: ideo in prædictis legibus obligationis literarum nullam fieri mentionem: quia hæc obligandi ratio Jurisconsultis tempore Digestorum ignota fuit, cùm apud eos exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua esset. Verùm Imperatores posteà exceptionem non numeratæ pecuniæ temporariam fecerunt: atq; ita literarum obligationem introduxerunt. *Iohan. Borcholt. hic n.14.& in tract.de obligationib. & actionibus. cap.1.num.18.*

27 Nec huic responsioni, quà dicitur, literarum obligationem tempore juris Digestorum fuisse incognitam, obstat *l.non figura.38.ff.de oblig.& act.* ubi traditur, non minùs valere, quod scripturà, quam quod vocibus linguà figuratis significatur. *Nam* quod ibi Paulus IC. ait. oratione scripturæ nos obligari, hoc eam vim habet: non ut scriptura per se obliget, sed stipulatio epistolà sive instrumento comprehensa & probata: *quemadmodum rectè sentiunt Petrus de Bellapertic. Ioan. Faber, Wesenbec. Vultejus, Ant. Mattheus, & alii infr. tit. de literar. obligationib. Nonius hic in vers. prius est. n.1. Alciat. in l.2.§ appellata ff. de reb. cred. si cert. pet. & Schegkius in delibat. jur. Disput.17. ad thes.13. Tametsi novissimè aliter doceat Marcilius hic. pag. 460.& seq.*

28 Eidem solutioni non repugnat *l.2.§.1.ff de obligat. & actionib.* ubi habetur, ideò obligationes consensu contrahi: quia neque verborum, neq; scripturæ ulla proprietas desideratur. Ex quibus verbis liquet, esse obligationem, quæ desiderat scripturam. Non *inquam*, hæc lex repugnat. Etenim accipienda videtur de illa solùm obligatione quę olim scripturà celebrabatur, & jam ætate Justiniani exoleverat, *per princ. tit. infr. de literar. obligat.* non verò de eà literarum
29 obligatione, de quà nos hîc loquimur. Neque etiam prædictæ responsioni quidquam adversatur, quòd *ex d. princip. infr. de liter. obligat.* nimirùm ex voculà, *olim*, colligere quidam conantur: jure etiam Pandectarum obligationem literarum in usu fuisse. *Quod* enim ibi Justinianus dicit, olim scripturà obligationem esse factam: hoc ipso non ad jus Digestorum, sed ad jus vetustius, quod ante Digestorum jus viguit, respexit. Idq; liquidissimè ex dictione illâ, *olim*, pro-
30 bari potest: quæ in hisce 4. Institutionum libris ut plurimùm temp⁹ ante jus Digestorum denotat, *initio tit. supr. de testament. ordinand.* Ubi asserit Imp. duo olim fuisse testamentorũ genera: unum, quod calatis comitiis: alterum, quod procinctum appellabatur: & tamen illa duo testandi genera jura Digestorum non obtinuisse, Doctores uno quasi ore omnes fatentur. Idem etiam optimè confirmatur *ex princ. tit. supr. de lege Falcid.* Ubi ipsemet Imp. Justin. illam vocem *olim* quodamodo declarare videtur, dum inquit, *olim*, id est, lege XII. Tabul. libera erat legandi potestas, &c. *Sed vide Tobiam Nonium hæc enucleatiùs prosequentem hic in vers. prius est. num. 2.*

Deinde contra hanc tertiam contractuum divisionem 31
opponi solet tale argumentum: Divisio, quæ divisum totum non exhaurit, est vitiosa. Hæc autem divisio divisum totum non exhaurit: cùm in eà pars divisi, nempe obligatio, quę & verbis & re simul cõtrahitur, omittatur; *de qua est l.certi conditio.9.§. quoniam.ff.de reb.credit.si cert. pet. & obligamur. 25.ff. de oblig.& act.* Sed dicendum: eo ipso, quòd hic ponitur contractus sive obligatio, quæ re contrahitur, & quę cõtrahitur verbis, etiã obligatio, quę re & verbis conjunctim contrahitur, posita intelligitur: cùm mixtũ sub simplicibus comprehendatur, *ut notat glossa fre-* 32
quentiori Dd. calculo recepta, in l. 2. ff. de verb. obligat. eamq; referens Nonius d. loco n. 3 pag. 388.

Illud hoc loco admonendum: quòd licèt obliga- 33
tio quandoq; pro contractu sumatur. *l.creditor.23. in fin.ff.de pignorib.& hypothec.* ubi verbum *obligatur* positum est pro *contrahitur.&.l.cum mota. 6.circa finem Cod.de transactionib.* ubi Imp. Alexander quod stipulationem appellaverat, statim verborum obligationem nuncupat: tamen si cujusq; indoles & natura aliquantò penitius introspiciatur, ingens inter ista duo, ut & inter obligationem & actionem, differentia deprehenditur: *utut hic oggenniat Nicolaus Bellonus.* Et quidem obligationem ex contractu nasci, definitio contractûs superiùs exposita ostendit. Cùm 34
enim homines contrahunt, promittunt, emunt, vendunt, locant, conducunt, &c. ex hujusmodi factis quoddam jus, quod obligationem nominamus, oritur. Nam nisi mihi promisisses: utiq; obligatus mihi non esses. Contract⁹ ergo sunt facti. *d.consilio.7.§ fin. ff.de curatorib.furioso, & aliis ext. minor. dand.* & producunt obligationes, quæ juris sunt: hæq; rursus actiones pariunt. Actionum igitur causa remota sunt contractus: propinqua verò sunt obligationes. Vel significantiùs: contract⁹ est pater: obligatio filia: actio neptis, ut *Dd. nostri loquuntur.* Planè quod contract⁹ & obligatio differant, probatur argumẽto *l.si idem.7. C.de codicillis.* ex quâ ea, quę diversa habent nomina, diversam etiam habeant substantiam. At contractum 35
& obligationẽ diversa habere nomina, unicuiq; patet. Prætereà jus & factũ diversa sunt, imò ferè contraria *d.l.consilio.7.§.ult. ff. de curatorib. furioso, & aliis, &c.* Sed obligatio est juris. *§. 1. supr. de rebus.* 36
corporal. & incorporalibus. contractus verò facti, *ut paulò ante dictum.* Nec quicquam ad rem fa- 37
cit, quod regeritur à dissentientibus: *dictam l. consilio. 7. §. ultim. ff. de curat. furiose, &c.*

non

non loqui in contractu, sed in negocio, quod geritur
ad celebrandum contractum, quod benè est facti.
Loquitur namque verè in contractu. Siquidem tex-
tus apertè ait: quòd solutio & venditio facti magis,
quàm juris sunt. Atqui venditio non est negocium,
quod ante contractum geritur; sed ipse contractus,
ipsaque conventio. *l. juru gentium. 7. §. 1. de pact. l. La-*
38 *beo. 19. vers. contractum. ff. de verb. signif.* Ergo con-
tractus est ille, qui facti esse dicitur. Adhæc per re-
rum naturam, adeoque etiam per leges, quæ natu-
ram imitantur. §. *minorem. 4. supr. de adoptionib. l. ad-*
optio. 16. ff. eod. fieri non potest, ut una eademque res
se ipsam producat. Jam verò ex contractu nasci ac
produci obligationem, certo certius est. *l. 1 in princ.*
ff. mandati. Ergo ἀδύνατον est, & in rerum naturâ non
positum, ut idem sint contractus & obligatio.
39 Cui non obstat *d. l. Labeo. 19. vers. contractum ff. de*
verbor. signif. ubi dicitur, contractum esse ultrò ci-
tròque obligationem. *Respondetur* enim: causatum
ibi poni pro suâ causâ, id est, obligationem pro con-
ventione: quod in jure non infrequens est, aut no-
vum. *l. hoc jure. 9. §. non potest. & ibi Castrensis. ff. de*
40 *donationib.* Nec hanc solutionem infringit. *l. non a-*
liter. 69. ff. de legat. 3. ubi Marcellus ait, in dubio à
41 verborum proprietate non esse recedendum. *Etenim*
42 jura juribus sunt concordanda. *c. cùm expediat. 29.*
ext. de electione. in 6. & una lex ex aliâ explicanda. *l.*
non est novum. 26. ff. de legib. nec non in dubio ea fa-
cienda est interpretatio, quæ vitio caret, aliisque le-
gibus non repugnat. *l. in ambigua. 89. ff. eod. tit.* Ast
aliæ possunt adduci leges in quibus obligationem ex
contractu oriri, expressè disponitur. *d. l. 1. ff. mandati.*
& hoc §. nostrò. Quare necessariò dicendum est: ob-
ligationem *in d. l. Labeo. 19. ff. de verbor. signif.* pro
conventione esse accipiendam: ut sit sensus, contra-
ctum esse ultrò citroque obligatoriam conventio-
nem. *Nonius hic in vers. prius est. num. 9. pag. 395.*
Paul. Berens in Dissertationib. Academic. Disputat. 9.
them. 1. quæst. 1.
Neque obloquitur. *l. omnem. 20. ff. de judiciis, &*
43 *ubi quisq; agere, &c.* ubi Paulus IC. docet, omnem
obligationem pro contractu habendam esse. *Nam* fa-
cilis ad eam est responsio: cum JC. non dicat, contra-
ctum obligationem esse, sed obligationem pro con-
tractu habendam. Diversum autem est tale, ab eo,
quod pro tali habetur, *arg. l. mercis appellatione. 207.*
ff. de verb. signif. Proinde ut & ipsa obligatio à con-
tractu diversa sit, necesse est. *Deinde* illa lex ad alte-
ram partem istius tituli, ubi sc. quisq; agere, vel con-
veniri debeat, est referenda: ut apertè Rubrica sive
inscriptio tituli demonstrat. Et quidem reus conve-
niendus est, vel ubi domicilium habet, vel ubi con-
traxit, si contra eum ex contractu aliquo agatur. *l. hæ-*
res absens. 19. ubi multa sunt exempla de contractu &
domicilio. ff. de judic. Sed quæritur: quomodo nomen
contractûs hic sit accipiendum? Et respondet Paul.
in d. l. omnem. 20. ff. d. tit. omnem obligationem pro
contractu haberi debere: ut ubicunque aliquis obli-

getur, ibidem contraxisse quoq; videatur. Et sic non
tantùm proprium contractum, sed etiam quasi con-
tractum, ut ex negociis gestis, vel ex tutelâ, itemque
delictum, & quasi delictum Jurisconsultus intelli-
git: & significat, aliquem, in quocunque loco vel
propriè contraxit, vel quasi contraxit; vel de-
liquit, aut quasi deliquit, in eodem etiam
conveniri posse. Atque ita nomen contractûs in
eâ lege latius & impropriè pro quacunque obliga-
tionis causâ accipiuntur: non verò contractû, ipsam
obligationem esse affirmatur: & per consequens no-
stræ sententiæ nihil officit. Et sic, *post Duaren. ad d. tit.*
de judic. cap. de foro competenti. circa medium, dictam *l.*
omnem exaudit D. Colleg. Bocer. *d. Comm. ad l. con-*
tract. 23. cap. 1. n. 2. ff. de reg. jur. Vide eandem fusiùs ex-
plicantem Donellum *lib. 17. Commentar. de jur. civil.*
cap. 14. pag. 59.
Nihil item movet, quòd leges his vocabulis, *de-* 44
ductum est in obligationem, deductum est in contractum,
promiscuè utantur; adeoque tacitè indicare videan-
tur, quòd contractus & obligatio sint unum ac idem.
l. ubi autem. 75. §. 1. ff. de verb. oblig. Quia cùm con-
tractus sit necessarium antecedens ipsius obligatio-
nis: rectè dicitur, & infallibiliter sequitur: omne il-
lud, quod deductum est in obligationem, etiam de-
ductum esse in contractum: quippe cùm is, qui velit 45
consequens, necessariò velit etiam antecedens. *l. ad*
rem mobilem. 56. & l. ad legatum. 62. ff. de procuratorib.
Nihil denique ponderis habet, quod affertur *ex l.* 46
an inutilis. 8. §. acceptum ff. de acceptilat. Ubi quod
Ulpianus in principio istius §. obligatum esse dixe-
rat, mox in fine contractum esse dicit. *Quandoqui-*
dem hoc non ideò fit, quòd obligatio & contractus
idem sint: sed quòd contractus ipsius obligationis
causa intelligatur. Quocirca qui aliquid esse con-
tractum, asserit: necessario etiam obligationem,
quæ effectus est ipsius contractûs, præsupponit, *d. l.*
1. ff. mandati. Nonius hic d. vers. prius est. nu. 9. p. 396.
Paul. Berens d. Disp. 9. thom. 1 quæst. 1. pag. 199. edit. 2.
Quòd autem similiter obligatio & actio diffe- 47
rant, ad hoc præter primum & ultimum fundamen-
tum, suprà ad confirmandum inter contractum, &
obligationem discrimen, in medium adductum, et-
iam hæc ponderari possunt. Primùm copula & in-
ter diversa poni solet, *gloss. in rub. tit. ff. de juris & fact.*
ignor. Ast inter obligationem & actionem hæc co-
pula ponitur, *in rubr. ff. de obligat. & actionib.* Dein- 48
de, quæ diversos habent tractatus, diversam quoque
habent substantiam, *arg. l. 2. §. quartus autem locus 5.*
C. de vet. jur enucleand. Atqui obligatio & actio di-
versos tractatus habent, *ut ex hoc Institutionum vo-*
lumine perspicuum est. Insuper, quæ differunt defini- 49
tione, differunt etiam substantiâ: quia definitio rei
definitæ substantiam complectitur, *secundùm gloss. &*
D d. in l. omnis definitio. 202. ff. de reg. jur. Sed obliga-
tio & actio definitione differunt, *ut constat ex prin-*
cipio hujus tit. & principio. tit. infr. de actionibus.
Ergo & substantiâ differre concludendum est.
Unde

Unde Doctores plerique eleganter dicunt : quòd
obligatio sit mater actionis, & contra actio sit filia
obligationis : cum nulla detur actio, nisi præcedat
obligatio, *argum. l. licèt. 42. §. 2. ff. de procuratoribus.
Vincent. in bibliothec. mundi. tom. 2. lib. 3. c. 3. Bernh.
Diaz. reg. 501. Bartol. in l. 1. col. 1. vers. item nota ff.
de pecul. Cothman. vol. 5. resp 26. num. 38. & resp. 46.
num. 8. eosq; referens David Döring. in bibliotheca Iurisconsult. in verb. actio. num. 98. fol. 237.*

50 Non his resistit *§. 1. infr. tit. proximo. l juris gentium. 7. ff de pact. l. actionum. 25. §. 1. ff. de oblig. & actionib. l. unic. C. si servum extero se emi mandaverit.*
Ex quibus locis quidam ita ratiocinantur : In his legibus, & innumeris aliis, totundè dicitur, actionem
ex contractu nasci, & contractum actionem parere.
Jam verò obligatio etiam ex contractu nascitur, *præallegatâ l. 2. ff. mandati.* Ergo actio & obligatio
non differunt : sed unum ac idem sunt. Non resistit, *inquam*, hæc ratiocinatio. Nam dupliciter ad
eam responderi potest. Primò quidem negando
consequentiam. Haud enim sequitur : ex contractu nascitur actio : ex eodem etiam nascitur obligatio. Ergo actio & obligatio sunt idem. Etenim non
absurdum est, aut insolens ; ex unâ eâdemque causa diversos nasci, quoad substantiam, effectus : ut
videre est in patre, ex quo uno eodemque plures nascuntur filii ; & tamen illi non sunt iidem respectu
substantiæ, sed diversi ; ut omnibus notissimum est.
Secundò dici & hoc non ineptè poterit : contractus
parere & producere actiones, non quia ipsi veré &
immediatè eas producunt : sed quia produxerunt
obligationes, ex quibus posteà natæ sunt actiones.
d l. licet. 42. §. ea obligatio. 2. ff. de procuratorib. l. plura. 53. ff. de oblig. & actionib. Atque ita actiones oriuntur ex contractibus, mediantibus sc. obligationibus.

51 Neque huic solutioni negocium facessit, quòd
propria & peculiaris hujus dictionis *ex* sit natura, ut
causam immediatam & proximam significet. *l. eo
tempore. 50. in fin. ff. de peeul. l. non dubium. 5. ubi
Dd. C. de legib.* Expressè autem in allegatis legibus
dicatur, ex contractu actionem nasci : ac proinde
causa immediata & proxima actionis contractus,
non verò obligatio censeatur *Nam* huic instantiæ
respondendum est : dictionem *ex* in præcitatis juribus nequaquam significare causam immediatam, sed
potiùs mediatam, quemadmodum etiam accipitur
*in l. 1. § ex incendio. 2. ff. de incend. ruin. naufrag. &
§. 1. vers. sancitum etenim à nobis est. supr. per quas
person. cuiq; acquirit.* Ut ita actionis causa quidem
sit contractus, mediâ tamen obligatione, tanquam
actionis propinquiori causâ.

52 Nec quicquam stringit, si rursus quis urgens objiciat : proprietatem hujus voculæ *ex* esse, ut designet causam immediatam ac proximam, *sicuti autumat Bartolus in d. l. 1. § ex incendio. ff. de incend. ruin.
naufrag.* nec in dubio præsumendum esse, quòd aliter, quàm propriè, tot Jurisconsulti eâ dictione usi
fuerint, *argum. d. l. non aliter. 69. ff. de legat. 3.* Ei
namque hoc responso occurrere possumus : dictionem istam *ex* secundùm subjectam materiam esse intelligendam : ut modò mediatam sive remotam,
modò immediatam seu proximam causam significet, *ut notant Dd. in Auth. ex causa. C. de liberis præterit.* At verò subjecta materia in proposito suadet &
exigit, ut duntaxat causam mediatam & remotam
denotet. Cùm enim hinc inde possint adduci leges,
quæ tàm ex contractu, quàm ex obligatione actionem nasci, clarè disponant : propinquior autem
actioni sit obligatio, quàm contractus, cùm ex eo
obligatio oriatur. *d l. 2. ff. mandati.* necessarium est
consequens, quòd in illis legibus, in quibus actio dicitur oriri ex contractu, propositio *ex* causam mediatam importet : ut nimirùm ex contractu actio,
mediâ tamen obligatione, nascatur : cùm ex contractu obligatio, *ut jam superiùs dictum*, quæ actionem
procreat, proficiscatur, *d. l. licèt. 42. §. ea obligatio. ff.
de procuratorib. & d. l. plura. 53. ff de obligat. & actionib. Nonius hic in d. vers. prius est. num. 10. pag. 397.*

Sanè & illud hic non ignorandum : quòd in con- 53
tractibus quædam vocentur à Doctoribus substantialia : quædam naturalia : quædam solennia : quædam accidentalia, *argum. l. pacta conventa. 72. in fine
principii. ff. de contrah. empt. ibiq; Baldus & Mudaus.
l. Iulianus. 9. §. sed si quis. 3. ibi, mutata forma propè
interemit substantiam rei. ff. ad exhibend. l. obligationum. 3. in princip. ff. de obligat. & actionib. §. adeò. 3.
vers. sed talis. ibi, contractus propriam statuit naturam.
infr. de locat. & conduct. l. si unus. 27. §. pactus, ne peteret. 2. ad finem. ff de pact. l. naturalis. 5. § sed si facio. 4. vers. & potest mandatum. ibi, naturam suam
excedere. ff. de præscript. verb. &c. Bellon. lib. 1. supputation. jur c. 5. Mozzius in tract de contractib. artic. 5.
& seqq. Zasius in singul. resp. c. 12. Schneidevvinus hoc
§. nostro. n. 20. cum seqq. ibidemq; Thadæus Piso num. 8.
& seqq. Hotoman. illustr. quæst. 36. & 37. Corasius
lib 3. miscellaneor. jur. civ. c. 10. Connan. lib. 1. Commentar. jur. civ. c. 2. n. 9. D. Bocerus in hoc tit n. 115.
cum seqq. pag. 135. & in tract. de investitur. feud. c. 5.
num. 24. & seqq. Giphanius in Commentar. de divisionib. jur. thes. 61. & seqq. Pacius in Epit. jur. Disp. 12.
thes. 7. Schegk. in delibat. jur. Disput. 15. thes. 24. cum
seqq. Hilligerus in Donello enucleat. lib. 15. c. 1. ad lit. A.
Scipio Gentilis in tractat. de solennitatibus, quatenus in
quoq; actu intervenire debeant, &c. c. 1. & seqq.*

Substantialia contractuum illa dicuntur, quæ ita 54
formam & essentiam uniuscujusque contractûs
constituunt, ut sine iis talis contractus consistere
non possit, *per text. & glos. in d. l. pacta conventa. 72.
super verb. nova emptio. & ibi Bald. ff. de contrah. empt.*
Forma siquidem dat unicuique rei suum esse : hoc
est, id, quod est *d. l. Iulianus. 9. §. sed si quis. 3. in fin.* 55
*ff. ad exhibend. l. cùm hi. 8. in princ. & §. si prætor. 17.
ff. de transact.* Exempli gratiâ : substantia (quam Dd.
substantiale appellitant) emptionis & venditionis
est, precium, merx, consensus. Sine hisce enim 56
emptio

emptio consistere arguit. *l. 2. §. 1. l. nec emptio. 8. ff. eod. tit.* Sic substantia societatis est, communio. *l. 1. §. 1. & l. 2. ff. pro soc.* Sic substantia stipulationis est, præcedens interrogatio & sequens responsio, actu continuo facta. *l. 1. §. 1 & l. continuus. 137. ff. de verb. obli-*
57 *gationibus.* Adeò autem substantialia ista speciem cujusque contractûs constituunt: ut contrahentium voluntate sive pacto ea mutari non possint. *l. cùm precariò. 12. ff. de precario. Alciat. ad l. pen. num. 22. C. de pact. & ad l. 3. num. 1. ff. de reb. credit. eumq; laudans Richter. d. tract. de contractib. disp. 1. th. 6. & 8.* Quare si inter nos convenerit, ut emptionem contrahamus: etsi emptionem appellemus illud, quod gerimus: tamen si precium in eo non versetur, non erit emptio. Veluti, si domum tibi vendidi, ut tu aliam domum mihi reficeres: Neratius respondit, nullam esse venditionem: quia scilicet pretium, quod in nummis consistit, hic deest: sed civili intentione incerti agendum esse, ait. hoc est, actione præscriptis verbis, quæ nascitur ex incerto sive innominato contractu. *l. insulam. 6 ff. de præscript verb. Scipio Gentil. d. cap. 1.*
58 Cæterùm in omnibus negociis contrahendis consensum, sive tacitum, sive expressum, necessariò desiderari, tralatitium est. *l. 1. §. conventionis 3. ff. de pact. l. in omnibus. 55. ff. de obligat. & action.* Hinc in conventionibus contrahentium voluntatem ac mentem potiùs, quàm verba spectari placuit. *l. in conventionibus. 219. ubi Alciat. & Goedd. ff. de verb. significat. l. 3. §. conditio. ff. de adimend. vel transf. legat. l. fin. C. quæ res pignori oblig. poss.* Si verò mens non appareat: tunc contrahentium verba considerantur: neque ab iis, modò clara sint, temerè recedi debet. *l. si quis stipulatus. 112. ibi, respiciendus erit sermo. ff. de verb. obligat. l. si operas, 20 ibi, pacti tenor. C. de solutionib. l. ult. ibi, pro tenore communis militantium placiti C. de pignoribus. l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* Sin obscura
59 sint, & ambigua verba: eorum interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem, aut alium, cui liberum fuit legem apertiùs dicere contractui, facienda est. *l. veteribus. 39. ff. de pact. l. Labeo. 21. ff. de contrah. empt. l. cùm quæritur. 26. ubi Donell. ff. de reb. dub. l. stipulatio. 38 §. in stipulationibus 18 ff. de verbor. obligat. l. in contrahenda. 171 ff de reg. jur. Brenehorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν assert. 40. edit. 2. D. Besold. in delibat.*
60 *juris, & lib. 18 ff. quæst. 3. pag. 16 & seq.* Quòd si omnino non liqueat, quod actum est: in dubio id, quod in regione frequentatur; quòd si nec mos quidem regionis appareat; id, quod minimum est, sequimur. *l. semper in obscuris. 9 l. semper in stipulationibus. 34. & l. in obscuris 114 ff. de reg. jur. & similib.*
61 Cùm autem omnis contractus in se consensum habeat. *d. l. 1. §. conventionis. in fin. ff. de pact.* inde perspicuum fit: infantes, furiosos, & cæteros, qui consentire nequeunt, nec contrahere posse. *§. furiosus. 8. & seqq. infr. de inutilibus stipulat. l. an negotia. 5. ff. de regul. jur.* Verùm de personis, quæ contractum inire, obligarique possint, explicatiùs agunt *D. Vulteius in hoc §. nostro. numer. 7. & multis seqq. Ioan.* *Berchols. in tractat. de obligationibus. & actionibus cap. 2. & Wesenbecius in lectur. in tit. C. de rebus credit. & jurejur. pag. 357. & seq.*

Naturalia contractuum sunt ea, quæ contractui tacitè insunt, si expressa non sint: sed pacto mutari vel tolli, citra ipsius contractûs corruptionem, queunt. *Mozzius d. tract. de contractibus. artic. 6. nu. 1. Iul. Pac. d. Epit. jur. Disputat. 12. thes. 7. Thadæus Piso hic numer. 9. Schrader. in tract. feud. part. 2. cap. 1. numer. 48.* Exempli gratiâ: secundùm naturam venditionis obligatur venditor de evictione, etiamsi hoc non sit expressè actum. *l. ex empto. 11. §. 1. & 2. ff. de actionib. empt.* & tamen in contrarium, salvo venditionis contractu, partes inter se pacisci possunt, ne venditor de evictione teneatur, *d. l. ex empto. 11. §. qui autem. 18. ff. d. tit. latè Covarruv. libr. 3. variar. resol. cap. 17. numer. 2.* Sic secundùm naturam locationis est, ut locator teneatur ad ea omnia, quæ ex æquo & bono veniunt: veluti, ut fenestræ fiant, ostia resarciantur, &c. sed hæc pacto tolli posse, manente nihilominùs eodem contractu, exploratum est, *gloss. & Bald in d. l. pacta conventa 72. ff. de contrahend. empt. Iason. in l. cùm quid. 3. ff. de reb. credit. si cert. pet. Richter. d. Disput. 1. ad th. 8.* Et talia naturalia videtur Papinianus vocare adminicula contractûs. *d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. Scipio Gentil. d. tract. de solennitatibus, & c. cap. 2.* 62

Solennia contractuum nuncupantur, quæ jure ad validitatem contractûs, præter substantialia & naturalia, requiruntur, *juxta Baldum in l. ad exactionem. 6. numer. 3. C. de dotis promiss. & in repetit. l. 1. in 4. notab. Cod. de sacrosanct. Eccles. quem refert hic Schneidevvinus numer. 21.* Verbi gratiâ: si pupillus, aut minor, sine tutoris auctoritate & decreto judicis, rem immobilem alienet sive vendat: licèt hæc venditio omnia sua substantialia habere videatur: si tamen in eâ non intervenit tutoris auctoritas, & decretum judicis, iste contractus minimè subsistit. *l. obligari. 9. in princ. ff. d. auctorit. & consens. tutor. l. non solùm. 4. l. minorum. 6. l. si minor. 15. l. si prædium. 16. & tot. tit. Cod. de prædiis, & al. reb. minor. sine decr. non alienand.* quantumvis minori utilis fuerit *l. fin. ibi, donandi causa & ibi, nisi ex magna utilitate. &c. ff. de curatoribus, furioso, & aliis, &c. l. Aristo. 5. §. 1. ibi, adito prætore. l. ait Prætor 7. §. ult. ibi, prætor aditus. ff. de jure delibe. l. magis puto. 5. §. si æs alienum. 14. & l. si fundus. 13. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. & l. lex, quæ tutores. 22. circa finem. Cod. de administrat. tut. Fachin. libr. 3. controvers. jur. cap. 3. Simoncell. in tract. de Decret. libr. 3. tit. 8. inspect. 17. num. 25. & docuimus in §. 1. num. 24. infr. de iis, per quos agere possumus.* Etsi verò plerique Doctores dicto modo inter substantiam & solennia contractûs distinguunt: quia tamen contractus, de prædio minores sine prædicta solennitate decreti judicis factus, ipso jure est nullus. *d. tot. titul. C. de præd. & aliis reb. minor. sine decret. non alien. & d. tot. tit. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. &c.* conse- 63

consequens utique est, solennitatem illam esse de substantiâ contractûs, quo res minorum alienatur. Unde perperam asseritur, quòd venditio istarum rerum, sine judicis decreto celebrata, omnia sua substantialia habere censeatur. Si enim id verum esset: constitueretur isthac venditione firma obligatio, tametsi judicis decretum non intervenerit: quod tamen verè & jure dici nequit. Substantia quippe rei non consistit, si quid desit, quod rem ipsam subsistere facit. *d.l. Iulianus. 9. §. sed si quis. 3. vers. nam mutatâ formâ. ff. ad exhibend.* Non est ergo à substantiâ contractûs separanda atque distinguenda solennitas contractûs: *ut disertè hic docet* D. *Collega Bocerus. num.* 120. *& seqq. pag.* 135. Eaque de re exquisitius differtat Scipio Gentil. *d. tract. de solennitatibus, &c. cap.* 5. *& seqq.*

64 Accidentalia contractûs appellantur, quæ contractui, præter ejus naturam, pacto contrahentium accedunt *Accurs. & Bald. in d.l. pacta conventa. 27. ff. de contrah. empt. Thadaus Piso. hic n.* 13. *& Schneidevvin. num.* 23. *Zasius in Epitom. feud. part. 1. num.* 8. *Menoch. cons. 37. n. 99. lib.* 1. Veluti, si convenerit inter contrahentes, ut depositarius culpam quoq; levem præstet. *l. 1. § si convenit. 6. ff. depositi.* vel si ille, qui vendit domum, cum emptore paciscatur, ut domum emptam sibi pro tali pretio usque ad tantum tempus locet. *l. fundi partem. 79. ff. de contrah. empt.* vel si adjiciatur lex commissoria, addictio in diem, pactum de retrovendendo, &c. Et huc pertinet trita illa regula: Pacta dant legem vel formam contractui, vel formant contractum. *l. contractus. 23. vers. sed hac ita. ff. de reg. jur. l. in conventionalib. 52. in princ. ff. de verb. obligat.* Sed videatur Osvaldus Hilliger. *in prædicto Donello enucleat. lib. 15. cap. 1. ad literam A. ubi quadruplicem contractûs formam subtilius declarat.* Adde Cotasium *lib. 3. Miscel. jur. civil cap. 10. n. 5. & seqq.*

65 Quia porrò in contractibus sæpe de dolo, culpâ, & casu fortuito quæri solet: ideò antequam ad particularem illorum expositionem deveniam, hæc singula paucis explicare, operæpretium esse arbitror. A voce itaque Græcâ δόλος, dictus est Latinè dolus: eaque vox derivatur vel à verbo δέω, quod ligare, vincire, adstringere significat; propterea quòd homines dolo inducti sæpe ligentur sive adstringantur, obligationem aliquam suscipientes, unde facilè extricari nequeant: vel à verbo δέλω, quod significat allicere, & veluti escâ quadam capere. Capiuntur etenim, qui dolo decipiuntur: proindeque capti dicuntur, qui dolo circumveniuntur. *l. denique. 3. § ergo. 5. l. verùm. 11 §. sciendum. 3. ff. de minorib. l. quæro. 39. ibi, ne alioquin emptor capiatur. ff. de actionib. empt. Celsus Bargalius in tract. de dolo. lib. 1. cap. 1. nu.* 15. Quò pertinet illud Virgil. *lib.* 2. *Æneidos.*

Talibus insidiis, perjurique arte Sinonis,
Credita res: captique dolis, lacrymisq; coacti.

Et illud Ovidii *Epistol.* 20.

Verba, quid exultas, tua si mihi verba dederunt?
Sumq; parùm prudens capta puella dolis?

Cùm autem dolus sit nomẽ generis, sicut adoptio, cognatio, & jurisdictio boni malique doli species continens. *l. 1. §. 3. ibi, veteres dolum etiam bonum dicebant. ff. de dol. mal.* in eo sensu acceptus, adeòq; simpliciter consideratus, non ineptè ita definiri posse videtur: Dolus est juvandi nocendique causa adhibita simulatio. Genus est *simulatio*: cætera definitioni inserta verba formam seu differentiam specificam constituunt. Nullus siquidem est dolus, qui aut juvandi causâ, cujusmodi est dolus bonus; aut nocendi, qualis est dolus malus, non adhibeatur. *Bargalius. d. lib. 1. cap 1. num.* 21. Nec movet objectio Labeonis existimantis, dolum reperiri etiam absque simulatione, *dict. l. 1. §. 2. ff. de dol. mal.* ut in furto & rapinâ, *juxta Accursium ibidem super verb. & sine simulatione.* Nam dolus hic accipitur, prout in edicto Prætoris, quo scilicet non cadat in speciale nomen delicti, nec specialem actionem producat. *dict. l. 1. §. ibi, si de his rebus alia actio non erit, &c.* In quo dolo innominato semper inesse simulationem, certum est. Etsi enim in furto, rapinâ, & similib⁹ dolus insit; adeo, ut sine dolo non committantur. *l. 1. ff. de furt. § 1 instr. de obligat. quæ ex del. nasc.* tamen furtum, aut rapinam non esse dolum, constat. Adde, quòd in furto saltem occulto simulatio inest: item in eo, quod non a delicto, sed à contractu incipit: velut, si depositarius, aut commodatarius, ad alium usum, quàm acceperit re commodatâ utatur: negari simulatio nequit; cùm simulet, se ad unum usum rem accipere, & convertat in alium. *l. si pignore. 54. l. qui re sibi commodatâ. 76. l. fullo. 82. ff. de furt.* Cui consequens est, Servium Sulpitium immeritò reprehensum à Labeone in eâ parte quòd detur dolus sine simulatione. Sulpitius etenim definivit dolum, prout edicto Prætoris continetur: & vera est reprehensio isthæc in aliâ parte tantùm, quòd reperiatur simulatio absque dolo malo, nempe cùm dolum bonum facimus, rem nostram, vel alterius defendentes. *d. l. 1. §. 2. ibi, qui per ejusmodi dissimulationem tuentur vel sua, vel aliena. ff. de dol. mal.* Quare cùm suprà posita definitio utrumque dolum comprehendat (in utroque quippe adest simulatio) eam amplecti debemus, maximè cùm nemo ex juris Auctoribus dolum, ita in genere sumptum, definiverit, *docente Bargalio d. lib. 1. c. 1. n. 20. & seq.* Verùm de definitione doli plura novissimè eleganter tradidit Dn. Collega Besold. *in delibat. jur. ex lib. 4. Pand. tit. 3. pag 344. & seqq.* 66 67

68 Definitioni doli proxima est divisio, quæ in duas deducitur species. Aut enim bonus dolus est, aut malus. *d. l. 1. §. 3. ff. de dol. mal.* Dolus bonus est, se ipsum, vel alterum, proprias res, vel alienas juvandi, inventa simulatio: qui dolus pro solertiâ & industriâ accipitur. *d. l. 1. §. 2. ibi, tuentur vel sua, vel alienа. & §. 3. ibi, pro solertia. ff. eod.* Quemadmodum de B. Athanasio traditur: qui, cùm a Juliani Apostatæ satellitibus conquireretur ad necem; quâ fugiebat 69

fugiebat navicula conversa in contrariam fluminis partem, his, qui se insequebantur, ex industria occurrit: & quærentibus, nunquid de Athanasio sciret? respondit: se non longè illum navi euntem vidisse. Atque ita sicarios illos, contrarium cursum tenentes, effugit: bonoque dolo malum exclusit: *ut ex Parisio, consil. 67. num 58. vel. 3. refert Bargalius d. tra-*
70 *ctat. de dol. lib. 1 cap. 3. num. 6.* Hinc rectè quidam doli boni speciem, licitumque esse scribunt, fallaciter ex hostium potestate evadere. *l. nihil interest. 26. ff. de captiv. & postlim. revers. Hotom. lib. 4. observ. 4.* vectigalia injusta & illicita fraudare. *Barbat. & Roman. in l. vectigalia. 10 ff. de publican. & vectigalib. Bald. in l. cùm proponas. 3. Cod. de nautice fœn. & in l. 1. in princip. col. 1. C. de caduc. tollend. Tiraquell. de retract. Lignageer in præfat. numer. 69. ubi plures citat* custodes carceris, cui injustè quis mancipatus est, fallere. *Decian. in tract. crimin. lib. 1. cap. 5. num. 16. Albanus in additionib. ad Bartol in l. relegati. 4 in princip. lit. b. ff. de pœnis. aliiq; per hunc allegati.* in causa justâ cavillationibus & fraudibus uti. *l. cùm pater. 77. §. Titio. 31. in fine. ff. de legat. 2. glos. in c. cupientes. 16. in princip. super verb malignantium de election. in 6. Tiraquell in d. præfat. num. 71.* hostem actu, insidiis & stratagematis circumvenire: modò sub ea specie fides data non fallatur, aut belli jura violentur. *Hetgman. illustr. quæst. 7. Vaud. lib. 1. quæst. 51. Muret. lib. 18. var. lect. cap 4. Antimachiavelli auctor. lib. 3. theorem. 12. Waremund. de Erenb. Meditam. pro fœder. lib. 1. cap. 1. numer. 60. & 69. Elias Reusner. lib. 2. ant. Stratagemat. cap. 5. hisq; referens Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 15. c 40. sub lit. C. pag. 1392. ubi plura doli boni exempla recenset: ut & Borchols. in tractat. de pact. c. 6 n. 5. & Bargalius d. lib. 1. c. 3. & seqq. qui præ cæteris hanc materiam fusissimè explicat.* Cæterùm de
71 isto dolo *in hoc & seqq. titulis* non agitur. Siquidem & aliàs dolum simpliciter cùm dicimus, dolum malum ut plurimùm intelligimus. *l si dolo. 5. & l. dolus emptoris. 10. C. de rescind. vend l. dolo. 5. C. de inutilib. stipulat. l. dolum. 3. C. de peric. & commod. rei vend. cum similib. Cagnol. in l. omnis definitio 202. num. 68. ff. de regul. jur. Ant. Delrio ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 1. latè Bargal. d. lib. 1. cap. 9. per tot.*

72 Dolus malus, *ex Labeonis sententiâ*, definitur omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. *d. l. 1. §. 3. in fin. ff. de dol. mal.* Quam definitionem verbis duntaxat, non verò re ipsa à Servii definitione differre, non omninò insulsè quis dixerit. Etenim utraque habet loco generis machinationem: utraq; continet simulationem, ad fallendum, decipiendumque alterum adhibitam. Nam tantundem important ille Labeonis verba, *calliditatem, fallaciam ad circumveniendum*, quantum illa Servii Sulpitii, *cùm aliud agitur, aliud simulatur.* Calliditas quippe vel fallacia sine simulatione esse nequit: quoniam si apertâ fronte machinatio adhiberetur; calliditas, vel fallacia dici non posset. *Sed vide utramque istam definitionem ingeniosè, contra alios, defendentem Celsum Bargalium sæpe allegato tractat. de dol. lib. 2. cap. 1. ubi numer. 31. plures diversorum Interpretum definitiones recitat.* Sanè & alius perhibetur dolus, re ipsa 73
contingens, absque fraudulenta machinatione, & citra simulationem; quem negocialem indigitat Jacobus Gurteus *ad d. l. 2. C. de rescind. vend. pag. 88.* quo contrahentibus se circumscribere concessum est naturaliter, id est, ex naturâ contractûs, πραγματικῶς sive negociativè. *l. in causa. 16. §. pen. ff. de minorib. l. item si. 22. §. ult. ff. locati. Novell. 97. cap. 1.* propter substantiam contractûs, & votum contrahentium, *Petr. Fab. ad l. 206. ff. de reg. jur. pag. 786.* vel re ipsa ac facto, citra personalem circumscriptionem. *Anton. Fab. lib. 8. conjectur. cap 5.* Qui tamen dolus, propriè bonus minùs rectè statuitur; sed nec doli mali species est. Cæterùm vocatur ita ob similitudinem, verè non est; & cum dolo vero, bono malove, convenit genere non synonymo, sed homonymo; *docente Hilligero d. lib 15. cap. 40. lit. C. pag. 1391. Hucq; referantur, quæ annotavimus ad § 1. n. 18. & seqq. infr. de empt. & vendit.* De multiplici autem doli mali specie consulatur Bargalius *d. lib. 2. cap. 1. & aliquot seqq.*

Culpam dupliciter accipi & considerari; in gene- 74
re, & in specie, non obscurum est. In genere considerata, dolum & quodcunque factum illicitum complectitur. *l. si servum. 91. ff. de verb. oblig. l. magna. 226. ff. de verb. significat. Alciat. in l. lata culpa. 223. num. 1. ff. eod. t. Justus Meier. in Commentatione, de culpâ in contractib. præstandâ. th. 3. & seqq.* Et de hac nobis sermo non est: cùm juris auctores perpetuò dolum à culpâ sejungant, *ut in l. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. si, ut certe. 5. §. 2. ff. commodati. l. procuratorem. 11. & l. à procuratore. 13. C. mandati. cum multis similibus.* In speciali significatione culpa sic 75
commodè describitur: ut sit imprudentia, quâ homines circa res alienas, vel negligunt, quod fieri oportet; vel faciunt, quod omitti debet. *Coras. lib. 4. miscellan jur. civ. cap. 1. num. 9. Ant. Delrio ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 1.* Generis loco ponitur, *imprudentia.* Quia si quippiam à sciente prudenteque fieret: factum hoc non culpa, quam inscientes & improvidi duntaxat contrahunt, dici posset, sed in dolum incideret. *d. l. 1. § 2. ff. de dol. mal.* Additur, *circa res alienas.* Quoniam in rerum propriarum administratione culpa propriè non consideratur, nec punitur. *l. etiam filios. 18. §. 1. ff. solut. matrim.* nisi in nimium rei suæ abusum abeat. *§ 2. vers. sed & major. supr. de his, qui sui, vel al. jur. sunt. l. 2. ff. eod. Goeddæus in l. cedere. 213. §. ultim. num. 1. ff. de verb. signi-*
ficat. Dicitur, *vel negligunt, quod fieri oportet.* Quia 76
culpa plerunque in desidiâ & negligentiâ consistit: & nihil aliud, quàm negligentia censetur. *§. Præterea & si 3. infrà tit. proxime. d. l. si, ut certe. 5. §. 2. ff. commodati. l. socius socio. 72. ff. pro socio. §. ultim. infrà de societat. d. l. magna. 226. ff. de verb. signif. D. Bocer. in d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 3. num. 4.*

Adjicitur quoque, vel faciunt, quod omitti debet.
Quandoquidem culpa non in desidiâ tantùm & ne-
gligentiâ, sed quandoque etiam in facto versatur. l.
si putator. 31. ff. ad leg. Aquil. d. l. si servum. 91. ff. de
verb. obligat. Coras. d. lib. 4. miscellan. cap. 1. num. 9.
in fine. Plures culpæ definitiones ex Doctoribus re-
fert Bargalius d. tract. de dolo. lib. 5. cap. 1. numer. 11.
& seqq. item Hilliger. in Donello enucleat. lib. 16. c. 7.
lit. A.

77 Quanquam autem Bartolus & reliqui Dd. in l.
quod Nerva. 32. ff. deposit. quinque culpæ species
constituunt; latissimam, latiorem, latam, levem &
levissimam: & quanquam etiam Donellus ad l. pro-
curatorem. 11. num. 18. cum seqq. C. mandat. & lib. 16.
Commentar. de jure civil. cap. 7. pag. 620. latam dun-
taxat & levem culpam agnoscit; aliique aliter cul-
pam distinguunt, ut apparet ex notatis Gothofredi ad
d. l. quod Nerva. 32. ff. deposit. & Bargalii d. lib. 5. c. 1.
num. 15. & seqq. verior tamen est sententia eorum,
qui culpæ nullas species (siquidem majus & minus
non constituunt diversas species. l. ult. ff. de instruct.
& instrum. legat. l. si, cui via 11. ff. quemadm. servit.
am it. l. aut damnum. 8. §. inter eos. 6. ff. de pœnis.
Zasius lib. 1. sing. respons. cap. 2. num. 1. Georg. Ever-
hard. cons. 34. num. 61. vol. 2. eosq; laudans. D. Mun-
dius in Commentar. de diffamat. cap. 2. numer. 70.)
tres verò gradus, nimirùm culpam latam, levem,
78 & levissimam, faciunt. Quotquot enim sunt gra-
dus diligentiæ: totidem etiam esse gradus culpæ
seu negligentiæ necessariò consequitur. Isthæc nam-
que duo, culpam & negligentiam, idem valere, pau-
lò antè ostensum est, ex d. §. ult. infr. de societat. d. l.
magna. 226. ff. de verb. significat. & similib. Atqui in
jure diligentia reperitur summa sive exactissima; di-
ligentia mediocris, sive media; & diligentia exigua
sive minima. l. regula. 9. §. sed facti. 2. ff. de jur. &
fact. ignorant. l. in rebus. 18. in princ. ff. commodat. d.
§. ultim. infr. de societat. Est ergo & negligentia sive
culpa summa, vel (quod idem est) lata culpa. d. l. re-
gula. 9. §. 2. ff. de jur. & fact. ignorant. l. cedere diem.
213. & l. lata culpa. 223. ff. de verb. sig. Est & negli-
gentia sive culpa levis. l. homo liber. 54. §. 2. ff. de ac-
quir. rer. dom. l. cùm res. 47. §. culpa. 5. ff. de legat. 1.
l. tutori. 20. C. de negot. gest. Est item negligentia si-
ve culpa minima, quæ levissima dicitur. l. in lege. 44.
ff. ad l. Aquil. Et exactissima diligentia, culpæ levis-
simæ; media diligentia, levi culpæ; minima dili-
gentia, latæ culpæ opponitur. Atque hi tres culpæ
gradus manifestè colliguntur ex d. l. cùm res. 47. §.
culpa. 5. ff. de leg. 1. ubi fit mentio culpæ latæ, levis,
& diligentiæ, per quam ex opposito significari cul-
pam levissimam, non dubitandum est. Idem perspi-
cuè confirmatur ex l. contract. 23. ff de reg. jur. Cum
enim Ulpianus ibi dixisset, esse quosdam contractus,
qui dolum & culpam recipiant: quosdam, qui do-
lum & culpam levem: tandem subjicit, esse quos-
dam ex numeratis, qui præter dolum & culpam le-
vem, recipiant etiam diligentiam, id est, culpam le-
vissimam. Nisi enim diligentia, pro exactissimâ di-
ligentiâ accipiatur: vana & nullius momenti esset
evidens culpæ & diligentiæ separatio ab Ulpiano fa-
cta, in l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. in fin. ff.
commodati. vana quoque & ridicula esset ejusdem
Jurisconsulti repetitio, in d. l. contractus. 23. ff. de reg.
jur. Atque illam inter culpam latam, levem & levis-
simam distinctionem, ut verissimam, approbant We-
senbecius & Hotoman. in d. §. præterea. infr. tit. proxi-
mo, Coras. d. lib. 4. Miscell. jur. civ. cap. 1. numer. 11.
Duarenus in tract. de in lit. jur. num. 33. & ad tit. C.
de commodato. cap. 8. & ad l. si mora. 9. vers. non etiam
culpam. ff. solut. matrim. Borcholt. in tract. de pact. c. 5.
num. 11. D. Collega Bocerus in d. l. contractus. 23. ff. de
reg. jur. cap. 3. num. 10. & seqq. edit. 2. Schegk. in de-
lib. at. jur. Disput. 15. thes. 43. ad lit. B. Stuckius part. 1.
Exercit. Iustin. decad. 9. assert. 4. lit. I. pag. 357. Petr.
Gregor. lib. 21. syntagm. c. 11. numer. 4. Hopperus lib. 1.
πειθανῶν. pag. 29. Charond. lib. 3. verisimil. cap. 9. Gre-
gor. Lopez. lib. singul. animadvers. jur. civ. c. 27. num. 3.
& 4. Iacobus Curt. lib. 2. conjectur. ad fratr. c. 28. Ly-
cklama lib. 7. Membran. 34. Decian. lib 1. prax. crimi-
nal. c. 6. num. 8. hosq; citans Hilligerus in Donello enu-
cleat. lib. 16. c. 7. ad lit. F. Timæus Faber disp. 22. ad In-
stit. Imperial. th. 12. lit. b. Hunnius lib. 3. var. resolut.
jur. civ. tract. 3. part. 3. quæst. 3. pag. 934. Iohan. Leon-
hardus Breitschvverdt. in tractat. de casibus. fortuit.
part. 1. c. 1. sect. 3. & Martinus Bonatina in tract. de con-
tractib. & restit. disp. 3. q. 1. punct. 6. n. 1. pag. 367.
Etsi verò (attestantibus Cerasio & Duareno locis 79
proximè allegatis) certissimâ juris definitione culpa-
tum gradus comprehendi nequeant; sed potiùs Ju-
dicis arbitrio relinqui debeant: ut is pro re natâ
gravitatem, & magnitudinem culpæ, ex circum-
stantiis diligenter æstimet; &, quæ culpa censea-
tur commissa, prudenter decernat. l. semper. 15. §.
culpam. 11. ff. quod vi aut clam. l. mora. 32. ff. de usur.
nobis tamen hæc qualiscunque ex fundamentis de-
prompta descriptio sufficiat. Itaque lata culpa non 80
ineptè definitur prætermissio minimæ diligentiæ,
id est, ejus diligentiæ, quæ non curiosum & indu-
strium hominem requirit: sed quam natura ultrò
unicuique regulariter suppeditat, auctore D. Bocero
d. cap. 3. num. 11. Vel, lata culpa est, non intelligere
id, quod omnes homines (sani scilicet intellectûs, &
qui sensu non carent) intelligunt. d. l. lata. 223. &
d. l. cedere diem. 213. §. fin. ff. de verb. sig. Ricciard. in
§. item is, cui. 2. infr. quib. mod. re contrahit. obligat.
numer. 17. & seq. pag. 185. Ioan. Matiencus & Peralt.
junior in repetit. l. contractus. 24. ff. de reg. jur. num. 44.
& seqq. fol. 142. Veluti, si quis rem commodatam
in publicâ viâ nocturno tempore reliquerit, & cau-
setur, se non putasse, quenquam ablaturum esse: aut
si quis prætendat, se ignorare, quod loco & edicto
publico proscriptum erat: aut quidvis aliud, quod
cæteri omnes sciant. l. sed si pupillus. 11 §. 2. ff. de insti-
tor. acti. d. l. regula. 9. §. sed facti. 2. ff. de jur. & fact. ignor.
Hinc est, quòd lata culpa passim in jure dolo proxi- 81
ma,

ma, atque ideo dolo comparari, prope fraudem accedere, & aliquando etiam absolutè dolus dicatur. *l. 1. §. 1. ff. si mensor fals. mod. dix. d. l. quod Nerva. 32. ff. deposit. l. si fidejussor. 29. in princ. ff. mandat. l. impuberibus. 7. §. si fraus. 1. ff. de suspect. tutor. d. l. cùm res. 47. §. culpa. 5. ff. de legat. 2. l. si fortuitò. 11. ff. de incend. ruin. naufrag. l. mulier 22. §. sed enim. 3. ff. ad SC. Trebell. l. quæsitum. 8. §. eum quoq; 3. ff. de precario. l. 1. §. 2. vers. culpa. ff. si is, qui testam. liber esse jussus erit, &c. d. l. magna. 226. ff. de verb. signif. l. si, cui. 5. §. dolum.*
82 *15. ff. ut in possess. legator. &c.* Enimverò propriè loquendo lata culpa longè à dolo differt. Nam dolus est fraus certa: culpa lata prope fraudem accedit, vel quasi fraus est, sive fraus intellecta & præsumpta. *c. 2. in princ. ext. de deposito, Coras. d. lib. 4. miscell. jur. civ. cap. 1. n. 13. latè Bargalius prædlegato tract. de dolo. lib. 5. cap. 2. n. 20. & seqq.*

83 Levis culpa est prætermissio mediocris diligentiæ. *D. Bocer. d. Commentar. ad l. contractus. 23. cap. 3. num. 18. ff. de reg. jur. ed 2.* Vel, levis culpa est, cùm quis in eo peccat, quod diligens paterfamilias, secundum communem hominum naturam, præcavere & evitare potuisset. Ei enim opponitur diligentia, qualem bonus paterfamilias suis adhibere rebus solet. *l. heredes. 25. §. non tantùm. ff. famil. ercisc. d. l. mulier. 22. §. sed enim. ff. ad SC. Trebell. leg. quod sæpe. 35. §. si res vendita ff. de contrah. empt.* Ut, si quis annulum commodatum, aut aliam rem preciosam, & quæ facilè intercipi poterat, non condiderit in areâ, sed in mediâ domo cuivis expositam dimiserit *Duaren. in d. l. si mora. 9. ff. soluto matrimon.* Et hanc culpam in dubio Legislatores intelligunt, quando sine adjectione *culpam* simpliciter exprimunt. *arg. §. præterea. 3. infr. tit. proximo. l. socius socio. 72. ff. pro socio. l. si mora. 9. ibiq; Iason. num. 8. & l. si filiusfamilias. 25. §. 1. ff. solut. matrim.* Quod ita tamen exaudiendum: si materia subjecta aliud non suadeat: ut, *post Bartolum in l. in venditionem. 8. §. si quis fructus. numer. 6. ff. de reb. auctorit. jud. possidend. Baldum in l. quæ fortuitis. 6. vers. sed dubitatur. C. de pignorat. act. Zasium responsor. lib. 1. consil. 20 num 17. Alciatum in d. l. magna 226. num 5. ff. de verb. signif* Decium, Cagnolum *& alios in d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur.* pluribus ostendit Bargalius *d. tract. de dol. lib. 5. cap. 3. num. 18. & sequentib.*

84 Levissima culpa est prætermissio summæ diligentiæ, *tradente D. Bocera d. Commentar. ad l. contractus. 23. cap. 3. num. 22 ff. de reg. jur.* Vel, levissima culpa dicitur: cùm quis mediocrem diligentiam in re custodienda adhibet: sed culpam tamem admittit, in quam vir diligentissimus & sagacissimus non incidisset. *l. in rebus. 18. in princ. ff. commodati. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff de obligat. & actionib.* Exempli gratia: si quis gemmam sibi comodatam incluserit in arcà, & ei fur arte aliqua illam abstulerit & surripuerit. Hic sanè casus cùm ab homine diligentissimo prævideri potuerit, casibus fortuitis non annumeratur; licèt quàm proximè ad eos accedat, *l. cùm duob. 52 §. damna. 3. ff. pro socio l. nautæ. 5. §. 1. ff. nautæ. caupon. stabularii, &c.* Excipitur furtum domesticum: idque 85
non sine magna ratione: quia solet numerari inter casus fortuitos: cùm furtum domesticum hominis etiam sagacissimi & prudentissimi, consilio prævideri non possit, *arg. l. eum, qui. 14. §. idem scribit. 6. ff. de furt. Schneidevvin ad princ. infr. tit. prox. num. 34. Duaren. ad prædictum tit. C. de commodato. cap. 8. Farinacius part. 7. praxis criminal. tit. 17. de furt. quæst. 169. num. 21. ubi plures citat.* Et ea de re vide diversimodè sentientes *Wesenbecium part. 1. consil. 36. num. 28. & 29. Andream Cludium in tract. de condict. furtiv. cap. 2. ad fin. Iasonem in §. sed ista. nu. 46. infr. de actionibus. & l. 1. C. deposit. Rimimaldum consil. 164. & seq. num. 206 Romanum. consil. 413. nu. 11. & Bossium in pract. criminal. tit de remiss. merced. num. 75. hosque referentem Stuckium. part. 1. Exercit. Iustin. decad. 9. assert. 4. lit. K. pag. 358.*

Est igitur casus fortuitus nihil aliud, quàm inopi- 86
natus eventus, quem nullum consilium humanum prævidere potest. *l. 2. §. si eo tempore 7. ff. de administrat. rer ad civitat. pertinent. d. l. quæ fortuitis. 6. Cod. de pignorat. act.* aut, cui præviso etiam humana diligentia & cura resistere nequit. *l. ex conducto. 15. §. 2. ff. locati. l. in reb. 18. ff. commodati. d. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. obligat. & action. l. in judicio. 28. Cod. de locato. Donell. libr. 16. Commentar. de jur. civil. cap 6. pag. 617. num. 30. P. Gregor. lib. 2. syntagm. cap. 12. nu. 1. Sebastian. Medic. De fortuit. cas. part. 1. quæst. 12. Menoch. de recuper poss. remed. 12. num. 23. Delrio ad l. contractus. 23. ff. de regul. jur. cap. 1. sub finem. & ibidem D. Bocerus cap. 3. num. 30. cum seq. Breitschvverdt. d. tr. de casib. fortuit. c. 2. sect. 2. Ricciard. in d. §. item is, cui, 2. infr. quib. mod. re contrahit. oblig. num 24. & seqq. ubi multa fortuitorum casuum exempla recenset.* De
incendio, nunquid casibus fortuitis, an culpæ, sit ac- 87
censendum, controvertitur? Et illud inter casus fortuitos numerandum, apertè evincit *d. l. contract. 23. in fin. ff. de reg. jur d. l. si, ut certo. 5. §. quod verò. 4. & d. l. in rebus. 18 ff. commodati. cum similibus. 1. & §. 88.*
Quibus non repugnat. *l. 3. §. ut curam. 4 ff. de offic. præfect. vigil.* ubi dicitur, incendia oriri negligentia seu 88
culpa inhabitantium. Nam dum Paulus JC. in ea lege incendium culpa inquilinorum accidere posse affirmat, eo ipso præsupponit, incendium aliquando etiam citra inhabitantium culpam fieri. Proinde rectè statuitur; incendium non simpliciter culpæ adscribendum; sed interdum casum fortuitum esse, nimirum à fulmine, vel a pravis hominibus & incendiariis excitatũ. *Delrio ad d. l. 23 ff. de regul. jur. c. 26.*
Similiter non obstat *l. si vendita. 11. ff. de peric. & com-* 89
mod. res vend. cujus in principio expresse asseritur, incendium sine culpa in habitantium fieri non posse. *Etenim* in quæstione loco rationis dubitandi adducta hoc quidem dicitur: in responsione verò longè aliud deciditur. In ea siquidem Jurisconsultus dubitandi rationem removendo clarè disponit:

incendium etiam sine patrisfamilias culpâ, adeoque casu quodam exoriri posse. Verùm hac de re consulantur *Cujacius lib. 17. observat. cap. 20. in fine. Pacius centur. 1. ἐναντιοφανῶν. quæst. 45. Virgil. Pingiz. cap. 2. illustr. quæst. Sax. 23. num. 7. & seqq. Hotoman. lib. 5. observ. 10. Modestin. Pistorius part. 1. quæst. 25. Sebast. Medic. de fortuit. cas. part. 2. quæst. 7. Ioan. Lublerus in tract. d. incend. hosque referens Helligerus in Donell. enucleat lib. 16. cap. 6. ad lit. K. item Nicolaus Suderius lib. 2. Disputat. juris civil. sub tit. de incendio aedium. pag. 141. cum seqq. Gail. lib. 2. observat. 22. Mynsinger. cent. 6. observat. 88. Paul. Berens Disput. 9 them. 2. quæst. 5. Vincentius Carocius in tract. locati & conduct. part. 2. tit. de incendio. &c. pag. 166. cum seqq. & Hackelman. illustrium quæstion. Disputat. 9. thes. 3. sub lit. A.* Cæterùm an & quatenus dominus seu paterfamilias ex incendio, culpâ suæ familiæ sive domesticorum causato, teneatur, explicatiùs exequuntur *Andreas Rauchbar. quæst. jur. 30. part. 2. Farinac. in prax. crimin. part. 3. quæst. 110. Berlichius part. 4. conclusionum practicabil. concl. 25. Breitschwverdt. d. tract. de casib. fortuit. cap. 5. sect. 11. D. Collega Besold. in delibat. jur. ex lib. 1. Pandect. num. 48. pag. 154. cum seqq. item ex lib. 9. Pand. n. 5. pag. 573. & seq. aliiq; plures, per eos citati.*

90 Quibus omnibus ita distinctis ac explicatis, quæri potest non inconvenienter: quid in quolibet contractu veniat præstandum? Et pro regulâ breviter observandum est: quòd contractus alii unius tantùm causa, sive ad unius utilitatem fiant; ut commodatum, ut depositum: alii utriusque gratiâ celebrentur; ut emptio, locatio, pignus, societas, &c. Ubi utriusque contrahentis utilitas vertitur: ibi dolus, lata & levis culpa præstatur. Ubi verò alterius tantùm vertitur utilitas; siquidem accipientis, ut in commodato; dolus, lata, levis & levissima; sin dantis, dolus & lata duntaxat culpa, ut in deposito, præstatur. Nulli autem istorum contractuum sui naturâ casum fortuitum admittunt. *d. l si, ut certo §. §. nunc videndum. 2. ff commodati. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ibid. D. Bocerus cap 3. Breitschwverdt. d. tract. de casib. fortuit. cap. 1. sect. 4. Lopez. d lib singul. animadvers. jur. civ. cap. 17. num. 7. Timaeus Faber. d. disput. 22. th. 12. sub lit. b. Bonacina d. tract. de contractib. disp. 3. quæst. 1. punct. 6 num. 5. cum seqq pag. 367. & seq.* Et nos (volente Domino) in titulis sequentibus de singulis contractibus exponemus accuratiùs. Num porrò in contractibus, vel quasi, sit præstanda culpa levissima, fusissimè explicat Erasm. Ungepaur *exercit. Iustin. 12. quæst. 7. pag. 461. & aliquot sequentib.* De prædictis videatur etiam Everhardus Bronchorst. *centur. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 34. pagin. 255. & seq. edit. 2.* nec non Justus Mejer. *in d. Commentat. de culpa in contractib. præstanda. th. 18. cum multis seqq.* ubi Donelli, levissimam culpam planè rejicientis, singula argumenta solidè refutat.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

TIT. XV.

Principium Tituli.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurâ constant: veluti vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ, ære, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur: inde etiam mutuum appellatum est; quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat: & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur condictio.

SUMMARIA.

1 *Connexio hujus tituli cum præcedente.*
2 *Contractus re contrahi quare dicantur.*
3 *In contractuum qui re fiunt, societatem admittitur quoque permutatio, & contractus innominati.*
4 *Cur tantùm quinque contractus reales hic exponantur.*
5 *Mutuum unde appelletur.*
6 *Cujacii derivatio mutui exploditur.*
7 *Mutui definitio, hujusque diligens explicatio.*
8 *Mutuum verus ac proprius contractus.*
9 *Quando contractus dicatur propriè celebratus, quando item impropriè.*
10 *Cur mutuum sit contractus re initus.*
11 *Cur iidem nominatus, & juris gentium.*
12 *Mutuans debet esse rei mutuandæ dominus.*
13 *Quantitatis nomine quid significetur.*
14 *Mutuum quomodo differat à commodato, deposito & pignore.*
15 *Dare, est dominium transferre.*
16 *Alia differentia inter mutuum & inter commodatum atque depositum.*
17 *Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet.*
18 *Tres mutui species, juxta Doctores.*
19 *Mutuum naturale tantùm, civile tantùm, & mixtum.*
20 *Ista divisio rejicitur, & unicum duntaxat mutuum statuitur.*
21 *Mutuum, secundùm quosdam, aliud proprium, aliud improprium.*
22 *Hæc quoque divisio reprehenditur.*
23 *Mutuum contrahere qui possint.*

104 *Quid*

181 *An pro vino vel frumento mutuato, debitor æstimationem invito creditori solvere possit.*
183 *Aliud merx, aliud precium.*
184 *Aliud pro alio, creditori invito solvi nequit. & num. 200.*
185 *Enodatur l. vinum 22. ff. de reb. credit.*
186 *Perpenditur l. si quis stipulatus. 57. in pr. ff. de solutionibus.*
187 *Examinatur l. si ita fidejussorem. 42. ff. de fidejussoribus.*
188 *Nihil refert, quid ex æquipollentibus fiat.*
189 *Quando æstimatio vice rei fungatur.*
190 *Utrùm nummis aureis generaliter mutuo datis, debitor alterius generis nummos solvendo liberetur.*
191 *Pecuniæ bonitas ac substantia in quo consistat.*
192 *Quæ stipulatio non valeat.*
193 *Summ. l. Titia. 35. in prin. ff. de aur. & argent. legat.*
194 *Summa l. unic. C. de collatione æris, &c.*
195 *Nummi rebus incorporalibus accensentur.*
196 *Ex quâ materiâ nummi cudi soleant.*
197 *Summa l. creditorem. 99 ff. de solutionibus.*
198 *In quo creditoris versetur incommodum.*
199 *Ferdinandi Imp. constitutio.*
200 *Mutuum eâdem bonitate, quâ datum est, reddi debet.*
201 *In nummis non materia externa, sed valor spectatur.*
202 *Instantia diluitur.*
203 *D. Boceri dissentientis fundamenta destruuntur.*
204 *Consideratio d. l. creditorem. 99. ff. de solutionibus.*
205 *Sensus & consideratio l. quæ extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verb. obligat.*
206 *Debitor non plus juris habet adversus creditorem privilegiatum, quàm non privilegiatum.*
207 *Mutatione monetæ factâ, cujus temporis æstimatio vel quantitas in mutuo reddendo sit spectanda.*
208 *Monetæ mutatio duplex: intrinseca, & extrinseca.*
209 *Quid juris, si intrinseca monetæ bonitas mutata fuerit.*
210 *Quid. si extrinseca monetæ bonitas sit mutata.*
211 *In mutuo quid actum intelligatur.*
212 *In contractibus quæ æstimatio sit inspicienda.*
213 *Omnis obligatio, ex datione pecuniæ descendens, certa.*
214 *Natura mutui qua.*
215 *Nemini officium suum debet esse damnosum.*
216 *Causa finalis mutui.*
217. *In contractibus ad verisimilem contrahentium mentem recurrendum.*
218 *De verbis non curandum, cùm de mente constat.*
219 *Verba se habent, ut corpus: mens verò, ut spiritus.*
220 *In dubio Cameralibus præjudiciis inhærendum.*
221 *Mens & sententia l. cùm certum. 9. ff. de aur. & arg. legat.*
222 *Aliud res, aliud ejus æstimatio.*
223 *Sensus l. creditorem. 99. ff. de solutionibus.*
224 *Casus fortuiti an & quando à debitore præstentur.*

225 *Cur à mutui actione casus fortuitus debitorem liberare nequeat.*
226 *Genus perire non potest.*
227 *Res domino suo perit.*
228 *Facti species primi consilii Facultatis juridicæ Tubingensis.*
229 *In reluitione redituum num tempus contractûs, an solutionis, inspiciendum.*
230 *Pacto contrahentium in qualitate solutionis standum.*
231 *Vera valvatio sive æstimatio monetæ, tractum temporis successivum requirit.*
232 *Moneta quomodo calculanda ac æstimanda.*
233 *In monetâ perpetua spectari æstimatio debet.*
234 *Non ex momentis temporum pretia constituuntur.*
235 *Cur vilis moneta diu in eodem statu durare nequeat.*
236 *Contrahentium verba in proprio & juridico sensu accipienda.*
237 *Facti species secundi consilii, à Collegio Iuridico Tubingensi super re nummariâ confecti.*
238 *Quæstiones sex ad consultandum propositæ.*
239 *Rationes dubitandi referuntur.*
240 *Instrumentum facit probationem probatam, diciturque veritas apparens.*
241 *Quatenus contra tenorem instrumenti probatio admittatur.*
242 *Declaratio vel æstimatio pecuniæ, in instrumento expressa, attenditur.*
243 *Principes & publica persona ad fidem servandam comprimis adstringuntur.*
244 *Moneta secundùm temporum & regionum morem æstimanda.*
245 *Monetæ mutatio quando non attendatur.*
246 *Tempus minuit monetam; priorque melior censetur posteriore.*
247 *Bonæ leges, ex malis moribus natæ, rarò durationem habent.*
248 *Ex incerto eventu dependens læsio, considerari non debet.*
249 *Incertitudo facit licitum, quod aliâs est illicitum.*
250 *Volenti non fit injuria.*
251 *Recensentur rationes decidendi.*
252 *Mutatione monetæ factâ; solutio facienda secundùm bonitatem, quam habuit tempore contractûs.*
253 *Licèt solutio secundùm conventionem, fieri possit de monetâ currente tempore solutionis: valor tamen libræ, qui erat tempore contractûs, attendi; & secundùm illum solutio fieri debet.*
254 *Ubi moneta facta est deterior in bonitate intrinsecâ, vel in pondere: solutio fieri debet de monetâ antiquâ, vel de novâ ad valorem antiquæ.*
255 *Stante Statuto, quòd solutio de certâ monetâ fieri possit: ea ad æstimationem antiquæ reduci debet.*
256 *Si obligatio consistit in libris vel florenis: solvi debent*

bent libra vel floreni in eâ bonitate, qua fuit tempore contractûs.

257 *Contrariorum eadem ratio & disciplina.*

258 *Natura correlativorum est; ut dispositum in uno, censeatur quoq; dispositum in alio.*

259 *Nemo cogitur accipere monetam erosam & novam, vel occasione hujus nova thaleros, & nimiùm auctos.*

260 *Debitor, utpote reus, creditore est favorabilior.*

261 *Consideratio c. cum canonicu. 26. ext. de censib.*

262 *Debitor restituendo eam quantitatem & qualitatem, quam accepit, promissioni suæ satisfacit.*

263 *Debitor in contractu mutui, utpote stricti juris, in plus obligari nequit.*

264 *Sententia & consideratio l. si tibi decem. 17. in princip. ff. de pact. & l. si rogasti. 11. §. 1. ff. de reb. credit. &c.*

265 *Quatenus usura non censeatur, mutuò dare cum onere &c.*

266 *Verus annuus reditus quis appellitetur, & intelligatur.*

267 *Remedio l. 2. C. de rescind. vendit. quando sit locus.*

268 *Valoris extrinseci auctio omnibus certum infert damnum.*

269 *Crescente nummorum valore, crescunt pretia rerum.*

270 *Intra quod tempus & quatenus exceptio non numeratæ pecuniæ opponenda.*

271 *Consideratio l. quasi 7. C. de non num. pecuniâ.*

272 *Condictio sine causa quando locum habeat.*

273 *Exceptio non numeratæ pecuniæ procedit, etiamsi confessio mutui recepti facta sit in judicio: itemq; licèt stipulatio intervenerit.*

274 *Responsiones ad dubitandi rationes.*

275 *Contractus usurarius & simulatus ipso jure nullus.*

276 *Contractus, sapiens usurariam pravitatem, juramento confirmari nequit.*

277 *Usurarius contemnit* Deum, *naturam, scripturas & jura.*

278 *Contractus usurarius sententiâ roborari non potest: nec sententia istbac in rem judicatam transit.*

279 *Pactum, contra justitiam contractûs factum, non valet.*

280 *Pacta illicita reddunt contractum usurarium & suspectum.*

281 *Principes, & similes personæ publicæ, faciliùs decipiantur, propter negociorum multitudinem, & varias suggestiones.*

282 *Donationes immodicæ, à Principe factæ, revocari possunt.*

283 *Princeps contra contractum, quo læsus est, restituitur, sicut minor.*

284 *Traditio Doctorum, existimantium; non tempus contractûs, sed solutionis, inspiciendum, de quo casu accipi debeat.*

285 *Vox* (Gülden) *non pro certo aliquo nummo; sed potiùs pro mensurâ nummorum accipitur.*

286 *In mutuo quid spectandum veniat.*

287 *Intellectus & interpretatio absurda admitti non debet.*

288 *Moneta definitur ea, quæ perpetuam æstimationem habet.*

289 *Quatenus tempus futurum in læsione consideretur.*

290 *Favorabilior est causa illius, qui certat de damno vitando.*

291 *Quocunq; tempore mutuum celebratum est; id tantùm, quod datum, in eadem quantitate, qualitate & bonitate restitui debet: licèt expressè convenerit, ut plus in obligatione esset.*

292 *Resolutio secundæ quæstionis propositæ.*

293 *Protestatio ritè & solenniter facta, debitorem securum reddit.*

294 *Resolutio quæstionis tertiæ.*

295 *An & quatenus debitor ab obligatione sit liberatus, quando antiqua moneta in totum reprobata est.*

296 *Resolutio quæstionis quartæ.*

297 *Usura & annuus reditus nihil sunt aliud, quàm accessio ad sortem.*

298 *Accessorium sequitur naturam sui principalis, etiamsi eo illud sit dignius.*

299 *A primordio tituli posterior formatur eventus: item, qualia principia, talia principiata.*

300 *Resolutio quæstionis quintæ.*

301 *Resolutio quæstionis sextæ & ultimæ.*

302 *Quatenus mora creditoris in non accipiendo pecuniam, ipsi non noceat.*

303 *Casus seu facti species tertii Consilii Facultatis Juridicæ Tubingensis.*

304 *Quæstiones duæ, ad consultandum propositæ.*

305 *Rationes dubitandi recensentur.*

306 *Solutione ejus, quod debetur, omnis tollitur obligatio.*

307 *Debitum quando præsumatur solutum.*

308 *Quietatio debitori data, inducit veram solutionis probationem.*

309 *Quod semel placuit, ampliùs displicere nequit.*

310 *Qui monetæ valor inspici debeat.*

311 *Quatenus solutio sit naturalis modus tollendæ obligationis.*

312 *Aliud est, solvere; aliud, solutum confiteri.*

313 *Resolutio quæstionis primæ, in hoc consilio tertio propositæ.*

314 *Peccatum nô remittitur, nisi ablatum restituatur.*

315 *Ad justitiam commutativam observandam omnes sunt obligati.*

316 *Quæ forma sit, & proprietas mutui.*

317 *Pecunia debet perpetuam habere æstimationem.*

318 *Tolerantia ex prohibitis non facit licita: nec ad contractus præteritos (porrigi debet.*

319 *Multa per patientiam tolerantur, quæ in judicium deducta non debent tolerari.*

320 *Crescente nummorum valore, rerû precia crescunt.*

321 Ne-

383 *Constitutiones Imperii, de usurariis contractibus promulgata, omnibus Iudicibus strictò injungunt; ne super istiusmodi contractibus sententiam ferant, executionemvè faciant.*

384 *Refertur nova Dn. D. Martini Rümelini circa solutionem faciendam opinio.*

385 *Iure communi barbarica monetarum mutatio incognita, imò reprobata.*

386 *Iure deficiente, id sequendum, quod æquitas suggerit.*

1 CONTINUATUR hic Titulus ad proximè
præcedentem ratione sumta *ex §. ultim. tituli e*
jusdem. Quia enim Justin. Imp. ibi obligationes,
quæ ex contractu oriuntur, aut re, aut verbis, aut li-
teris, aut consensu contrahi dixerat: ideò jam ad
singularem specierum enumeratarum interpretatio-
nem descendens, priùs eorum contractuum, qui *re*
fiunt, quinque species, mutuum scilicet, indebitum,
commodatum, depositum, & pignus ordine expli-
2 cat. Cur autem hi contractus, quorum hoc titulo fit
mentio, re potiùs, quàm consensu, contrahi dican-
tur, hæc omnium verissima ratio redditur: quia isti
contractus ipsâ rei traditione seu ipso facto fiunt &
substantiam capiunt. *l. obligamur. 52. §. 1. ff. de obligat.*
& actionib. l. si tibi decem. 17. in princ. ibi, re enim non
potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. ff de
pactis. l. contrà. 6. ibi. quia expleta est numeratione sub-
stantia obligationis. ff. ad SC. Macedon. Id siquidem
dicitur in jure re fieri, quod aliàs facto, actu vel ipso
opere fieri dicitur. Hinc quod re fit, ei, quod fit ver-
bis, opponitur. *l. peculii. 4. §. 1. ibi, re enim, non ver-*
bis peculium augendum est. ff. de pecul. ut solutio fit aut
re, id est, facto, numeratione videlicet pecuniæ;
aut verbis, hoc est, acceptilatione. *l. sub conditione.*
16. & l. penult. ff. de solutionibus. Sic societas inter-
dum re fit, interdum verbis. *l. societatem. 4. ff. pro so*
cio. ut & collatio. *l. 1. §. quamvis. 11. ff. de collat. bo-*
nor. Sic quoque domicilium re & facto transferri
dicitur, non nuda contestatione. *l. domicilium. 20. ff.*
ad municipalem. Sic & injuriam vel re fieri, vel ver-
bis constat. *l. 1. §. 1. ff. de injuriis.* Ita & hoc loco con-
tractus, qui fiunt re, illis, qui fiunt vel verbis tan-
tùm, vel nudo consensu, opponuntur. Hi namque
contractus non ex nudâ conventione sive nudo con-
sensu, sed ex ipso facto, id est, numeratione & tradi-
tione rei perficiuntur & fiunt. Et hoc est, quod ait
hic initiò Justinianus, *veluti mutui datione, &c.*
Proinde si inter nos convenit, ut mutuò tibi dem
decem aureos: per hanc nudam conventionem mu-
tuum haud contractum intelligitur: cùm numera-
tio, sicque factum nondum intervenerit. *l. 2. §. cre-*
ditum. 3. vers. item mutuum. & l qui pecuniam. 30 ff.
de reb. credit. si cert. pet l. potior. 11. in pr. & § si colo-
nus. 2. ff. qui potior. in pignor. vel hypoth. habeant. l.
quia quod vulgò. 4. ff. ad Senatuscons. Macedon. Gi
phan. Schneidevvin. Bellonus & Vultejus hic num. 4.
3 *& 6.* Cæterùm in horum contractuum, qui re fiunt,
societatem meritò quoque admittitur permutatio.
Hæc enim ex re traditâ initium obligationi præbet,
ut loquitur Paulus *in l. 1. §. item emptio. 2. ff. de rer.*
permutat. Sed & contractus incerti sive nominati;
do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut fa-
cias; re, id est, facto vel datione interveniente fieri
dicuntur. *l. juris gentium. 7. §. 2. ff. de pact. l. natu-*
ralis. 5. §. 1. & seqq. ff. de præscript. verbis. l. ultim. ff.
de condict. causa data, &c. Donell. *lib. 12. Commentar.*
de jur. civil. cap. 12. pag. 44. & seq. D. Collega Bocer.
part. 1. class. 2. disput. 7. thes. 3. & disp. 13. th. 1. lit. A.
edit. 2. Cur verò tantùm quinque hic exponantur,
ratio hæc est: quia in Institutionibus solummodo
tractatur de contractibus certis sive nominatis, ut
est mutuum, commodatum, emptio, &c. de innomi-
natis (quorum in numero & permutatio est. *d. l. 1. §.* 4
item emptio. ff. de rer. permutat. d. l. naturalis. 5. §. 1. ff.
de præscriptis verbis, &c. Vaud lib. 1. quæst. 25.) non a-
gitur, *docente hic Giphanio*: qui subjicit, re fieri non
tantùm hos contractus; sed etiam delicta omnia,
per principium tit. infr. de obligationib. quæ ex delicto
nascuntur. l. ex maleficio. 4. ff. de obligat. & actionib.
Quin & quasi contractus ex re sive ex ipso facto na-
sci videntur, ut ex communione, ex negociorum
gestione vel administratione. *tot. tit. infr. de obligat.*
quæ q. ex contract. nasc. & notat Rittershusius hic circa
finem. pag. 405.
Porrò mutuum (de quo, utpote contractu cele- 5
berrimo, usuque frequentissimo, priore differit lo-
co Justinianus) non ex eo solo appellatum est, quòd
de meo tuum fiat, ut innuere videtur Paulus *in l. 2.*
§. appellata. 2. ff. de reb. credit. si cert. pet. & Impera-
tor hic *in vers. & quoniam. &c.* alioqui legati, dona-
tionis, venditionis, permutationisve causa tradi-
tum, esset mutuum; cùm in iis, & similibus ne-
gociis id, quod meum est, etiam tuum fiat, *argum.*
§. 1. supr. de legat. l. 1. ff. de donationib. d. l. 1. ff. de rer.
permutat. l 1. & tot. tit. ff. de contrah. empt. sed quòd
vice versâ hoc quoque agatur, ut tuum illud, quod
accepisti, rursus meum fiat, in re scilicet ejusdem
generis. Inest enim in hoc mutui verbo reciproca-
tio mei, & tui: id est, hæc vis, ut meum fiat tuum,
& vicissim tuum meum. Idque tum Latini sermo-
nis proprietas; tum usus loquendi veterum pro-
bat. Nam quæ sunt reciproca, mutua vocamus:
ut cùm dicimus mutuum amorem. *l. 1. ff. de donat.*
inter vir. & uxor. mutuam pensationem. *l. viro. 39.*
ff. solut. matrimon. mutuas operas, *apud Terent. in*
Phorm. act. 1. scen. 5. mutuum animum, *apud M. Tul-*
lium. lib. 5. Epistolar. ad familiares. epist. 2. ubi hæc
leguntur verba: *Quòd autem ita scribis, pro mutuo*
inter nos animo: quid tu existimes esse in amicitiâ mu-
tuum, nescio. Equidem hoc arbitror, cùm par voluntas
accipitur, & redditur. Atque de isthac mutui Ety-
mologiâ fusiùs dissertant *Donellus in Commentar. ad*
d. l. 2. §. appellata ff. de reb. credit. & lib. 14. Comment.
de jur. civil. cap. 1. pag. 217. numer. 40. Borcholt. in
Comment. tit. ff. de reb. cred. cap. 1. Forster. junior. lib. 3.
disp. 16.

disputat.16.thes.10. Ioan. Kitzelius ad d. tit. ff. de reb. credit. sive in exegesi, de obligat. mutui. cap.1.numer.3. & seqq. Wegner. disputat. 10. ad Institut. th. 4. lit. c. Stuckius part. 1. Exercit. Instit. decad. 10. assert. 1. lit. b. Foman. disputat.20.th.1. ad lit. b. Timaeus Faber disput. 22. ad Institut. Imperial. th. 8. Iustus Schützdisput. 13. th. 6. lit. b. pag. 199. Bachovius & Hoigius hic numer. 1. & Mynsinger. numer. 2. item Cujacius lib. 11. observation. cap. 37. & in Commentar. in lib. 28.

6 *Pauli ad edict. pag.* 28. ubi praedictam Jurisconsultorum nostrorum mutui originationem, ceu Stoicorum imitatione confictam, scitam & concinnam magis esse, quàm veram autumat: proindeque ipse mutuum à mutatione potiùs nomen habere, censet: quòd mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur, quòdque consistat in his rebus, quae facilè mutationem & promiscuum usum recipiunt. Et hanc derivationem Cujacianam probat Rittershusius *hic in vers. mutui autem datio. pag.* 406. Verùm si haec nominis origo sive notatio esset vera: inde consequeretur, quòd eâdem ratione & permutatio mutuum esset, *ut rectè animadvertit D. Bocer. d. class. 2. disputat. 7. th. 7. ad lit. A. edit.* 2. Deinde Cujacio breviter respondetur: de meo tuum fieri, esse proprium mutui: at mutationem rei non facere mutuum propriè, *sicuti tradidit hic Theodorus Marcilius. pag.* 464. *& D. Besoldus in tractat. de mutuo. cap.1.num.3. Tametsi aliter sentiat Hunnius lib.3.var.resol.jur.civ. tract.3. part.1. quaest.1.pag.*856.

7 Definitionem nominis sequitur definitio rei, quae talis ex principio hoc nostro extrui potest: Mutuum, est contractus, re initus, nominatus, jurisque gentium: quo res nostra, quae in quantitate consistit, datur alicui eâ lege, ut eadem ipsa res, non in specie, seu individuo, sed in genere aliquando nobis reddatur. Hancque definitionem haud invitus amplectitur D. Collega Besold. *d. tract. de mut. cap.* 14. Et ab eâ non multum abludit Althusius *lib. 1. Diceolog. cap. 68. numer.* 18 *pag.* 238. In isthac definitione generis vice funguntur haec verba: *contractus, re initus, nominatus, jurisq; gentium.* Et

8 mutuum (quamvis ex eo ultrò citròque obligatio non nascatur) esse verum ac proprium contractum, clarescit *ex §. fin. supr. t. prox. junctè hoc principio.* ubi Imperator mutuum, tanquam speciem, contractibus veris ac propriis, qui re contrahuntur, subjicit. Neque enim improprietas ulla resultat, si contractus ultrò citròque obligationis συνάλλαγμα non habeat Proprietas siquidem vel improprietas contractuum non est sumenda sive aestimanda ex modo obligandi, sed ex modo contractum ineundi: ita ut propriè contractus dicatur esse celebratus, quoties negocium aliquod geritur inter partes consentientes: impropriè, quando negocium inter partes re-

9 verâ gestum non est: lex tamen gestum esse fingit, sicque lex inter partes obligationem ex aequitate inducit, *ut apparet ex l. si quis absentis. 5. ff. de obligat. & action. & tot. t. instr. de obligat. quae quasi ex contract. nasc.* Deinde mutuum vel erit pactum, vel contractus verus, vel quasi contractus. At non est pactum: cùm pactum non producat actionem. *l. juris gentium. 7. §. sed cùm nulla. 4. & §. seq. l. divisionis. 45. ff. de pact. l. legem. 10. l. in bona fidei. 13. l. cùm proponas. 21. C. eod.* Mutuum autem producit actionem; & quidem propriâ vi ac virtute. *t. tit. ff. & C. de reb. condit. si cert. pact. & planiùs explicatur infrà numer. 127. & seqq.* Neque etiam est quasi contractus; *argum. tot. tit. quae de obligat. quae q. ex contr. nasc.* Verus igitur ut sit contractus necesse est. *Vultej. ad princip. tit. sup. de obligationibus. num. 32. Andr. Gerhard. exercitat. Instin. decad. 12. quaest. 5. D. Collega Besold. disput. de contract. mutui. th. 3. de anno 1612. & d. tractat. de mutuo. cap. 2. Kuipschildt exercitat. Acad. 2. quaest. 1. pag. 54. Richter. in tractat. de contractib. disput. 2. th. 2. lit. b.* Idque copiosiùs explicatum est *in §. fin. sup. titul. proximo. num.*17.

Dixi in definitione, mutuum esse contractum, 10
re initum: quia rei ipsius datione, adeoque ipso facto substantiam suam capit: & non nisi re à mutuante traditâ, & à mutuatario acceptâ perficitur, *per hoc principium. ibi, mutuè datione. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & act. l. 2. §. creditum. 3. vers. item mutuum. ff. de reb. credit. &c.* Addidi, mutuum esse contractum 11
nominatum: quoniam speciale nomen, & quidem elegantissimum, jure civili proditum habet, *hic & d. l. 2. cum multis similibus. ff. eodem tit.* Quod pluribus ostendit Johan. Kitzel. *d. exegesi de obligat. mutui. cap. 1. numer. 16. & seqq.* Esse autem hunc contractum *juris gentium*, perquam luculenter constat *ex §. sed jus quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure. supr. de jur. nat. gent. & civ.* ubi Justinianus Imp. inter exempla contractuum juris gentium nominatim mutuum refert. Sed & quae forma mutui dandi apud Romanos recepta est: eâdem etiam quasvis alias gentes uti, exploratum est, *docente Kitzelio in d. exegesi de oblig. mutui. cap. 2. numer. 16.* Adjunxi, 12
res nostra: quandoquidem mutuans debet esse dominus rei mutuandae, aut haberi loco domini, ut servi & filiifamilias: qui licèt nummorum peculiarium domini non sint. *§. 1. & §. item vobis. 3. infr. per quas person. cuique acquirit. l. quidquid. 4. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. hered.* tamen voluntate viceque patris & domini nummos istos mutuos facere intelliguntur. *d. l. 2. §. pen. ff. de reb. cred. l. quod servus. 35. ff de solutionib. & liberat. Mynsinger. hic num. 3.* Apposui,
quae in quantitate consistit. Quantitatis nomine non 13
pecunia tantùm numerata sive nummi significantur, *ut in l. 1. ff. de penu legata. l. si ambo. 10. ff. de compensationibus. l. si non singuli. 5. C. si cert. petatur. l. penult. C. de condict. indebit. & similibus.* sed omnes res pondere, numero, mensurave constantes veluti sunt, vinum, oleum, frumentum, hordeum, triticum, aurum, argentum, & reliquae res fungibiles, in quibus

Y 3 mutuum,

mutuum consistit, *hoc principio. & d. l. 2. 1. ff. de reb. cred. l. 1. §. 2. ff. de oblig. & actionib. Fachin. lib. 1. controv. jur. c.* 48. Et de istis rebus infrà suo loco age-
14 tur explanatius, *num.* 59. *& subseqq.* Inserui, *datur alieni*: ad differentiam commodati, depositi & pignoris: in quibus res ita aliis tradimus, non ut accipientium fiant, & dominium transferatur, sed ad alium finem, *ut infrà in* §5. *seqq. explicabitur.* In mu-
15 tuo verò res ita datur accipienti, ut ejus fiat: alioqui ea uti non posset. Dare quippe est dominium transferre §. *sic itaque discretis.* 14. *infr. de actionib. l. ubi autem non apparet.* 75. §. *ult. ff. de verb. oblig. l. non videntur data.* 167. *ff. de reg. jur.* Annexi quoque, *ut eadem ipsa non in specie seu individuo, sed in genere nobis reddatur.* Tum ut commodatum & depositum excluderetur: in quibus illa ipsa species, quæ tradi-
16 ta est, & non alia ejusdem generis, redditur. Tum ad differentiam contractus innominati, do ut des. Si enim non idem genus, sed aliud, puta pro siligine triticum, pro pecunia frumentum, pro tritico æstimationem reddideris, & ita inter nos conventum fit: non erit mutuum, sed contractus innominatus, do ut des. *l. fin. ff. de praescript. verb.* Et ita omnes fateri, ait Mynsingerus *hic num.* 6. Subjeci denique, *aliquando*: quia spacium aliquod congruum, arbitrio judicis pro personarum rerumque qualitate & varietate statuendum, mutuatario relinquendum est,
17 intra quod re commodè utatur. Adjuvari namque nos, non decipi beneficio oportet. *l. in commodato.* 17. §. *sicut.* 3. *in fin. ff. commodat. Bartol. Alexand. & Iason. in l. si pœnam.* 68. *ff. de verb. obligat. Molin. in tract. de usur. quaest.* 2. *num.* 81. *Menoch. de arbitrar. jud. q. libr.* 2. *cent.* 1. *cas.* 22. *num.* 4. *Heigius hic n.* 16. *Matth. Stephan. cent.* 3. *quaest.* 16. *Fachin. d. lib.* 2. *controvers. jur. c.* 51. *ubi plures allegat.* Eaque de re latius tractabitur *infrà num.* 91.
18 Species mutui Doctores pleriq; tres constituunt: videlicet quod mutuum aliud sit naturale tantum, aliud civile tantum, aliud mixtum, id est, civile & naturale simul, *Accursius in l.* 2. §. *ult. in verb. credimus. ibique Decius, Bartolus, Zasius, & alii ff. de reb. cred. Ioan. Petr. de Ferrariis in sua Practicâ, in formâ libelli in actione hypothecar. tit.* 43. *glos.* 2. *in verb. mutuò, & ex causa mutui. num.* 15. *& seqq.* Mutuum naturale tantum, quod verum est mutuum, omnibusque nationibus usitatum, ex definitione modo ex-
19 plicata intelligitur. Civile tantùm sive merè civile appellitant, in quo natura non cooperatur: veluti, si quis non donandi animo, sed spe futuræ numerationis, det alicui chirographum, in quo se centum florenos mutuo accepisse confitetur, quos tamen non accepit. Ex hac, *inquiunt*, scriptura oritur mutuum civile, cui natura non cooperatur: cùm numeratio non secuta sit: sed tantùm civilis obligatio adsit. Mixtum, *secundùm illorum opinionem*, fit: quando quis per stipulationem promittit alicui dare mutuo centum; & istam stipulationem in continenti sequitur numeratio: hic oritur mutuum civile per stipulationem, quæ est juris civilis, cui natura per numerationem favet & cooperatur. *Vide Mozzium in tract. de mutuo. cap.* 1. *de divis. mut. Molin. in tract. de usur. quaest.* 84 *num.* 654. *Giphan. in Commentar. de divisionibus jur. thes.* 94. *Schneidevvin. hic num.* 21. *& seqq. Mynsinger. numer.* 10. *& seqq. itemque Stuckium part.* 1. *Exercit. Iustin. decad.* 10. *assert.* 2. *lit. L. p.* 373. *nec non novissimè Ioannem Flitnerum hic in notis ad Matthiam Coler. pag.* 15. *& seqq.* Sed divisio 20
isthæc juri nostro consentanea non censetur: quia unicum duntaxat quod illi naturale indigitant, est mutuum: nec uspiam in jure mutui distinctio reperitur. Omne quippe mutuum naturale sive juris gentium esse, patescit *ex praeallegato §. sed jus quidem civile.* 2. *vers. & ex hoc jure. supr. de jur. nat. gent. & civ. l. juris gentium.* 7. §. 1. *ff. de pact.* Et quod isti mere civile nuncupant, non est mutuum, sed potius contractus literarum, *de quo infr. t. de litter. oblig.* Similiter quod civile, cui natura cooperatur & adsistit, vocitant: non mutuum est, sed potius stipulatio, *de quâ in tit. subsequente.* Hinc non immeritò istam divisionem phantasticam & inutilem vocant Molineus, *d. tract. de usur. q.* 84. *numer.* 654. Dn. Collega Bocerus *hic numer.* 30. *pag.* 148. & Dn. Collega Besold. *in tract. de mutuo. cap.* 3. *num.* 5. Eaque de re inspiciatur *Baldus, Albericus, Iason, Fulgosius, Curtius, Alciatus, Bolognetus, & nonnulli alii in d. l.* 2. *ff. de rebus credit. Matth. Stephan. cent.* 3. *quaest.* 22. *Nonius hic num.* 3. *& Heigius nu.* 6. *Schegk. in delibat. jur. Disput.* 15. *thes.* 72 *ad lit. B. & Treutlerus vol.* 1. *Disput.* 10. *thes.* 1. *lit. D. ibique Bachovius.* Sunt prætereà nonnulli Interpretes, qui mutuum 21
duplex faciunt: verum sive proprium, & quasi, sive improprium. Illud contrahi existimatur, cum nummi proprii mutuò dantur ab eo, qui dandi jus habet. Hoc conciliari sive fieri putatur, cum nummi alieni, vel etiam proprii, ab eo tamen, qui dandi jure caret, credendi animo traduntur: & demum post consumptionem mutuo dati intelliguntur. *l. regaști.* 11. §. *ult. l. si à furioso.* 12. *in fin. & l. seq. in princ. & §.* 1. *l. non omnis.* 19 *in fin. ff. de reb. credit. Althus. lib.* 1. *jurn Rom cap.* 26. *& lib.* 1. *Dicaelog c.* 68. *num.* 14. *cum seqq pag.* 239. *Borcholt. in Comment. ad tit. ff. de reb. credit. cap.* 2. *D. Besoldus pradictâ Disput. de contractu mutui. thes.* 5. *& d. tract. de mutuo. cap.* 7. *D. Bocer. hic num.* 32. *& seqq. aliique plures.* Ast & hæc parti- 22
tio vix, ac ne vix quidem sustineri poterit. Nam quod illi quasi seu improprium dicunt mutuum, nusquam toto jure traditur. Id siquidem tantum in præallegatis & similib' legibus habetur, ex consumptione nasci condictionem: nō autem in illis dicitur, nasci sive convalescere mutuum. Jam verò potest esse condictio sine mutuo: ut ex indebito, & variis aliis ex causis condictio quidem nasci solet: ubi tamen mutuum esse, nemo affirmaverit. §. 1. *infr. hoc tit. l. certi condictio.* 9. *ff. de rebus credit. l.* 1. *ff. de condict. sine caus. Giphan. hic in verbo veluti mutui datione. & Rittershus. in vers. mutui autem datio. pag.*

pag. 406. ad finem. Hunn. libr. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 2. pag. 858. vers. ad secundum respondetur. Knipschild. d. exercit. 2. quæst. 3. pag. 55. cum seq. Schegk. d. Disput. 15. thes. 72. sub lit. C. Vel (ut planius res explicetur) dicendum est; jura illa, in quibus exprimitur, condictionem dari, nequaquam exaudienda esse de condictione seu actione, quæ ex mutuo competit; sed de alia, vel certe ista condictione, quæ conceditur, ubi res mea apud te est, sine justa causa. *d. l. 1. ff. de condict. sin. caus.* Et pro hac sententia non male adduci & considerari potest textus *in l. si quis pro eo 56. §. si nummos. 2. vers. in omnem ff. de fidejussoribus*, ubi hæc leguntur verba: *In omnem enim causam acceptus videtur, quæ ex eâ numeratione nasci potest.* Quibus ex verbis perspicuè evincitur: quòd licet mutuum, non constiterit, & ideo non videatur teneri fidejussor, qui in causam mutui acceptus est: quia tamen in omnem causam acceptus videtur: idcirco tenetur consumptis nummis, quamvis alia ex causa condicantur. *Sed vide eâ de re fusius disserentem Petrum Augustin. Morla. part. 1. Emporii jur. tit. 8. in præmissis. num. 19. & seqq.*

23 Mutuum contrahere, hoc est, dare vel accipere mutuò possunt omnes, qui consentire queunt: & rerum, quæ mutuo dantur, dominium liberamque administrationem obtinent. *l. 2. §. penult. ff. de rebus*

24 *credit.* Et hujus quidem ratio non obscura est: quia nemo in alium plus juris transferre potest, quàm ipse habet. *l. traditio. 20. ff. de acquir. rer. domin. l. ne-*

25 *mo plus. 54. ff. de reg. jur.* Illius verò ratio est: quia quemadmodum in quovis contractu, omnium contrahentium consensus est necessarius. *l. 1. §. conventionis 3. in fin. ff. de pact. l. in omnibus rebus 55. ff. de obligat. & act.* ita & in specie ad mutuum contrahendum non sufficit, pecuniam numerare; nisi quoque consensus ejus, qui pecuniam dat, & qui accipit, interveniat. *l. non omnis numeratio. 19. in princ. & l. si & me, & Titium. 32. ff. de reb. credit. &c.* Itaque neque pupilli, *d. l. non omnis 19. §. si pupillus ff. d. tit l. 3. §. in pupillo. ff. ad senatusconf. Maced. §. nunc admonendi. 2. suprà, quibus alien. lic. vel non.* neque furiosi, *l. si à furioso. 12. ff. de reb. credit. & l. si à furioso. 24. ff. de obligat. & act.* neque prodigi mutuum dare possunt. *l. certi condictio. 9. §. fe i & si 7. ff. de rebus credit. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* Cæterum notoriè prodigo ipsa lege bonorum administratione interdicit, explicatius docuimus in *§. furiosi. 3 num. 7. & seqq. supr. de cura-*

26 *toribus.* Sed & fures, aliive rem alicui alienam, citra domini voluntatem, mutuam dando, nihil agunt. *l. rogasti. 11. §. fin. l. nam & si fur. 13. in princ. ff. de reb. credit.* Sanè si pecunia aliena, vel quam pupillus, furiosus aut prodigus mutuam dederit, bona fide ab eo, qui accepit, consumpta sit: ex hac consumptione non quidem mutuum (ut vulgò opinantur, *Duaren. ad tit. C. si cert. petat. cap. 3. D. Vultejus hic num. 9. & D. Bocer. numer. 60. cum seqq. item class. 2. Disput. 7. thes. 13. edit. 2. Treutler. vol. 1. Disput. 20. thes. 6. Borcholt. d. Comment. ad tit. ff. de rebus credit. cap. 2. ibique in Paratitl. Wesenbecius num. 12. Kitzelius in exegesi. de obligat. mutui. cap. 3. num. 26. 30. & seq. Paul. Berens in dissertationibus ad Instit. Disput. 9. thes. 1. quæst. 6.*) sed condictionem nasci, legibus cautum reperitur. *d. l. rogasti. 11. §. fin. d. l. si à furioso. 12. in fin. & l. seq. in princ. & §. t. d. l. non omnis. 19. in fin. ff. de rebus credit. d. l. si quis. 56. § si nummos ff. de fidejussorib. & similibus.*

Verum huic sententiæ noviter contradicit Dominus Collega Bocerus *hic d. numer. 60. & seqq. pag. 152.* Quoniam enim paulo antè dixi, vulgo opinari; Duarenum, Vultejum, D. Bocerum &c. ex consumptione pecuniæ alienæ bona fide facta mutuum nasci: ægrè hoc fert Bocerus, & pro piaculo habet, quòd ipsius pronunciatum, vulgi opinionem dicere non verear. Sed missam fac iram, mi Bocere. Non voco hoc clarissimorum Iurisconsultorum pronunciatum, vulgi opinionem: sed id tantum dico; vulgò, id est, passim & communiter ita opinari Interpretes. Quicquid sit: Bocerus non vult vulgariter sapere Igitur operose demonstrare allaborat; ex prædicta consumptione conciliari mutuum, quod initio non fuit mutuum: sed conatu planè irrito. Nam id solum efficiunt rationes ab ipso allatæ; quòd ex tali consumptione condictio nascatur: quod nemo unquam negavit. At sæpe locum habet códictio, *ut suprà dixi. num 22.* ubi tamen mutuum non est. Quod attinet *ad l. pater filiæ.* 28 *81. ff. de jure dot.* ea irrationabiliter à Bocero ad stabiliendam erroneam sententiam suam adducitur. Quæ enim, quæso, est ratio consequentiæ? Patre alienos nummos in dotem dante, licet tempore dationis dos non sit profectitia: consumptis tamen postea nummis à marito, dos efficitur profectitia. Ergo itidem, si nummi alieni fuerint crediti, licèt ab initio non fuerit mutuum; consumptione tamen datorum nummorum mutuum conciliabitur. Nulla, *inquam*, hic subest ratio consequentiæ. Non etenim ut illud; ita & hoc jure nostro cautum reperitur. At sine lege loqui erubescimus, *vulgatâ Novell. 18. cap. 1.* Et alias quoque ex separatis nulla est illatio. 29 *l. Papinianus. 20. ff. de minoribus. l. ult ff. de calumniatorib.* Non est exigua Boceri calumnia, quando scribit *hic num. 68.* me scribere, quòd per condictionem quæ ex consumptione alienorum nummorum mutuò datorum nascitur, significetur condictio sine causa. Non hoc volo: sed hæc mea mens est, quòd jura illa, quæ dicunt, ex consumptione ista condictionem nasci, non sint necessariò exaudienda de condictione, quæ ex mutuo competit: sed etiam de *alia* condictione intelligi possint. Unde etiam non necessariò sequi contendo: Ex consumptione illa oritur condictio. Ergo per consumptionem illam conciliatur mutuum. Ex quo facile apparet, quàm debilis sit Boceri & sequacium argumentatio.

Præsides porrò provinciarum licèt rerum suarum domini sint, & de iis liberam disponendi 30 facul-

facultatem habeant : mutui tamen contractum celebrare in tantum prohibentur ; ut non solum fœnus exercere, cujusmodi quæstus à magistratus persona alienissimus esse debet : sed etiam ne gratis quidem sine usuris aut fœnore (tametsi quidam dissentiant, *Cennanus lib. 7. Comment jur. civil. cap. 2. num. 1. Anton. Matthæus Disput. Digestor. 9. thes. 14.* D. *Besoldus* [?]. *Disputat. de contractu mutui. thes. 9. & d. tract. de mutuo. cap. 16. num. 2. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 14. pag. 88.*) pecuniam mutuam dare possint, *per textum rotundum in l. principalibus. 33. ff. de reb. credit.* ubi Modestinus ita respondit : *Principalibus constitutionibus cavetur : ne hi, qui provinciam regunt, quive circa eos sunt, negotientur, mutuamve pecuniam dent, fœnusvè exerceant.* Hac lege perspicuè ostenditur : præsides provinciarum, omnesque eos, qui circa illos sunt, putà consiliarios, assessores comites & ministros, quos secum in provinciam præsides adducunt, mutuam pecuniam dare, fœnusvè exercere omninò prohiberi. Disjunctivà enim locutione Jurisconsultus utitur : & per mutuam pecuniam intelligit pecuniam, quæ gratis, absque usuris mutuò datur : per fœnus verò intelligit pecuniam, quæ sub fœnore & usuris creditur. Eodem modo Gordianus Imp. disertè ait : *Eos, qui officia administrant, neque per se, neque per suppositas personas, tempore officii sui in provincia fœnus agitare posse, sæpe rescriptum est. l. eos, qui. 3. C. si cert. petatur.* Et Gordianus de agitando sive exercendo fœnore solummodò ideò loquitur : quòd de fœnore agi-
30 tando quæstio tantùm sibi proposita fuit. Omnes quippe leges Codicis ad certam facti speciem sive quæstionem propositam enatæ sunt; ut inscriptiones legum in Codice arguunt, aliquanto fusius edocuimus *in §. si quis à non domino. 35. num. 96. & seq. supr. de rer. divis. &c.* Quod igitur Gordiani constitutioni deest, *ex d. l. principalibus. 33. ff. de reb. credit.* supplendum est, *arg. l. non est novum. 26. & l. seq. ff. de legibus. c. cum expediat. 29. ext. de elect. in 6.* Ratio autem, cur Præsides provinciarũ, & qui circà eos sunt, mutuam pecuniam dare, fœnusvè exercere nequeant, hæc est : ne forte ob potentiam vel gratiam, qua pollent, à provincialibus aliquid vi extorqueant; aut mutui datione fraudem legi, fœnus prohibenti, faciant : aut quæstus studio à cura provinciæ administrandæ avocentur, *argum. l. milites agrum. 13. ff. de re militari.* Eandem ob causam illis interdictum est, ne prædia in provincia, quamdiu ibi officium administrant, comparent. *l. non licet. 46. & l. qui officii. 62. ff. de contrah. empt.* aut dona vel munera accipiant. *l. solent. 6. §. ult. ff. de offic. proconsul.* aut domum, navemve extruant. *l. aufertur. 46. §. quòd à præside. ff. de jure fisc. l. unic. C. de contractib. judicum, &c.* aut denique uxorem ducant, vel filio uxorem ducenti consentiant *l. si quis officium. 38. l. qui in provincia. 57. & l. præfectus. 63. ff de rit. nuptiar. & uberius expositum in §. sunt & alia. 11. num. 5. & seqq. supr. de nupt.*

32 Huic decisioni non obstat *l. præsides. 34. ff. de rebus credit.* ibi dum Paulus tradit, officialibus præsidum provinciæ licere mutuam pecuniam dare, & fœnus exercere : dicendum videtur, id multò magis ipsis præsidibus permitti debere. Nam ratio diversitatis inter Præsides provinciarum, & officiales sive apparitores eorum, in ipso textu expressa est : *quia*, inquit Jurisconsultus, *officiales perpetui sunt.* Unde valde durum & inhumanum esset, si iis, qui semper in provincia & officio manent, ac singulis quibusque præsidibus ad tempus parent, *l. nullum 59. C. Theodos. de appellationibus* in perpetuum commercio mutui, sine quo vita hominum consistere commodè nequit, interdiceretur. Quod similiter non grave aut iniquum censetur in ipsis præsidibus vel magistratibus Romanis : quia ii non sunt perpetui, sed temporales, & tempore officii finito, è provincia excedunt. *l. præses. 3. ff. de offic. præsid.* Proinde 33
non idem de magistratibus nostri temporis, utpote qui perpetui sunt, dicendum erit : sed potius illi mutuum dare, cæterosque contractus cum suis subditis inire poterunt : dummodo de illorum impressione seu terrore subditis injecto non appareat, *l. penult. C. de his, quæ vi, metusvè caus. gesta sunt. Donell. & Zasius ad d. l. principalibus. 33. numer. 15. ff. de reb. credit. D. Besold. d. tract. de mut. cap. 16. numer. 5. D. Bocer. hic numer. 74. D. Rümelin. in Disputat. ad tit. 1. libr. 12. ff. de reb. credit. th. 11. sub lit. A. Bronchorst. cent. 1. miscell. controvers. assert. 55. in fine. Kitzelius in exegesi de obligat. mutui. cap. 3. num. 39. & seqq. Schickhard. Disput. ad Instit. 12. thes. 3. sub lit. c. & resolut. q. 3.*

Neque refragatur *l. 1. Cod. de his, qui ex public. ra-* 34
tionib. mutuam pecun. acceper. ubi officiales mutuam pecuniam dare haud possunt : & ad quadrupli pœnam tenetur, qui fœnebrem pecuniam ab officialibus sumserit. *Etenim* lex ista non de officialibus præsidum provinciæ ; sed de officialibus publicarum rationum loquitur. *Deinde* eadem lex non prohibet, ne officiales publicarum rationum propriam pecuniam dent mutuam : sed hoc duntaxat vetat, ne credant *δημόσια χρήματα*, i.e. publicam pecuniam ut habetur in synopsi *βασιλικῶν. lib. 9. t. 5. de debito fiscali.* Sic ex ærario aut thesauro Principis mutuam pecuniã sumere nõ fas est, inconsulto Principe : Et qui ex thesauro Principis alicui quid cõmodaverit, aut dederit, capitali sententiæ subjugatur. *l. 2. Cod. de his, qui ex public. rat. mut. pecun. accep. Borcholt. d. Comment. ff. de reb. credit. c. 3. n. 9.* Vide aliter (quo ad perpetuos magistratus) sentientem Hunnium *d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 12. pag. 878. cum seq. & in resolut. ad Treutler. volum. 1. pag. 1147. & seq* nec non Bachovium *in not. & animadversionib. ad Treutler. Disput. 20. th. 4. lit. b pag. 256. volum. 1.*

Quanquam autem præsides sive magistratus pro- 35
vinciales mutuam pecuniam dare, fœnusve exercere vetantur. *d. l. principalib. 33. ff. de reb. credit.* attamen mutuam pecuniam fœnebrem, multoq; magis pecuniam mutuam gratuitam rectè accipiunt.

d. l.

d.l. præsidis. 34. in fine. ff. eod. Hujusque diversi juris ratio in promptu est: quoniam per mutui dationem aliquis sibi obligationem acquirit; cujus prætextu multa ad sese, cum alienâ jacturâ, transferre potest: at per mutui acceptionem quis res suas minuit: alterius verò auget. Adhæc pecuniam plerunque ille mutuò dat, qui eâ carere potest; accipit verò, qui inopiâ laborat, & egestate premitur. Ne ergo subsidium inopiæ præsidibus provinciarum auferatur: iis ad sublevandas suas necessitates mutuam pecuniam, vel gratis, vel sub usuris sumere permissum est.

36 Nec obsistit *l. quuquis. 16. C. si cert. petatur.* ubi judices sive magistratus sub pœnâ exilii mutuum accipere prohibentur: eaque pœna tam illi, qui mutuum accepit, quàm qui dedit, irrogatur. *Præsidibus* namque provinciarum & aliis magistratibus mutuum accipere, vel fœnori pecuniam sumere non licet à litigantibus, seu ab iis, inter quos judicant: ne prætextu mutui judicia corrumpantur, & sententiæ Præsidum venales sint. Ab aliis verò apud se non litigantibus magistratus pecuniam mutuam, vel sub fœnore tutò accipere queunt: siquidem hoc casu corrupti judicii suspicio cessat. Nec huic interpretationi quicquam detrahit generalitas verbi *quuquis* positi *in d. l. 16. C. si cert. pet.* Non enim simpliciter in eâ dicitur, *quuquis pecuniam mutuaverit*: sed adjicitur, *judici*. Nemo intelligitur mutuare judici, nt judici; nisi is, qui judicem sibi habet, id est, qui apud eum litigat. Et ita sentiunt *Connan. d. libr. 7. Commentar. jur. civ. cap. 2. num. 3. Donell. ad d. l. præsidis. 34. ff. de reb. credit. Pacius ad d. l. 3. num. 9. C. si cert. petat & cent. 3. ἐναντιοφανῶν. quæst. 76. Bronchorst. d. cent. 1. miscell. controvers. assert. 55. §. adversatur graviter. &c.* D. *Besold. d. tract. de mutuo. cap. 16. num. 4. Hunn. d. lib. 3. tract. 3. quæst. 15. pag. 882.*

37 Nihil quoque obest *l. scriniarios. 8. Cod. de numerariis, actuariis, &c. lib. 12.* ubi disponitur; scriniarios ac numerarios, qui ministri & officiales erant præfectorum prætorio, mutuam pecuniam sumere non posse. Igitur non insulsè inde concludendum videtur: multò minus præsidibus provinciæ mutuam sumere pecuniam licitum esse. Hæc, *inquam*, lex nihil obest: quandoquidem in eâ non traditur, scriniarios & numerarios mutuam pecuniam non posse accipere: sed hoc saltem cavetur: si in publicas necessitates quid sit impendendum, cogi non debere scriniarios ac numerarios, ut eo nomine pecuniam mutuam sumant, aut etiam se obligent: ne inde, deposito officio, periclitentur; damnumve aliquod sentiant. *Borcholt. d. Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 3. num. 46.*

38 Planè mutui obligationem voluntate etiam dominorum acquiri, non dubium est ullum: cùm nihil intersit, utrùm ipsemet dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius. *l. qua ratione. 9. §. nihil autem. 4. ff. de acquir. rer. dom. & §. nihil autem interest. 4 . . supr. de rer. divis. &c.* Hinc filiifamilias & servi nummos peculiares cùm mutuos dant: id patris & domini voluntate facere reputantur. *d. l. 2. §. penult. ff. de reb. credit. & monitum suprà n. 12.* Ideoque si servus mutuans, unius domini fuerit: uni etiam; si in communis, seu plurium dominorum fuerit: omnibus, pro partibus divisis, obligatio mutui ex numeratione acquisita cedet, *prællegatâ l. nam & si fur. 13. §. fin. ff. de reb. credit.* Quod itidem in procuratore procedit: qui si cum libera constitutus sit, vel mandatum habeat speciale; instar veri domini, mutuum dare potest. *l. procurator, cui. 58. & l. procurator totorum. 63. ff. de procuratorib. Jason in d. l. non omnis. 19. §. si pupillus. num. 3. ff. de reb. credit. huncq; referens Kitzelius in d. exegesi de obligat. mut. cap. 3. numer. 24.* Etsi verò filiusfamilias & servus, si liberam peculii teneant administrationem, mutuum dare queunt. *d. l. 2. §. penult. & l. rogasti. 11. §. si fugitivus. 2. vers. & quidem si servus ff. de reb. credit.* filio tamen 39 familias regulariter nemo mutuam pecuniam utiliter dare, aut cum eodem alium, in fraudem Senatusconsulti Macedoniani, contractum inire poterit. *l. 1. & tot. tit. ff. ad Senatuscons. Macedon.* Quod si tamen filiusfamilias ab aliquo mutuatus pecuniam, suo non mutuæ pecuniæ creditori solverit: patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur. At si bonâ fide fuerint consumpti à creditore nummi; cessare condictionem Marcellus ait. *l. si filiusfamilias. 14. ff. de reb. credit.* Ratio prioris, cur pater pecuniam extantem vindicare possit, hæc est: quia filiusfamilias pecuniam, utpote quæ in patris venerat dominium. *§. igitur liberi. supr. per quas pers. cuiq; acquir.* alienare non potuit *l. nemo plus. 54. ff. de reg. jur.* adeoque pater dominus illius pecuniæ mansit: ac propterea eam extantem vindicare non prohibetur. *l. si quis. 3. §. si filiusfamilias. vers. & ideò vindicationem. ff. ad SC. Macedon. l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicat. l. actionum. 25. ff. de obligat. & actionib.* Ratio posterioris, cur videlicet pater pecuniam bonâ fide consumptam condicere nequeat (præter illam, quæ affertur *in d. l. si filiusfamilias. 14. ff. de reb. credit.* hæc reddi potest: quia pater creditori filii sui de peculio tenetur, hoc scilicet casu nostro, quo ex alia, quàm pecuniæ mutuæ causâ, filiusfamilias illi quippiam debet. *§. u quoq; juncto §. qua diximus de servo. infr. quod cum eo, qui in alien. potest. & tot. tit ff. de pecul.* & filiusfamilias ex omni negocio, excepta mutuæ 40 pecuniæ causâ, efficaciter obligatur. *d. l. 1. §. is autem solus 3. ff. ad SC. Macedon. l. tàm ex contractibus. 57. ff. de judic. l. filiusfamilias. 39 ff. de oblig. & actionibus.* D. *Collega Becer. class. 2. Disput. 7. thes. 16 lit. B. edit. 2. & in hoc princip. n. 82. & seqq. pag. 156.* Verùm istam totam Senatusconsulti Macedoniani materiam plenius prosequuntur *Donellus lib. 12. Comment. de jur. civ. cap. 24. & seqq. ibique in suis notat. Hilliger. Borcholt. d. Comment. ad tit. ff. de reb. credit. c. 3. n. 52. cum seqq. D. Besold. in d. tract. de mutuo. c. 21. & pars. 2. delibator jur. & lib 14. Pand. q. 3. & 4. pag 94. & seq. Illustris Baro Enenkel in tract. de privileg parent. & liber. priviieg.*

privileg.12. cap.1. & seqq. Kitzel. d. exegesi, de obligat. mut. cap.4. num.54. & multis seqq. Et de eâdem nos nonnihil attulimus in §. *illud propriè. 7. infr. tit. quod cum eo, qui alienâ potestate, &c.*

De pupillo paucis dispiciendum, an mutuam pe-
41 cuniam, sine tutore suo, accipiendo obligetur? Et quidem infantiæ proximus pupillus ne quidem naturaliter obligatur. *l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indeb. l. pupillus. 59. ff. de obligat. & act. l. in causa cognitione. 16. in princ. ff. de minorib.* nisi locupletior inde factus probetur, *l. naturaliter. 13. in fin. & l. seq. ff. de condict. indeb. l. planè. 38. ff. de petit. heredit. l. jure naturæ. 206. ff. de reg. jur.* Pubertati autem proximus, citra tutoris sui auctoritatem, mutuos sumendo nummos naturaliter tantùm obligatur, etiamsi non factus sit locupletior. *l. cùm illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. ced. l. 1. in fin. ff. de novationib. l. si pupillus. 127. ff. de verb. obligat. l. Stichum. 95. §. aditio. ff. de solutionib. & similib.* at locupletior factus, ex rescripto Divi Pii etiam civiliter obligatur. *l. 3. §. pupillus sanè. ff. de negoc. gest. l. 3. in princ. ff. commodat. l. 1. in fine princip. & l. pupillus. 5. in princ. ff. de auctor. tutor. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 7. thes. 18. edit. 2. & in hoc princip. num. 86. cùm multis seqq. pag. 157. & seq.* Atq; de istâ quæstione multifariam disputant Interpretes; *Gæddeus in Commentar. de contrah. & commit. stipulat. cap. 7 conclus. 11. numer. 112. & seqq. Vultejus disceptat. scholast. cap. 16. Reiner. Bachov. lib. 1. miscell. cap. 12. Valent. Riemer. decad. 3. th. 8. D. Besold. d. tract. de mutuo cap. 17. Philippus Matthaus ad l. in negociis. 5. num. 20. & seqq. ff. de reg. jur. Andreas Gerhardi Exercitat. Iustin. decad. 12. quæst. 3. Kitzel. d. cap. 4. num. 32. & subseqq.* aliique plures, quos laudavi suprà *ad princip. tit. de auctorit. tutor. numer. 30.* ubi eandem
42 quæstionem enodavi copiosiùs. Sanè nec puberem, minorem 25. annis, curatorem habentem, ex mutuo absq; illius consensu obligari posse, probabilius est. *l. si curatorem. 3. C. de in integr. restit. minor.* nisi in quantum locupletior factus fuerit, *l. 1. & 2. C. si adversus creditor.* Atque hanc verissimam sententiam, *post alios doctissimos viros, à me allegatos*, pluribus tutatus sum *ad §. item inviti. 2. num. 17. & seqq. supr. de curatoribus.* Quibus novissimè adjiciendus est Dn. Collega Besoldus *d. tractat. de mutuo. cap. 18. pag. 29. & seq.*

43 De civitate an mutuam pecuniam accipiendo obligetur, dubium aliquod esse videtur? Et si tota civitas, hoc est, omnes cives, vel major eorum pars, aut consilium optimatum, totam repræsentans civitatem, convenerit, & mutuam pecuniam sumendam esse, communicato consilio statuerit: tum civitatem mutuam accipiendo pecuniam (forsan per actorem suum, ad hoc nominatim constitutum: siquidem quod quis facit per alium, ipsemet fecisse creditur. *l. ita autem. 5. §. quòd si quis. 3. ff. de administrat. & peric. tut. c. qui facit. 72. de reg. jur. in 6.*) obligari, quamvis pecunia in ejus utilitatem conversa non fuerit, receptius est, & verisimilius. Idque probatur primùm ex eo: quòd civitatem, sive uni- 44
versitatem ex mutuo, & quovis alio contractu, non minùs, ac alios privatos, absolutè obligari posse, nulla lex, sine quâ nihil affirmandum, prohibeat. *l. illam meritò. 19. C. de collationibus. Novell. 18. cap. 5.* illamque ex delicto, conventu habito, vim faciendo, aliudvè contra jura committendo, obligari evidenter pateat *ex l. metum. 9. §. animadvertendum. 1. ff. quod met. caus. l. semper. 15. §. si in sepulchro. 2. ff. quod vi, aut clam. auth. item nulla. sub l. 2. C. de episcop. & cleric.* Deinde civitatem consensum, qui omnibus
in contractibus necessariò exigitur, *l. 1. §. conventionis. ff. de pact. l. in omnibus. 55. ff. de obligat. & actionib.* interponere posse, qui ad obligandum sufficiat, 45
vel inde manifestum evadit: quòd municipiis heredibus institutis permissum est hereditatem acquirere. *l. omnibus. 26. ff. ad senatusconf. Trebell. l. unic. §. 1. ff. de libert. universitat.* quod utique absque animo & consensu explicari nequit. *l. pro herede. 20. in pr. l. qui servum. 47. & passim. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* item, quòd illis legem municipalem condere (ad quod etiam consensum desiderari, evincitur *ex l. 1. ff. de legibus*) licet. *l. prohibere. 3. §. planè. 4. ff. quod vi, aut clam.* Accedit insuper argumentum à simili. Etenim si prælatus Ecclesiæ una cum Capitu- 46
lo mutuam acceperit pecuniam; ad eam reddendam obligatur; tametsi eandem in utilitatem ipsius Ecclesiæ fuisse versam, non doceatur, *ut colligere est ex c. penult. ext. de fidejussorib.* Atque ita sentiunt *Decius, Iason, Hieronymus Butigell. & Donellus ad l. civitas. 27. ff. de reb. credit. Bartol. Alexand. Castrens. Corneus. Zasius & Ripa in l. si is, qui bona. 11. ff. de pignorib. hosq; referens Fachineus lib. 2. controvers. jur. cap. 75. ubi dissentientes allegat Fulgosium & Alciatum.* Adde D. Besoldum *lib. 1. Politic. cap. 12. n. 65. cum seq. & d. tract. de mutuo. cap. 20. &* Guolfgangum Jacobum Sadtler. *de jure universitatum. conclus. 12. & 13. itemq;* D. Rümelinum, *in Disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 19.*

Huic decisioni non obstat *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit.* ibi dum expressum est, civitatem mutui 47
datione obligari posse, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sint: inde à contrario sensu colligi videtur; si pecuniæ in utilitatem civitatis non sint conversæ, civitatem ex mutuo haud obligari posse. Nam, *auctore Celso*, incivile est; nisi totâ lege perspectâ, unâ 48
aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere. *l. incivile. 24. ff. de legib.* Proinde sequentibus *dictæ legis 27.* verbis illis *(alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur)* cum præcedentibus conjunctis, quivis facilè animadvertet; Ulpianum superiorem nostram sententiam magis adjuvare, quàm impugnare. Cùm enim dicat *(alioquin ipsi soli, non civitas, tenebuntur)* eo perspicuè satis ostendit: se non de eo mutuo, quod ipsamet civitas contraxerit; sed de eo, quod alii (nempe Administratores, Syndici vel Consules) illius nomine contraxerunt, respondisse: quorum contractus non obligat civita-

civitatem, nisi creditor probet, pecuniam in civitatis utilitatem conversam esse. Unde argumentatione à contrario sensu sumpta, sic rectè concluditur: Ergo si civitas suo facto, si ipsamet contraxerit: ea absolutè, citra hanc conditionem, *si pecunia in ejus utilitatem conversa sit*, obligabitur. Alioquin enim generaliter Ulpianus dixisset: *civitas non tenebitur.* Sed vide latiùs hæc explicantem Johannem Kitzelium *in suprà dictâ exegesi, de obligat. mut. cap. 4. numer. 16. cum seqq.* & Hunnium *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 18. pag. 887. & in resolut. disputat. Treutler. 18. th. 5. quæst. 27. cum seqq. volum. 1. pag. 1249. & seq.*

49 Si igitur civitatis Administratores, Syndici, vel alii, pecuniam, aliamve rem fungibilem nomine civitatis mutuò acceperint: tùm demum conveniri poterit civitas, si rem in ejus utilitatem versam esse, à creditore probatum fuerit. *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit. Nevell. 120. cap. 6. §. 3. in fine. Bachov. in not. ad Treutler. volum. 1. pag. 757.* Re autem in commodum sive usum civitatis non versa, civitas minimè obligabitur: sed soli Administratores, Magistratus sive Syndici, qui contraxerunt, & mutuam pecuniam civitatis nomine acceperunt, tenebuntur, *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit.* Idque propterea ita cautum est: ne civitates passim administratorum culpa damnum subeant: & ut vigilantiores reddantur, qui civitatum nomine pecuniam mutuam accipiunt; scientes, in ipsorum perniciem redundare, pecuniâ in utilitatem civitatum non conversa, *argum. l. ult. C. de vendendu reb. civitat.* Sed quânam actione conveniri à creditore possint administratores, si non convertant in commodum civitatis pecuniam, nomine civitatis mutuò acceptam., quæstionis est non omnino expeditæ? Et quamvis plerique existiment, illos condictione certi, quæ ex mutuo nascitur, conveniri posse: quam opinionem etiam sequitur Bachovius *in prædictis notis ad Treutler. volum. 1. pag. 758. lit. E.* attamen magis est, ut statuatur: creditori in casu proposito, adversus administratores, competere condictionem causâ datâ, causâ non secutâ. Nam creditor mutuum dans administratorib⁹ civitatis, quos tales esse non ignorat, utique ipsius civitatis contemplatione mutuum dedisse intelligitur, in hunc finem: ut in usus civitatis ab administratoribus convertatur. Quo non facto: meritò, tanquam cessante causa, propter quam mutuum datum fuit, condictio ista locum sibi vindicabit. Nec huic obest, quod *in d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit.* Ulpianus asserit: ipsos teneri, *qui contraxerunt*. Etenim qui aliquid ob causam accipiunt: hoc ipso, cum eo, à quo accipiunt, aliquid negocii contrahere reputantur: hoc nimirum, ut causâ non secutâ, quod acceptum est, reddant. *l. si extraneus. 6. ff. de condict. caus. datâ, causa non secutâ.* Atque ita, *post Donellum*, tradunt & sentiunt Hieronymus Treutler. *disput 18. de mutuo. th. 5. lit. e. vol. 1.* ibiq; Hunnius *in resolut. quæst. 30. pag. 1251.* D. Besold. *in d. tract. mutui. c. 20. n. 4. pag. 33.* & novissimè D. Martin. Rümelin. *ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 9. sub lit. E.* Cæterùm quando pecunia in utilitatem civitatis est conversa: tunc, ipsâ naturali æquitate suadente, haud immeritò ad restitutionem civitas obstringitur: & res ejusdem, eo nomine, validè oppignorari possunt. *l. si is, qui bona. 11. in princ. ff. de pignorib. & hypothec.* cùm jure naturæ æquum sit, neminem cum 50 alterius detrimento locupletari. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur. c. locupletari. 48. eod. in 6.* Huicq; sententiæ subscripserunt *Hartmannus Pistoris lib. 1. quæstionum juris. q. 37. n. 23. & seqq. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 3. num. 47. Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. c. fin. num. 32. Gæddæus ad l. inter publica. 17. num. 22 ff. de verb. signif. Wesenbec. consil. 53. part. 2. Colerus de processib. execut. part. 2. c. 3. n. 347. Pet. Frid. Mindan. de mandat. judic. lib 2. c. 62. num. 8. Treutler. d. vol. 1. Disput. 20. thes. 5. Hackelman. Disp. illustr. 9. thes 5. lit. b. Nigerdin. lib. 3. Disput. 2. thes. 2. q. 3. & seqq. Paulus Berens Disput. 9. thes. 1. quæst. 4. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 2. lit. C, pag. 377.*

Pecuniam porrò in utilitatem civitatis conversam 51 fuisse, conjecturis & præsumptionibus nonnulli probari existimant: puta si doceatur tantùm; administratorem fuisse hominem fidum, industrium & diligentem: pecuniam in conspectu decurionum fuisse numeratam: civitatemque eâ indiguisse, quo tempore accepit. *Glossa in auth. hoc jus porrectum. in fin. ad verb. probat. Cod. de sacrosanct. Eccles. ibiq, Cynus num. 8. Castrens. ad l. 1. §. non autem, 7. & ad l. ult. ff. de exercitor. act. Ruinus consil. 76. col. 4. in fin. lib. 4. Bald. Decius & Riminald. ad d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit.* Sed verius eorum est dogma, qui tradunt; quòd testibus vel instrumentis demonstrari oporteat, pecuniam reverâ in civitatis usum fuisse consumptam seu conversam: putà si in refectionem, aut extructionem rerum civitatis, vel in prædiorum emptionem erogata fuerit. Siquidem jura absolutè probationem versionis in utilitatem civitatis vel Ecclesiæ requirunt. *d. l. civitas. 27. ff. eod. d. c. penult. ext. de fidejussor.* Nulla verò lex est, quæ versionem probari ex eo decernat; quòd civitas vel Ecclesia indiguerit pecuniâ: tum quia fieri potest, ut indiguerit; & tamen in ejus usum exposita non fuerit: tum quia raro contingit, ut mutuò pecunia sine necessitate accipiatur. Quare aut nunquam, aut certè rarissimè is succumberet, qui conversionem factam allegaret: quia probationem paratam ferè semper haberet. *Vide Philippum Knipschildt. d. exercit. Acad. 2. quæst. 7. pag. 59. & seq.*

Nec dissentientium opinionem quidquam juvat 52 *d. l. ult. ff. de exercitor. act.* in cujus principio exercitor navis obligari dicitur creditori ex mutuo, à magistro navis accepto, si modò doceatur, navem refectione indiguisse. *Etenim* & legum tenor, & rubricarum, sub quibus collocatæ sunt, diversitas satis arguit: id ipsum de privatis personis, qualis exercitor

citot navis est,ita cautum esse : quod ad obligatio-
nem civitatis vel Reipublicæ non est producendum:
quippe in quâ nominatim exigatur, pecuniam in u-
tilitatem ejus erogatam esse, *d.l.civitas.27.ff.de reb.
credit. ibiq; Alexand. & Iason. num.18. Bartol.in d. l.
ult.ff. de exercit. act. Angel. consil.245. Imola in cap.1.
num.17.ext. de deposito. Ripa in d. l. si is, qui bona. 11.
numer. 10 ff. de pignorib. Fachin. d. lib.2. controvers.
jur.cap.76.* Kitzel.*d.exegesi de obligat.mut.cap.4. nu-
mer.24. & seq.* Tametsi non desint, qui hanc contro-
versiam judicis arbitrio relinquendam censent : ut
prudenter cognoscat, an probabiliter pecunia mu-
tuatitia in civitatis vel Ecclesiæ utilitatem sit versa,
nec ne. *Alciat.in d.l. civitas.27.ff. de reb. credit. Me-
noch. in tract. de arbitrar. jud. quæst. lib.2. cent.5. cas.
432.numer.35. Mascardus in tractat. de probationibus.
volum.3.conclus.116 numer.*10. Dn. *Besold. d. tract. de*
53 *mutuo.cap.20.circa finem.* Etsi verò Civitas seu Res-
publica ex mutuo, quod ipsa contraxit, firmiter &
efficaciter obligetur, *ut jam suprà ostensum* : eam ta-
men restitutionem in integrum, exemplo mino-
rum, implorare posse, constat *ex l. penult. C. quib. ex
caus.majore. in integr.restituant. & l.penult.C. de jure
Reipubl. & latiùs explanat Hunnius d. lib.3. var. resol.
tract.3.part.1.quæst.19.pag.888. & seq.*
54 Ludicra & lubrica, haud tamen inelegans, est
quæstio : an, si ludens secum ludenti pecuniam mu-
tuavit, ejus exactionem sive condictionem habeat?
Et non habere, veritati æquitatique magis consen-
taneum puto. *l. alearum usus.3. Cod. de aleatorib.glos.
in l.1.§.penult.super verbo, simpliciter. ff. d. tit juncta
l. ex ea parte. 121. §.1. ff. de verb. obligat. item glos. in l.
si quæ cùm sciret. §. in verb. luxurioso. ff. de usucap.
pro empt. & in l. quod si minor. 24. §. restitutio. sup.
verb. non omnimodo. ff. de minorib. &c. Salicet. in l.
ult num.6.C. de relig. & sumpt.fun. Matth.Color. de-
cis.173. incip. ludus alearum. num.9. Francisc. Pfeil.*
55 *consil.28.num.6.* Cùm enim lusus prodigalitatis in-
strumentum, vitiumque detestandum censeatur, as-
serente Patricio, *lib.3. de regn. tit.* 40. facile intelle-
ctu est, collusorem mutuò dantem, non solùm nihil
repetere posse. *d. l. 3. C. de aleatorib.* sed etiam extra
ordinem coërcendum esse, uti tradiderunt *Paris de
Put. in tract. de ludo.num.15.17. & 45. Caetialupus in
tract. de ludo. artic. 6. n.1. Angel. in tract. de malefi-
ciu. in verb. Metidore de mali dadi.num.15. Albert. de
Gandino in tract. de malefic. tit. de ludo, &c. num.15.
Parladorius lib.2.rer.quotid.cap.7.num.14. Frid. Ti-
lemannus Disput. Pand.19.part.1.thes.19. Ferster ju-
nior.lib.4. Disput.5.thes.3.ad lit. b. Iul. Clarus lib.5.
sentent. §. ludus.num.6.* ubi subjicit *num.8.* quicquid
sit de jure; contrarium tamen in practicâ & de con-
suetudine servari. Cui adstipulantur D. Bocerus *hic
num.*106. & D. Besoldus *d. tract. de mutuo. cap.22.
& in Commentar. ad Ordinationes Politic. inclyti Du-
catûs* Würtembergici. *tit.* vom Spielen vnd Wetten.
56 *num.6. pag.*387. Sanè si aliquis est ludus concessus:
latrunculorum seu Schacchorum lusum (dz Schach-
spiel / sedecim quo ludimus scrupis, geminâ acie u-
trinque directis : in quibus duo sunt reges invicem
contendentes, duæ reginæ, quatuor equites, sede-
cim pedites, quatuor satellites, totidem centurio-
nes) cæteris esse præferendum, non sine evidenti ra-
tione quidam existimant, *argum. d. l. alearum usus.
3. Cod. de aleatorib. & l. solent. 2. in fine. cum l. seq. ff.
eod. Clarus in d. §. ludus. num.2. ubi ad hoc citat Ro-
sellum de Rosell. inter consilia criminalia diversor. con-
sil.46.n.5.lib.1. Cludius in Commentar. de condict. in-
debit.cap.6.num.55.pag.*309. Etenim exercet & acuit
ingenium : nec fraudibus, nec cæcæ fortunæ locum
relinquit: venustam Imperiorum exhibet theoriam,
dum ostendit, non modò subditos à Principe, neque
Principem à solis potentioribus; sed ipsum etiam in-
terdum Regem ab abjecto rustico incolumem con-
servari. Et quòd iste latrunculorum ludus sit tum
jure Cæsareo, tum Pontificio, non modò laicis, sed
clericis etiam permissus, attestantur *Accursius in
auth. interdicimus. in verb. ad tabulas. C. de episc. &
cleric. Innocent. in c. lator præsentium. 9. de homicid.
Ioan. Andrea, Abbas & cæteri in c. penult. de vita &
honest. cleric. Stephan. Costa in tract. de ludo. 2. artic.
princ. num.28. & seqq. hosq; laudans Ioannes Matien-
zus in tract. de referendarior. & advocator. offic.part.1.
cap.1. num.9. Bartholomæus Vgelinus in tract. de officio
& potestate episcopi.cap.13. §.25. fol.*98. Eandem Scha-
chiam elegantissimo carmine descripsit Hieronymus
Vida, & Lucas Wielius *in suis Comment. ad Vidam.*
Verùm neque istum Schachium Ludum (quem Pa-
lamedes in castris Trojanis Græcorũ invenisse pro-
ditur) permitti debere, *post alios*, placet Petro Hei-
gio. *part. 2. quæstion. 10. numer.51. pag.* 103, *cum seq.*
Dn. Besoldo & Lindenspür. *in d. Comm. ad Ordinat.
Ducat. Würt.d.tit.* vom Spielen *&c. n.3.pag.*385. *&
seq.* Ludi porrò leges præscribit sequentes Ludovic⁹ 57
Vives *in suis Colloq. Dialog.* 22. I. Quando luden-
dum. Homo propter res serias est conditus, non
propter nugas & lusus : lusus autem reperti ad refi-
ciendum animum lassum à seriis. Tunc igitur lu-
dendum, cùm animus aut corpus erit defatigatum.
II. Cum quibus ludendum. Quemadmodum factu-
rus iter, diligenter dispicis, qui sint futuri comites:
sic in ludo animadvertendum, cum quibus ludes : ut
sint homines tibi noti. Nam in ignotis magnum est
periculum : & verum proverbium Plauti : Lupus 58
est homini homo, qui qualis sit, non novit. Sint et-
iam belli, festivi, comes : ne sint blasphemi in
Deum, aut dejeratores : ne in dictis spurci, ne quid
ex contagione adfricetur tuis moribus pravum, aut
flagitiosum : denique sint ii, qui non aliam ad lu-
dum mentem adferant, quàm tu : nempe ut labore
conquiescat, & levetur animus. III. Quo ludo.
Primùm noto : quoniam in ignoratione non potest
subesse delectatio, nec ludentis, nec collusorum,
nec spectatorum. Deinde quòd simul animum re-
ficiat, & corpus exerceat : si quidem tempus ac va-
letudo patitur. Sin secus : ludus sit, in quo non o-

mnia

mnia possit mera sors: sed ubi peritia casum corrigere valeat. IV. Qua sponsione. Nec nulla sponsione; quia celerrimè exatiat: nec ita magna, quæ ipsa lusione inquietet animum, & si vincaris, mordeat ac discruciet. Non est hic ludus, sed carnificina. V. Quemadmodum. Ut antequam ad ludendum adsideas, reputes te ad resocillandum animum venire, in cujus aleam conjicias pauculos nummos, hoc est, emas illis refectionem defatigationis ◆ toto prorsum ludo sis comis, hilaris, facetus, jocosus, citra scurrilitatem & petulantiam: ne des significationem ullam fraudis, sordium, aut avaritiæ: in contentione ne sis pertinax: minimè omnium juraro; memor, rem illam totam (etiamsi meliorem causam habeas) non esse tanti, ut nomen Domini adferas in testimonium. Spectatores memineris esse velut judices ludi: si quid illi pronunciarunt, cedito; nullam edens notā improbationis. VI. Quamdiu ludendum. Quoad sentias animum revocatum jam, & reparatum ad laborem, & vocet hora ad negocium serium. Qui secus faxit: improbè factum videtur. Cæterùm de ista & aliis quæstionibus, ad ludi materiam pertinentibus, consulantur Didacus Covarruv. *in c. peccatum. part. 2. relect. §. 4. de reg. jur.* Parladorius *d. lib. 2. cap. 7.* Menochius *lib. 2. de arbitr. jud. quæst. cent. 4. cas. 399. & seqq.* Morla *in emporio jur. tit. 2. de aleatorib. quæst. 1. & seqq.* Kubachius *cent. 1. quæstion. illustr. decur. 4. q. 6. & seqq.* Ludovicus Carbo *in tractat. de omnium rer. restitut. quæst. 37. & aliquot seqq.* Martin. Bonacina *in tract. de contractib. & restitut. disput 2. quæst. 3. punct. 1. 2. & 3. pag. 192. & seqq.* Joan. Grivellus *decis. Senatus Dolani. 57. fol. 174. cum seq.* Besold. & Lindenspür. *d. loco.* Franc. Petrarch. *lib. 1. de remed. utriusq; fortunæ. dial. 25. cum seqq.* Damhouder. *in praxi rerum criminal. c 116.* Farinac. *in prax. crimin. part. 3. quæst. 109. pag. 611. cum seqq.* & Berlichius *decis. aur. 66. pagin. 217. & seqq.* aliique ab his designati. Adde Döringium *in Bibliotheca Iurisconsultorum. tom. 1. verb. alea. fol. 1133. & seqq.*

59 Mutui datio in quantitate consistit, hoc est, iis in rebus omnibus, quæ pondere, numero & mensura constant: veluti vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ, ære, argento, auro, & similibus, *hoc principio. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & actionib.* Solæ enim illæ res functionem per solutionem recipiunt, id est, tantundem præstant, cùm pari pondere, numero, vel mensurâ in genere solvuntur, ac si in specie, seu (*ut Dialectici loquuntur*) in individuo restituerentur, *argum. l. certum. 6. in fine. ff. de reb. credit. &c.* Quâ de re latè, *post alios, à se relatos*, Fachineus *lib. 2. controvers. jur. cap. 48.* Borcholt. *in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 4. num. 1. & seqq.* Vultejus *disceptation. Scholasticar. c. 14.* Kitzel. *in exeges. de obligat. mut. cap. 5. n. 5. cum seqq.* Arumæus *Disput. 11. thes. 1.* Anton. Matth. *Disput. ff. 9. thes. 2.* Iacob. Cramerus *Disput. ad Instit. 16. thes. 3.* Hunnius *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3 part. 1. quæst. 3. & 4.* Althusius, *de rebus fungibilib. num. 1. & seqq.* In aliis verò rebus, putà fundis, ædibus, libris, vestibus, equis, ovibus, vasis, & cæteris, ubi ipsa corpora, non quantitas spectatur, mutuum locum habere nequit. Nam etsi res istæ numerari, vel etiam appendi, aut admensurari possint: quia tamen in genere suo functionem non recipiunt, ut ait Paulus *in d. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit.* hoc est, altera alterius vicem non ita sustinet, ut omnino illa ipsa, quæ data quidem, sed non consumpta est, esse censeatur; in mutuum minimè veniunt: siquidem aliud pro alio, invito creditori solvi non potest. *d. l. 2. §. 1. in fin. ff. eod.* Verbi gratiâ: cùm tibi admensuro unum modium 60 frumenti, eoque consumpto, tu mihi reddis alium modium frumenti ejusdem bonitatis: illum ipsum modium, quem tibi dederam, mihi restituisse videris. Non idem est, cùm tibi dedi equum, vel bovem, & tu reddis mihi alium. Frumentum etenim, non itidem equus aut bos, mutuam functionem in genere recipit: quoniam animal licèt simile sit aliis animantibus in suo genere: tamen individua ipsa, specie, forma, quantitate, probitate, usu plurimùm a sese invicem differunt: ut hìc verum sit, quod vulgò dici solet: *nullum simile esse idem.* Cùm autem ea sit natura mutui, ut 61 idem omninò reddi debeat, neque aliud pro alio solvi invito creditori queat. *d. l. 2. §. 1. ff. d. tit.* evidens sit, quamobrem hæ res, pondere, numero, & mensura non constantes, in mutuum non cadant. Atque ita hoc explicant Vultejus *hic numer. 15.* Kitzel. *d. cap. 5. num. 11. cum seqq. &* Wesenbec. *in Paratitl ff. de reb. credit. num. 11.* Ideoque haud admittenda est opinio Jacobi Cujacii *lib. 11. observat. c. 37. prope finem.* ejusque assectarum, nempe D. Boceri *class. 2. disputat. 7. thes. 22. edit. 2. pag. 201.* Justi Meieri *ad tit. ff. de reb. credit.* & aliorum quorundam, statuentium: etiam gregem ad numerum mutuò dari posse, ita ut tot reddantur capita, quot data sunt, *arg. l. quod sæpe. 35. §. in his. §. cum §. seq. ff. de contrah. empt.* Etenim si maximè (*verbi gratiâ*) equi vel oves in pari numero restituerentur, & tot capita, quot data fuerunt, redderentur: manifesta tamen inde emergeret iniquitas: siquidem ejusmodi individua suis peculiaribus formis, propriisque qualitatibus, à sese invicem plurimùm differant, *ut paulò antè monitum*: atque idcirco ejusdem bonitatis (in qua semper mutuum est restituendum. *l. cùm quid. 3. ff. de reb. credit.*) ejusdemque pretii esse nequeant. Nec Cujacianam opinationem quicquā juvat text* *in d. l quod sæpe. 35. §. in his. §. juncto §. seq. ff. de contrah. empt.* Ibi namq; Cajus Jureconsf. hoc saltem habuit propositū, ut doceret; periculum gregis ad numerū venditi, ita demū spectare ad emptorem, quando ipsi gregem venditor adnumeravit: sicut & venditio earū, quæ pondere, numero, mensurave constant, nō prius perfecta censetur, sic ut periculū emptoris sit, quàm si adpēsa, adnumerata, vel admensa fuerint. *l. 1. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.*

Licet ergo venditio gregis & venditio quantitatis
in eo comparentur : non tamen in omnibus conve-
niunt : nec protinus, sicut quantitas, ita & corpus in
mutui contractum deduci potest, *per notata Hunnii
d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 3. pag.
858. cum seq. & in resolut. ad Treutler. vol. 1.* Disp. 18.
*quæst. 8. p. 1234. ubi dissentientis Cujacij, adeóq; etiam
sequacium opinionem monstrosam esse dicit, & passim
ab Interpretibus Iuris explosam.* Hunnium refert &
sequitur D. Martinus Rümelin. *in Disput. ad tit. 1.
lib. 12. ff. de reb. credit. th. 3. sub lit. d.*

62 De panibus, piscibus, carnibus, & ejus generis a-
liis rebus controvertitur : an mutuò dari possint; Et
non posse, opinantur Accursius *in d. l. 2. §. 1. sup. verb.
in creditum. ad finem. ff. de rebus cred. ibique illum se-
cuti Iacob. Butrig. Rayner. & Bald. Azo in sua summâ
C. si cert. petat. num. 18. & novissimè Sebastianus Horn-
mold. tom. 2. repertor. in verb. mutuum. pag. 917.* Sed
rectiùs statuitur, etiam in istis rebus mutuum consi-
stere ; si panes certi ponderis mutuo dentur, ut ejus-
dem ponderis alii panes æquè boni reddantur : vel
si pisces ad certum dentur pondus, ut alii ejusdem
ponderis bonitatisque pisces restituantur : vel deni-
que si carnes in pondus dentur, eà lege, ut carnes e-
jusdem ponderis & bonitatis reddantur. Etsi enim
panes, pisces, carnes per se quantitates non sunt : atta-
men cùm ad certum pondus eà lege dantur, ut ejus-
dem ponderis & bonitatis panes, pisces & carnes re-
stituantur : non amplius pro corporibus, sed pro
quantitate hujusmodi res accipiuntur, *arg. l. quod sæ-
pe. 35. §. in his quæ pondere 5. & §. seq. ff. de contrah. empt.
Bartol: Alexand. Angel. Salicet. Paulus Castrens. &
alii in d. l. 2. ff. de rebus cred. Cujac. d. lib. 11. observat.
cap. 37. circa finem. Ricciard. in hoc princip. num. 176.
pag. 146. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. cre-
dit. cap. 4. num. 5. & part. 1. Disput. 2. de reb. credit.
proposit. 7. pag. 144. & 199. D. Bocer. d. class. 2. Disput.
7. thes. 22. lit. b. edit. 2. & in hoc princip. numer. 109.
D. Besold. in tract. de mutuo. cap. 4. numer. 4. Forster.
lib. 3. Disputat. 16. thes. 13. Treutler. vol. 1.* Disput. 20.
*thes. 1. sub lit. F. ibique Bachov. Cramer. Disput. 16.
thes. 3. ad fin. Stuck. part. 1. Exercit. Iustin. decad. 10. as-
sert. 2. lit. d. pag. 377. Schickard.* Disput. 12. *ad Instit.
thes. 3. sub lit. b. & resolut. quæst. 2. Hunnius in d. re-
solut. ad Treutler. vol. 1 disp. 18. quæst. 9. pag. 1234.*

63 Ambigitur quoque de eo, ecquid mutuum sit, si
eosdem nummos, quos tibi mutuò dedi, cum postea
iis non indigeres, mihi reddas ? Quod licèt negare
videatur *Azo in d. suâ summâ C. si cert. pet. num. 16.*
tamen id ipsum non sine evidenti ratione affirmat
Accursius *in d. l. 2. in princ. super verb. speciem. ff. de
64 rebus credit.* Primùm enim accidentia substantiam
vel naturam rei non immutant, *arg. l. generaliter.
24. §. proinde. 25. ff. de fideicommissar. libert. Menoch.
65 consil. 35. numer. 19. lib. 1.* Ast ex accidente hoc con-
tingit, quòd iidem nummi redduntur, non ex men-
te contrahentium. Deinde uniuscujusque contra-
ctus initium, non ejus implementum, est spectan-
dum. *l. si procuratorem. 8. in princip. ff. mandat. l. si
tantum. 12. ff. ad senatusconf. Maced. l. 1. § idem Pom-
ponius. 13. & § si servus. 30. in fin. ff. depos. l. si id, quod.
58. §. 2. ff. pro socio. l. 1. §. divus. 3. ff ad legem Cornel. de
sicar.* Ab initio autem id inter contrahentes actum
censetur, ut rei dominium in accipientem transfera-
tur, atque in genere quantitas restituatur : quoniam
aliter ab initio mutuum contrahi nequit. *dict. l. 2. in
princ. ibi, recepturi non eandem speciem, &c. ff. de reb.
cred. & hic in verbis, non eadem res, sed alia ejusdem
natura, &c.* Præterea favore debitoris hoc est re-
ceptum, ut nummis mutuò datis uti posset, utque
eosdem in genere redderet. Quare si vult, eosdem 66
restituere poterit : cùm his, quæ pro se introducta
sunt, renunciare cuilibet liceat. *l penult. C. de pact.*
præsertim si hoc fiat sine præjudicio creditoris, *argu.
l precii. 9. C. de rescind. vendit.*

Unde non obstat *d. l. 2. in princ. ff. de rebus credit.* 67
ubi expresse dicitur, quòd non mutuum sit, sed
commodatum, aut depositum, si pecunia sic data
fuerit, ut eadem species reddatur. *Nam* libenter lar-
gimur, & jam ante diximus, mutuum ab initio sic
contrahi non posse, ut eadem res in specie reddatur,
hoc principio nostro, & d. l. 2. sed tamen interim &
hoc constanter asserimus : posse res mutuò ita da-
tas, ut non ipsæ in specie, verùm aliæ ejusdem gene-
ris præstantur, postea restitui in specie : cum & a-
lias in contractibus propositum & intensio contra-
hentium, ab initio contractûs inspiciatur ; non ve-
rò, quid ex post-facto contingat. *d. l. si procurato-
rem. 8. in pr. ff. mandat. & similibus præallegatis.* Ni-
hil quoque officit, quòd illud servari debeat, quod 68
actum est. *l. 1. ff de pact. l. 1. in pr. ff. de const. pecun.*
Id autem actum sit inter eos, qui mutuum contraxe-
re, ut non eadem res in specie, sed alia ejusdem gene-
ris restituatur. *Propositio* siquidem hujus argumen-
ti non est accipienda de illis, quæ favore alicujus
sunt constituta. Hæc quippe contra invitum servari
non debent. *d. l. pen.* C. *de pact.* At verò dubium
non est ullum, quin in favorem debitoris hoc sit con-
stitutum, ut rem non in specie, sed in genere resti-
tuat, *ut superiùs monitum.* Præterea etsi videatur ea-
dem illa res, quæ data fuit : attamen revera censeri
eadem non debet, nec potest. Nam quod dabatur,
creditoris erat : quod verò redditur, est mutuatarii
debitoris : cum in eum rei datæ dominium sit trans-
latum, *per hoc principium nostrum.* Et huic ad stipu-
lantur sententiæ Donellus *num. c. Zasius n. 9. Viglius
numer. 10. ad l. 2. ff. de rebus credit. Borcholt. hic n. 6.
Mynsinger. n. 8. Ricciard. num. 179. pag. 147. Schnei-
devvin. num. 12.* D. *Bocerus n. 31. p. 161.* D. *Besold. d.
tract. de mutuo. c. 8. n. 5. Arumæus Exercit. Iustin. 12.
thes. 9. Treutler. Disput. 20. thes. 1. lit. g. vol. 1. Rober.*
D*isput. 14. thes. 2. Matth Stephan. cent. 3. quæst. 23.
Hænonius disput. 13. controvers. 6. Andr. Gerhard. De-
cad. 12. quæst. 8. Kitzel. in exeges. de obligat. mut. cap. 6.
num. 49. & seqq. Schickard. d. disput. 12. thes. 3. lit. d. &
resolut. quæst. 7. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ.
tract.*

tract.3. part.1.quæst.7.pag.865. Vngepaur. exercit. Iustin. 10. quæst.5.pag. 385.edit. ult. Richter. in tract. de contractib. disput. 2. th. 2. ad lit. b.pag. 30. Locamer. quæstion. juridicar. fascic.35. quæst.1. & Kaipschild. d. exercit. Acad.2. quæst. 17.pag. 69.

69 Jam de modo dandi & accipiendi mutuum, di-
spiciendum est. Is autem partim concernit substan-
tiam, partim adjunctam qualitatem mutui. Modus
qui mutui substantiam concernit, vel communis
perhibetur, vel singularis. l. singularia. 15. ff. de reb.
cred. D. Collega Becer. class.2. disput.7. thes.24. edit.2.
70 & in hoc principio num. 111. & seqq. pag. 160. Com-
munis mutuum dandi modus est: cum ipsa pecunia
mutua ab ejus domino, ipsam suo nomine dante, re-
cta ad accipientem mutuatarium proficiscitur. l. 2.
§. creditum. 3. vers item mutuum non potest. & §. seq. ff.
de rebus credit. Neque verò statim contrahitur mu-
tuum, ubi pecunia a creditore proficiscitur ad debi-
torem: sed tunc demum, cum eo animo pecuniam
dat creditor, ut mutua fiat, & eadem opinione debi-
tor accipiat. Hinc cùm alia contractus opinione,
quam dati sunt, quis accipiat nummos: ut puta, si
ego tibi pecuniam quasi donaturus dederim, tu qua-
si mutuam accipias: neque mutuum, neque dona-
tio erit, auctore Vlpiano in l. si ego pecuniam. 18. in prin.
71 ff. de reb. credit. Cui legi non contraria est l. cum in
corpus. 36. ff. de acquir. rer. dom. ubi Julianus diserte
respondit: pecuniæ dominium à me in te transire,
cum ex alia causa sive opinione pecuniam tibi do, &
tu ex alia eam accipis. Nam licet, Ulpianum irre-
conciliabili inimicitia à Iuliano dissentire eique ve-
rè adversari, putet Antonius Matthæus disput. 9. Pan-
dect. thes. 11. Contius lib. 1. disput. jur. civil. c. 9. ante fi-
nem. & alii nonnulli: tamen rectius sentiunt illi,
qui dissidium istud ex collocatione legum compo-
nentes scribunt: Iulianum in dict. l. 36. loqui de tra-
ditione, modo acquirendi dominii: Ulpianum vero
in d. l. 18. loqui de contractu, modo acquirendæ ob-
ligationis: & si de traditione quæratur, an efficax
sit, respondendum affirmative, dict. l. 36. si de con-
tractu, an teneat, negativè, dict. l. 18. D. Gœddæus in
Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 3. con-
clus. 2. num. 8. & 9. Vultejus in §. per traditionem. 40.
num. 8. supr. de rer. divis. & acq. ips. domin. [illegible] non so-
lum nos num. 23. & seq. id latius exposuimus: verum
etiam plures Interpretes, diversimodè Ulpianum
cum Juliano reconciliantes, citavimus. Quibus ad-
dendi sunt Duarenus ad tit. Cod. si cert. pet. c. 2. Zasius
& Costalius in d. l. si ego. 18. ff. de reb. credit. Borcholt.
ibidem in suis Commentar. cap. 5. numer. 7. Giphan. in
dict. l. cum in corpus. 36. ff. de acquir. rer. domin. Hilli-
ger. in Donell. enucleat. lib. 4. c. 18. D. Beseldus d. tract.
de mutuo. cap. 5. num. 1. Iustus Reisenbergius disp. 5. ju-
ris civil. renovat. th. 24. & Nicolaus de Passeribus à
Genoa, in conciliat. leg. pag. 231. & aliquot. seqq. edit.
2. ubi septendecim hujus antinomiæ conciliationes addu-
72 cit. Porrò prædictam conciliationem non rectè in-
telligit D. Collega Bocerus, sicuti ex iis apparet,
quæ scripsit hoc loco, numer. 35. p. 149. ubi admo-
dum pueriliter monet, in mutuo quoque agi de ac-
quirendo dominio. Quis enim unquam de hoc du-
bitavit, aut dubitare potuit, cui vel nomen mutui
non fuit incognitum? in fine principii, h. t. l. 2. §. ap-
pellata. 2. & §. in mutui. 4. ff. de rebus credit. Verùm
hæc est mea mens; nullam esse pugnam inter dictã l.
18. & d. l. 36. illam siquidem exaudiendam esse de
contractu; hanc verò de traditione, seu dominii
translatione: adeoque hoc velle Iurisconsultos; quod
error vel dissensus in causa tradẽdi impediat quidem
contractum, sed dominii translationem non item,
quemadmodum pluribus docet Gœddæus d. loco, a-
liique supra allegati: quos si legisset D. Bocerus:
proculdubio tam pueriles cogitationes de eorum
conciliatione non habuisset. At magnam oportet es-
se hominis, confidentiam dicam, an arrogantiam; a-
liorum sententiam nec lectam nec intellectam dam-
nare non erubescentis. Cæterùm si decem dem, & 73
paciscar, ut undecim reddas: non nascitur obligatio
ultra decem, nec mutui, nec usurarum, nec etiam do-
nationis nomine, l. rogasti. 11. §. 1. ff. de reb. credit. Ra-
tio, cur hoc casu obligatio ultra decem, mutui nomi-
ne non nascatur, est perspicua: quia mutuum con-
tractus realis est, hoc principio nostro: ac proinde qua-
tenus res non intervenit, eatenus mutui obligatio
contrahi non potest. Effectus quippe non debet es-
se major sua causa: cum potentior sit causa, quàm
causatum. Paul. de Castro in d. l. 11. §. 1. nu. 3. Nummus
itaque, qui superest, quasi creditus deberi nequit:
quoniam numeratus non est. l. si tibi decem. 17. in prin.
ff. de pact. l. cum ultra. 9. C. de non num. pecun. Ratio au-
tem, cur obligatio ultra decem non nascatur usura-
rum nomine, hæc est: quia usuræ pecuniæ creditæ
ex pacto, etiam in continenti adjecto, non debentur.
l. quam vis. 3. C. de usur. D. Besold. in delibat. jur. & lib.
22. ff quæst. 2. pag. 55. & seqq. Ratio denique, cur do- 74
nationis nomine ultra decem non oriatur obligatio,
est multiplex: Tum quia non hoc actum est, ut dona-
retur. Atqui donatio sine utriusque animo & volun- 75
tate non contrahitur. d. l. si ego. 18. ff. de reb. cred. l. si ti-
bi 25. ff. de donation. l. in omnib. 55. ff. de oblig. & actionib.
Tum quia alia conjectura potest capi, quàm donatio-
nis, nempe ut faciliùs impetraretur mutuũ, tradente
Costalio ad d. l. 17. ff. de pact. Tum postremò, quia pa- 76
ctum illud omninò non valet: propterea quòd non
solum formam mutui destruat, ut indicat Gœddæus d.
Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 8. num. 82. &
seqq. sed etiam quòd fiat in fraudem legis. l. non du-
bium. 5. C. de legib. quæ pacto usuras deberi negat: ut,
post Donellum ad d. l. rogasti. 11. ff. de reb. credit. docet
Andr. Gerhardi d. decad. 12. quæst. ult. Adde D. Mar-
tinum Rümelin. in disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de rebus
credit. th. 4.

Singularis mutuum dandi modus est: si nummos 77
meos tuo nomine, vel tuos, absente te, & ignorante,
alicui tertio, puta Titio, dedero. Quâ mutui datione
tibi, non mihi, directam certi condictionem acquiris

apparet

apparet *ex l.2.§.penult. verf. id enim tale. & l. certi.9. §.si nummos.8. ibique Donellus, & Philipp. Matthaeus. ff. de reb. credit.* Quòd si tamen tu ejusmodi nomen sive contractum reprobes: ipsemet vel mandatis actionibus, vel cessante mandato, utili condictione certi ex mutuo adversus Titium mutuatarium experiri poteris. *l. si absentis.4. C. si cert. petat. D. Bocer. d. class.2. Disput.7. thes. 27. edit. 2.* Iste autem modus ideo singularis dicitur: quòd secundum communis juris regulas, non omnis pecuniæ datio sive numeratio, sed ea duntaxat, quæ ex intentione contrahentium ad mutuum destinata est, obligationem mutui
78 inducat. *l. non omnis.19. in princ. ff. de reb. credit.* quodque per liberam personam, quæ neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, dominium nobis non acquiratur. *§. ex his itaque 5. sup. per quas person. cuique acquirit.* quòd item is, qui alterius nomine contrahit, neque alii, neque sibi obligationem vel actionem acquirere possit. *l. quæcunque gerimus. 11. ff. de oblig at. & actionibus l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus verf. per liberam personam. ff. de verb. obligat. l. multum interest. 6. verf. si verò ab initio. C. si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine, &c. l. si genero. 26. ibi, nec sibi cessante voluntate, nec tibi, prohibente jure. C. de jure dot.* Quanquam non omnino insulse dicatur: in proposito casu nihil, quod ad constituendum mutuum exigitur, defuisse: sed utrumque ex parte tua, videlicet dominium & voluntatem inter-
79 venisse. Dominium quidem: quoniam ego, qui pecuniam meam, non meo, sed tuo nomine Titio numeravi; eo ipso possessione ejus me abdicavi, eamque tibi acquisivi. *l. quod meo. 18. in princip. ff. de acquir. vel amitt. possess.* ac postea per possessionem, etiam dominium. *l. traditio. 20. in fin. ff. de acquir. rer. domin.* Voluntatem verò: quia ut maximè possessio, vel quasi obligationis tibi, quamdiu absens fuisti & ignorasti, acquiri non potuerit. *l. ea, quæ civiliter. 53. ff. d. tit.* attamen ea tibi ita volenti acquisita fuit postmodum, ubi rescivisti, pecuniam tuo nomine Titio à me creditam esse; atque hoc ipsum creditum ratum habuisti, vel saltem non contradixisti: siquidem ratihabitio ad tempus contractus retrotrahitur; adeò, ut à principio omnia eo, qui ratum habet, præsente ac mandante gesta esse intelligantur, *l. licèt. 56. ff. de judic. l. si fundus. 16. §. 1. ff. de pignor. & hypoth. l. ult. C. ad SC. Macedonian. l. donationes. 25. in fine. C. de donationib. inter vir. & uxor. Kitzel. in exeges. de oblig mut. cap. 6. num. 8. & seqq.*

80 Est & ille singularis mutuum dandi modus: si pecuniam meam apud te deposuero, posteaque tibi roganti permisero, ut ea utaris ex causa mutui. Hac quippe specie, quantumvis non intervenerit vera traditio: nihilo tamen minus ista permissione & conventione pecunia, etjam antequam loco moveatur, fit mutua: proindeque periculum ejus ad te transit ab eo momento, quo ipsam mutuam impetrasti. *l. certi. 9. §. ult. ibi, quasi mutua. ff. de rebus credit. l. qui negocia. 34. in princ. verf. nec huic simile. ff. mandati.* Simulatque enim usus illius pecuniæ tibi depositario fuit concessus, quamvis non attigeris, eam animo possidere cœpisti: dum hoc animo es, ut eandem pecuniam, jam antè penes te existentem non amplius ex depositi, sed mutui causa, affectuque dominantis obtineas: cujusmodi possessio, cùm in ea animus (dum pecuniam voluntate domini pro tua habere incipis) & corpus (dum eam & antea tenuisti, & adhuc tenes) concurrant, justa & legitima reputatur. *l. possideri. 3. §. 1. & l. quemadmodum. 8. ff. de acquir. vel amitt. possess. Knipschildt exercit. Acad. 2. quæst. 13. pag. 65. & seq.*

Nec prædictis magnopere resistit *l. quod si. 10. ff. de rebus credit.* ubi pecunia initiò deposita, non simplici deponentis permissu ac consensu mutua efficitur: sed eam insuper loco motam esse oportet. Nam rectè respondetur; legem hanc esse exceptionem *dicta l. 9. §. ult. ff. eod.* ita nimirum, ut depositum quidem in ejusmodi casu, quo usus pecuniæ depositæ purè, sive ulla conditione depositario roganti conceditur, statim in mutuum convertatur, etiamsi pecunia necdum à depositario loco mota & usurpata fuerit: secus vero res se habeat, si deponens motu proprio permittat depositario: ut, si volet, pecunia deposita utatur. Tunc enim depositum non antè convertitur in mutuum, quàm depositarius pecuniam loco moveat, eaque uti incipiat: quoniam (*ut loquitur Ulpianus in d. l. 10.*) debitum iri non est certum: hoc est, nondum liquido constat, depositarium ista pecunia uti velle, ut ejus debitor constituatur. Atque ita *in causa hujus l. 10.* usus pecuniæ depositario non roganti permittitur sub hac conditione, *si volet*: quæ conditio tamdiu obligationem mutui suspendit, donec depositarius pecuniam moverit, hocque ipso se pecuniam istam usurpare velle declaraverit, *arg. l. proinde. 8. ff. de reb. credit.* Siquidem voluisse haud dicitur, nisi qui facto aliquo suam voluntatem expressit, *arg. l. reprehendenda. 5. C. de institutionib. & substit. Philipp. Matth. ad d. l. quòd si. 10. ff. de reb. credit. Kitzel. d. cap. 6. num. 14. & seq. D. Bocer. hic num. 40. & seq pag. 150.* 81

Is quoque perhibetur maximè singularis mutuum dandi modus: si tibi, roganti mutuum, debitorem meum pecuniam mihi debitam dare jussero: vel, si inter nos convenerit, ut pecuniam, quàm ex causa mandati mihi debes, eam crediti nomine retineas, respondente Ulpiano *in l. singularia. 15. ff. de rebus credit.* Sed huic è diametro repugnare videtur Africanus *in l. qui negocia. 34. in pr. ff. mandati.* ubi expressum est: pecunia Lucii Titii apud mandatarium ex negociorum administratione existente, eaque ipsi postmodum credita sub usuris semissibus, eam creditam seu mutuam non fieri. Jacobus Cujacius *tract. 8. ad African in d. l. 34. & libr. 8. observat. cap. 8. post Fulgosium & Molineum,* censet; nullam esse quærendam rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum, eosque nullo pacto posse conciliari. Illos novissimè sequuntur Borcholt. *in* Com- 82 83

Commentar. ad tit. ff. de rebus credit. cap. 5. numer. 26. Philippus Matthæus *ad d. l. singularia. 15. ff. eod.* Ant. Faber. *libri. 3. conjecturar. jur. civil. cap. 19.* Georg. Frantzkius *exercitat. jurid. 9. quæst. 6. pag. 222. & Antonius Matthæus Disput. 9. pand. thes. 9.* Quibus addatur Nicolaus de Passeribus à Genoa, *in conciliat. leg. pag. (mihi) 205. & aliquot seqq.* ubi octodecim conciliationes affert: quas tamen omnes itidem im-
84 probat, concludens: Ulpianum & Africanum revera hac in re à se invicem dissentire, nec ulla probabili ratione conciliari posse. Verùm cum Justinianus Imp. nullam in jure antinomiam aut contrarietatem agnoscat, quæ subtili mente, & vera rationis indagine explicari nequeat. *l. 1. §. nulla. 8. & l. 2. §. contrarium. 15. C. de vet. jur. enucleand.* alii Interpretes rectius existimant: Ulpianum de alia facti specie respondisse *in d. l. 15. ff. de reb. credit.* de alia item Africanum *in d. l. 34. ff. mandati.* Ulpianus namque loquitur agitque utroque in casu suo de debitore præsente. Si debitor meus sit præsens, & ego eum jubeam tibi date pecuniam: tunc mutuum contrahitur, & pecunia à debitore meo ad me, & rursus à me ad te profecta videtur: idque singulari jure & benignè receptum est, fictione quadam. Cum enim præsens sit debitor: facilè potuit mihi dare pecuniam, & ego illam tibi: ac propterea hoc factum esse fingimus. Sic cum convenit: ut pecuniam, quam mihi ex causa mandati debes, crediti nomine retineas: ea pecunia mutua efficitur: quia cum præsens sis, facilè mihi dare pecuniam potuisti, & ego illam tibi: ideoque hoc fingimus esse factum. Utimur fictione brevis (*ut ajunt*) manûs: cum per rerum naturam facile fieri potuerit, ut tu mihi, & ego vicissim tibi pecuniam darem. Africanus contra loquitur, agitque de debitore absente. Quo casu pecunia, ex causa mandati debita, non fit credita sive mutua: quoniam fictione brevis manus hic uti non possumus. Neque enim per rerum naturam debitor absens mihi potest date pecuniam, neque ego illam tibi dare possum. Quòd vero in casu *dicta l. qui negocia. 34. ff. mandati.* debitor seu procurator fuerit absens, ex eo probatur; quòd dicitur emisisse epistolam ad creditorem, sive dominum, qua significavit; certam summam ex administratione apud se esse. Atqui ejusmodi epistolam non emitti, nisi ad absentes, in confesso est. Et hanc tanquam omnium planissimam verissimamque conciliationem adducunt Donellus *in d. l. singularia 15. ff. de reb. credit.* Kitzel. *in exegesi de obligat. mut. cap. 6. num. 30. D. Bocer. hic n. 42. cum seq. pag. 152.* Hunnius *Disput. 14. thes. 5. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 6.* Tametsi alii aliam conciliandi rationem afferant. *Connan. lib. 7. Comm. jur. civ. c. 1. num. 9 Duarenus ad tit. C. si cert pet. c. 2. Corasius lib. 6. Miscellan. jur. cap. 16. Robert. lib. 2. sentent. jur. cap. 4. Pacius centur. 3. ἐναντιοφανῶν. q. 67. D. Besold in tract. de mutuo. cap. 7. num. 12. cum seq. Reifenbergius d. disp. 1. juris civil. th. 23. & D. Rümelin. d. disp. ad tit 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 5. in fine.* Cæte-
85 rum prædictæ solutioni non obstat, quod à dissentientibus regeritur: Africanum *in d. l. 34. ff. mandat.* negantem, pecuniam esse creditam, non ponere fundamentum in absentia debitoris, sed in pactione. *Borcholt. d. cap. 5. nu. 15. pag. 265.* Nam eo ipso, quòd Africanus sese fundat in nuda pactione, qua pecunia, ex causa mandati debita, non possit converti in pecuniam creditam, intelligitur se quoque fundare in absentia paciscentium. Siquidem pactio ideo erat nuda: quòd traditio nulla, ac ne ficta quidem, intervenerat: hoc vero idcirco; quia res inter absentes gerebatur, inter quos fingi traditio nullo modo poterat; ut ita absentia sit, maneatque potissima causa, cur in specie *dictæ l. 34.* pecunia non fuerit facta credita. *Hunn. d. quæst. 6. vers. caterùm adducta, &c. pag. 864.*

86 Similiter non obstat, quòd Africanus ibidem speciem illam, cùm tibi debitorem meum jubeo dare pecuniam, objiciens huic speciei, ut pecuniam ex causa mandati debitam, ex crediti causa retineas; & admittens in priori specie, pecuniam fieri creditam, in posteriori non item, nullam aliam diversitatis rationem, quàm hanc, assignat: quòd in priori specie receptum, sit benignè, ut pecunia sit credita; in posteriori verò non sit receptum: atque ita in absentia debitoris se minimè fundat. Hoc, *inquam*, non obstat. Quandoquidem respondetur: in priori ista specie benignè receptum esse, ut pecunia credita fiat: quia omnes paciscentes fuerunt coram & præsentes, inter quos ex benignitate & fictione brevis manus potuit pecunia facile in creditam converti: in posteriori autem casu pecuniam non fieri creditam: quia scilicet paciscentes fuerunt absentes; ut ita diversitatem illorum casuum præsentia & absentia duntaxat personarum manifestè pariat.

87 Præterea nihil movet in contrarium; quòd epistola in jure nostro etiam pro cautione & chirographo accipiatur; idque præsenti quoque dari posse, non dubitetur. *l. emptor 47. §. 1. ff. de pact. l. Titius. 24. ff. de pecun. constit. l. Titius. 34. ff. de pignorat. act.* Etenim verbum epistolæ in jure multoties significare chirographum, non quidem negatur: ast hoc fieri impropriè & abusive omnibus notum est. A propria 88 vero verbi significatione in dubio recedendum non est. *l. non aliter. 69. in prin. ff. de legat. 3.* Accedit, quòd epistola dicitur ad dominum emissa *in d. l. qui negocia 34 in princip. ff. mandati.* Epistolam autem emittere non dicimus, nisi ad absentes. Eodemque facit, quòd Africanus ibidem ait, procuratorem illa epistola significasse domino, penes se esse pecuniam. Atqui epistolâ significamus & notum facimus aliquid absentibus tantum. Unde Cicero *lib. 1. Epist. ad Q. Fratrem*, proprium hoc epistolæ esse testatur, ut scribatur de rebus, quas quis ignorat. *Ita explicat D. Hunnius d. quæst. 6. circa finem.*

Porrò & ille mutuum dandi modus singulariter 89 est receptus: si tibi mutuos roganti nummos, lancem vel massam auri argentive, aut aliam quamlibet spe-

ciem tradam, ut eam vendas, & nummis ex venditione redactis utaris, tuque eam vendas. *l. rogasti.11. in princ. ff. de reb. credit.* Lex etenim, celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultat: & me brevi manu pretium ab emptore accepisse, tibique illud credidisse, fingit, *argum. l. hac ratio.3. §. sed si debitorem. 12. ff. donat. inter vir. & ux. l. licet. 43. §. 1. ff. de jure dot.* Nec huic reluctatur. *l. rogasti. 19. in princ. ff. de praescript. verb.* ubi ex tali facti specie, quam mutuum inducere modo indicavimus, non condictionem certi, ex mutui contractu nascentem: sed actionem praescriptis verbis, ex contractibus innominatis competentem, exoriri respondetur. *Nam* mutuum tunc contrahi censetur, certique condictione, tanquam ex mutuo, agitur; quando is, qui rem vendendam accepit, pretium recepit: idque ex proposita specie *in d. l. 11. ff. de reb. cred.* satis evincitur. Hoc enim actum est, ut rem venderes, & nummis acceptis utereris: quoniam nisi acceperis pecunia tibi mutua esse haud potuit: cum non nisi accepta pecunia uti porueris. Siu autem is, qui rem accepit vendendam, eam nondum vendidit: aut vendidit quidem, sed pretium necdum exegit vel accepit: tunc nondum est mutuum: quia mutuum contractum dici nequit, nisi accepta à debitore pecunia: neque species in mutuum cadere potest. *l. 2. §. 1. ff. d. tit.* Ideoque praescriptis verbis hic actio creditori competit: qua compellere rem accipientem valet, non tam ut actionem sibi adversus emptorem cedat, *arg. l. si socer. 44. §. 1. ff. solut. matrimon.* quàm ut rem sive speciem, quam nondum vendidit, restituat; aut si vendidit, ut tum pecuniam ab emptore condictam vel id quod interest exigat, & in vicem speciei datae sibi reddat: sicut, *post Zasium num. 4. & Alciatum num. 7.* id explicat *Philippus Matthaeus ad d. l. rogasti. 11. in princip. ff. de reb. credit. Pacius cent. 3.* [illegible] *quaest. 65. Broncherst. cent. 2.* [illegible] *assert. 23. edit. 2.*

91 Rursus non contrariatur *praallegata l. qui negotia. 34. in princ. versic. hu argumentum esse. ff. mandat.* ubi Africanus tradit, pecuniam mutuam non fieri si tibi, cum mutuam pecuniam dare vellem, argentum vendendum dedero. *Etenim*, secundum communem Dd. sententiam, respondetur: hanc legem de ejusmodi casu exaudiendam esse, quando quis mutuum petenti dedit argentum vendendum, non quidem ea lege, ut accipiens pecunia inde redacta protinus uteretur: sed ut danti prius illam afferret, ac postea illam ab eodem mutuam acciperet. Idque innuere videtur ipse textus his verbis: *cum mutuam pecuniam dare vellet, &c.* Ergo nondum dedit. Non si quidem convenit expresse, ut accipiens rem vendendam, statim post rem venditam pecunia uteretur. Ast *in d. l. rogasti 11. in pr. ff. de reb. credit.* nominatim actum est; ut, te vendita, venditor pretio sive nummis inde redactis uteretur, adeoque isti nummi statim post venditionem mutui essent. *Accurs. in d. l. qui negocia. 34. §. 1. ad verb. nihilo magis. ff. mandat. Alciatus & alii in d. l. rogasti. 11. ff. de reb. credit.* Et ab hac solutione non omnino alienus videtur Donellus *ibidem*, & Kitzelius *in d. exegesi, de oblig. mut. cap. 6. nu. 20.* Deinde & hoc non incommode dici poterit: Africanum negantem, pecuniam ex lance, vel argento mutui causa vendendo conflatam fieri mutuam, ad strictam juris rationem respexisse: quippe quae non patitur, ut mutuum, quod re, hoc est, numeratione fieri debeat, nuda pactione contrahatur. Neq; etiam mutui naturae quae de meo tuû fieri vult, hoc convenit: ut accipientis pecunia fiat, quae à mutuante ipsi tradita non est, *hoc pr. nostro, & d. l. 2. §. ff. appellata. 2. ff. de reb. credit.* At verò Ulpianus fictione juris nititur: quasi is, qui mutuum rogavit, hoc casu censeatur pecuniam ex lance redactam brevi manu danti solvisse; ac eandẽ illico ab ipso recepisse. Mutuum igitur, quod jure stricto valere non poterat, Ulpianus ex benigna juris ratione sive ex aequo & bono sustinet, propter singularia quaedam creditae pecuniae praecepta. *d. l. singularia. 15. ff. eod. tit. Iul. Pac d. cent 3. quaest. 65. in fin. Bronchorst. d. cent. 2. assert. 23. ad fin. Philipp. Matth. ad dictã l. 11. ff. de reb. cred pag. 114. Molin. in tract. de usur. quaest. 84. num. 658. pag. 653. D. Besold. in tract. de mutuo. cap. 7. num. 6. D. Rümelin. d. disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 6. lit. b. Knipschild. d. exercit. Acad. 2. q. 15. pag. 67.* Atque istam geminam prima facie pugnantium legum conciliationem, quantumvis divinationis vitio laborare putetur, malo calculo meo comprobare, quàm cum Cujacio *in d. tract. 8. ad African. ad d. l. qui negocia. 34 sub finem. ff de reb. credit.* ejusque perpetuo assecla Borcholten *d. cap. 5. nu. 28.* & Anton. Fabro *d. lib. 3. conjectur. cap. 29.* & nonnullis aliis asseverare, ab Ulpiano Africanum vere dissentire, *contra pronunciatum Divi Imp. Iustiniani in d. l. 5. nulla. 8. & d. l. 2. §. contrarium. 15. C. de vet. jur. enucl.* Porrò magis divinatorias solutiones qui amat, adeat is D. Bocerum *hic numer. 46.* inter verum & quasi mutuum inconsiderate distinguentem; & Hunnium, inter veritatem & fictionem juris distinctionem temere fingentem, *d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quaest. 5. in fine.* itemque Nicolaum de Passerib. à Genoa, *in d. concilian. leg. pag. 223. & seqq. ubi septem conciliationes refert.*

Modus dandi & accipiendi mutuum, adjunctam mutui qualitatem concernens, hic est: quòd mutuum datur aliquando gratis, quandoq; verò sub usuris. *l. lecta. 40. ff. de reb. credit.* (quam insignem legem, à paucis hactenus intellectam, omnium accuratissimè rectissimeque noviter explicuisse mihi videtur D. Rümelin. *d. disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 12. & sex seqq.*) *l. debitor. 7. l. pecunia. 9. l. Gajus. 11. l. Seja. 12. l. cum quidam. 17. & l. etiam ex nudo. 30. ff. de usur.* D. Bocer *d. class. 2. disput. 7. thes. 31. edit. 2.* 92

93 Sua equidem natura mutuum, utpote ex amicitia & familiaritate profectum, est gratuitum, *arg. l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pact. l. usura pecunia. 121. ff. de verbor. signif.* Verum stipulatione mutuo adjecta effici potest, ut propter usum pecuniae mutuae licitas usu-

ras

ras mutuatarius præstet. *l. quamvis. 3. C. de usur. l.*
idemq.10.§.si quis Titio. 4.ff. mandat. l. Titius.24.ff.
de præscript.verb. Idque receprum est ideo : non,
quòd non sit contra naturam & essentialem proprie-
tatem mutui, usuram mutuæ pecuniæ accipere : sed
quòd tunc non tam ex mutuo usuræ numerentur,
quàm ex stipulatione, cui causam solummodo præ-
buit mutuum, *docente Gœddæo in Commentar. de con-*
trah. & committ. stipulat. c.8.n 83. Planè si vinum, o-
leum, vel frumentum mutuò detur : ob incertum &
inconstans frugum prerium, etiam ex nudo pacto u-
suras præstari, rescriptum extat. *l. frumenti. 12. ibiq.*
Gothofredus. l. si ea lege.17. & l.oleo.23.C. de usur. Sed
& si pecunia à civitate, vel argentariis alicui creda-
tur : usuræ nudo pacto promissæ debentur. *dict. l. et-*
iam ex nudo.30.ff. eod. Novell.136. cap.4. ut & si tra-
jectitia pecunia mutuetur. *l. periculi. 5. §. ult. & l. in*
quibusdam.7.ff. de naut fœn. Aliâs verò nudum pa-
ctum mutuo, ut stricti juris negocio, etiam in conti-
nenti adjectum, ad actionem jure civili scripto inef-
ficax esse, extra controversiam est. *d.l.si tibi decem.17.*
in pr.ff. de pact.l rogasti.11.§. si tibi dedero.ff. de reb.cre-
dit. D. *Bocer.d.Disp.7.thes.33.lit.e.*
95 Est & hic ejusdem generis dandi & accipiendi
mutuum modus, quo mutuum datur sive contrahi-
tur vel purè, vel ad certum diem, vel sub conditione.
96 *l. proinde.8. & d l. lecta.40.ff. de reb.credit.* Sed quæ-
ri hic potest : an mutuatus pecuniam purè, eam sta-
tim reposcenti creditori restituere compellatur ? Et
quamvis Accursius, Baldus & Angelus *ad l. si pœnam.*
68.ff. de verb. obligat. affirmativè respondeant : ego
tamen *cum Doctoribus suprà num.17. citatis*, contra-
riam sententiam veriorem judico, adeoq; existimo:
tantum temporis inter pecuniam acceptam, & eam
restituendam intervenire debere, quantum arbitrio
judicis debitori, ad convertendam illam in utilita-
97 tem suam, sufficere possit. Hujusque assertionis ra-
tio non obscura est : tum quia contractus idcirco
sunt adinventi, ut exinde aliqua utilitas ad contra-
hentes redundare queat, *argum. l. si, ut certo.5 §.2.ff.*
98 *commodat.* Tum quia homines hominum beneficiis
juvari oportet, non decipi. *l. in commodato. 17. §. sic-*
ut. 3. in fine.ff.d.tit. At si debitor cogi posset, ut pe-
cuniam mutuò acceptam statim creditori restitue-
ret, deciperetur potiùs, quàm juvaretur. *Idem quoq;*
cautum reperitur jure Provinciali renovato Württem-
berg.part.2. tit.1.§. Welcher dem andern/etc. *pag.216.*
99 Nec quicquam refragatur *l. eum, qui Calendis. 41.*
§.1.ff. de verber. obligat. ubi hæc in verba Ulpianus
respondit : *Quoties in obligationibus dies non ponitur,*
præsenti die pecunia debetur. Cum quo concurdat
Pomponius *in l. in omnibus.14.ff. de regul.jur.* Nam
summo quidem jure inspecto, statim debitor à cre-
ditore conveniri posse videtur, ut pecuniam acceptā
restituat : verùm ut contra juris stricti regulas, mul-
ta pro communi utilitate sunt constituta, teste Ju-
liano *in l. ita vulneratus. 51. §. ult.ff ad leg. Aquil.* sic
& in proposità specie communis utilitas & æquitas
suadent, ut non statim debitor conveniatur; sed ali-
quod ei temporis intervallum relinquatur, quo pe-
cuniam mutuo acceptam in necessarium usum ero-
gare valeat. *Fachin.lib.2.controvers jur.cap.51.* Beni- 100
gniùs quippe leges interpretandæ sunt, quo voluntas
earum conservetur. *l. benignius. 18. ff. de legib.* Hinc
licèt & aliàs quodvis debitum purum, cui nulla dies
vel conditio apposita est, præsenti die deberi & peti
posse dicatur. *l. cedere diem. 213. ff. de verb. significat.*
nihilominus tamen debitori aliquid adhuc tempo-
ris ex æquitate indulgendum præcipitur, quo com-
modè solvere possit. *l. quod dicimus. 105 ff. de solutio-*
nib. & liberationib. l. si ita stipulatus.14. cum l. seq.15.
l. existimo. 98.§. ult. l. continuus.137.§. illud inspicien-
dum.4.ff. de verb. obligat. Kitzel. *in exeges. de obligat.*
mut.c.6.numer.47. Knipschildt d. exercit.2. quæst.21.
pag.72. Richter.d.disp.2.th.8. ad lit.a.pag.44.
Illud quoque in quæstionem non inconvenienter 101
hoc loci vocatur : utrùm in diem quod debetur, cre-
ditori invito ante diem rectè solvatur ? Id quod non
levibus rationibus moti negandum putant *Speculat.*
lib.4.part.3. tit. de emphyteus. §. nunc aliqua.num. 44.
Bald. in l. item illa. 18.ff de constit. pecun. in lect. an-
tiq. numer.1. & in addit. nov. ex lectur. antiq. ibidem.
numer.2. ibi, nota quod creditor, &c. Æmilius Ferret.
& Cujacius in l. stipulatio ista. 38. §. inter. 16. ff. de
verb. obligat. idem Cujac. libr.23. observat cap.22.
Borcholt, in tract. de verb. obligat. cap. 6. num. 33. &
D. Collega Bocerus class.2. Disput 7. thes.31. edit. 2.
& infrà ad princip. tit. quib. mod. tollit. obligat. nu-
mer. 67. & multis seqq. pag 535. & seqq. Verum con-
traria affirmantium sententia ut crebrioribus votis
recepta; ita & veritati magis consentanea est. Ea-
que in primis nititur aperto textu *in l. stipulatio ista,*
habere. 38. §. inter. 16. & l. continuus.137. §. 2. vers.
nam & quod. ff. de verb. obligat. l. quod certa.70.ff. de
solutionib. & l. quod quis. 50. ff. de obligat. & actio-
nib. in quibus scriptum est, quod certâ die promis-
sum est, vel statim dari & solvi posse. Rectè au- 102
tem jureque illud solvi posse dicitur, quod invito
adversario vel creditore, solvi potest, *argum. l. quod*
stipulatus, 10. & l. si quis stipulatus fuerit. 57. §. 1. ff. de
solutionib. & §. si quis alii. 4. vers. planè. infr. de inu-
tilib. stipulat. Nec prædictos textus enervat, quod
quidam regerunt : sæpiùs aliquem dici, posse etiam
id, quod potest ita demum, si adversarius velit &
consentiat. *l. rescriptum. 12. in princip. ff. de distract.*
pignor. l. invitum. 11. C. de contrah. empt. l. nec eme-
re. 16. C. de jure deliber. l. invito. 69. ff de reg. jur. &
similib. Etenim non nisi impropriè dicitur, id quem- 103
piam posse, quod facere nequit, altero non consen-
tiente. Ast à propriâ significatione verborum non
aliter recedi oportet, quàm cùm manifestum est,
hoc sensisse legislatorem. *l. non aliter. 69. in princ. ff.*
de legat.3.
Deinde pro nostrâ assertione haud parùm facit, 104
quod *in l. stipulatio ista. 38. §. inter. 16. ff. de verbor.*
obligat. & in d. l. quod certa. 70. ff. de solutionibus.

traditur: in obligationibus in diem, totum medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui. Atqui liberum non esset debitori tempus ad solvendum, si ei non liceret solvere invito creditori, aut si creditor solutionem recusare ante diem jure posset. Liberum quippe illud dicitur, quod est in potestate alicujus ita, ut facere, cùm velit, possit. Nec quicquam movet, quod à dissentientibus affertur: illud quoque dici alicui liberum esse, seu liberum relinqui, quod non ex facientis tantum, sed alterius etiam voluntate & consensu dependet: ut cùm dicimus, liberum esse adolescenti cum puellà matrimonium contrahere: hic liberum non est absolutæ vo-
105 luntatis. Neque enim adolescens, si puella nolit, matrimonium cum illâ contrahere potest: cùm libera debeant esse matrimonia. *argument l. Titia.* 134. *in fine principii ff. de verbor. obligat.* Nihil, inquam, id movet: quia istud impropriè liberum dicitur: in quo significatu verbum hoc *liberum*. Ulpianum *in d. l. stipulatio.* 38. §. *inter.* 16 *ff. eod.* & Celsum Jureconsultum *in d. l. quod certa.* 70. *ff. de solutionib.* accepisse, præsumi non debet, *arg. d. l. non aliter.* 69. *in princip. ff. de legat.* 3.

106 Tertiò huc confert *l. eum, qui Calendis.* 41. §. 1. *in fine. ff. de verbor. obligat. l. intra* 7. *ff. de re judicat. l. cùm tempus.* 17. *in fine. ff. de regul. jur.* & §. *omnis stipulatio.* 1. *vers. quia tetus. infr. de verbor. obligat.* in quibus locis disertè cavetur, quòd diei adjectio sit pro reo sive debitore, non pro stipulatore seu creditore. Si igitur dies pro debitore est; ei die uti licet, si velit: si nolit, eique videatur commodum statim solvere, licet die non uti: ut ita nihil magis ei dies noceat, quàm si omnino adjectus non esset: quo casu statim etiam creditori invito solvi posse, certum est: adeò, ut illo recusante accipere, si pecunia solenniter obsignetur, ipso jure liberatio contingat. *l. obsignatione.* 9. *Cod. de solutionib.* Ac sanè dies, qui pro debitore est, ipsi obesse minimè debet, *argum. leg. nulla.* 25. *ff. de legib.* ubi Modestinus perelegan-ter hunc in modum respondit: *Nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur: ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.*

107 Quartò huic sententiæ robur addit: quòd cuique licitum est; beneficio pro se tantùm introducto renunciare, idque contemnere *l. si judex.* 41. *ff. de minorib.* 25 *an. l. sed & si.* 4. § *quæsitum.* 4. *ff. si quis cautionib. in judic. sistendi caus. fact. non obtemp. l. pactum.* 46. *ff. de pact. l. penult. Cod. eod.* Atqui verò dies beneficio debitoris seu promissoris tantùm in dubio adjectus intelligitur. *dict. l. eum, qui.* 41. §. 1. *in fin. ff. de verbor. obligat. d. l. cùm tempus.* 17. *ff. de regul. jur.* Ergo illi debitor renunciare, illumque contemnere: & consequenter etiam ante diem creditori repugnanti solvere poterit.

108 Quintò accedit textus *in l. eum qui rogatur.* 15. *ff. de annuis legat.* ubi dicitur, si dies non legatarii, sed heredis causâ adjectus sit: tunc si ante diem solverit heres legatum, ipsum liberatum censeri: cùm plus præstiterit, quàm debuerit. Sextò suffragatur jus vetus Provinciale Württembergicum, *part.* 2. *tit.* **Wie geliehen Gelt oder Gut gefordert und bezahlt werden** *fol. pag.* 184. ubi hæc habentur verba: **So aber gewisse Zihl und Tag gesetzt / sol der Leiher vor dem Zihl nicht fordern / aber der Schuldner mag vor dem Zihl wol zahlen / wann er will / welches auch der Leiher anzunemmen schuldig.** Quæ dispositio cùm jure renovato Württembergico specialiter non sit sublata aut correcta: meritò ei etiamnum standum erit. *l. præcipimus.* 32. §. *ult. Cod. de appellationib.*

Postremò hanc defendunt, probantq; sententiam *Bartol. Iason, Coras & Duaren. in dict. l. stipulatio ista.* 38. §. *inter.* 16. *ff. de verbor. obligat. Donell. in dict. l. eum, qui.* 41. §. 1. *numer.* 47. *& seqq. ff. eod. Gæddæus ad l. ut si cui.* 12. §. *numer.* 5. *ff. de verbor. significat. Gomez. tom.* 2. *variar. resolut. cap.* 11. *num.* 22. *Anton. Faber lib.* 1. *conjectur. jur. cap.* 1. *Brisson. libr.* 1. *de solut. pag.* 348. *Bronchorst. centur.* 2. ἐναντιοφανῶν. *assert.* 95. *edit.* 1. *Hackelman. Disputat illustr.* 9. *thes.* 9. *liter. b. Forster. lib.* 3. *Disputat.* 19. *thes.* 7. *Arumæus Exercit. Iustin.* 16. *thes.* 3. *& in Commentar. de morâ. cap.* 7. *numer* 9. *Clud. de condict. indebit. cap.* 2. *num.* 8. *Plebst. Disput.* 2. *de jure topico Ducatus Württemberg. thes.* 9. *Hunnius Disputat.* 16. *thes.* 31. *& libr.* 3. *variar. resolut. jur. civ. tract.* 2. *quæst.* 10. *pag.* 835. *& seq. Philipp. Decius in d. l. cùm tempus.* 17. *ff. de reg. jur. numer.* 4. *vers. idem est de quolibet, &c. Petr. Peck. lib.* 5. *de testam. conjug. c.* 28. *n.* 2. *Ioan. Zanger. de except. part* 3. *cap.* 1. *num.* 218. *& seqq. Andr. Gerhard. decad.* 16. *quæstion.* 3. *Hillger. in Donell. enucleat. lib.* 16. *cap.* 11. *ad lit. c. Petrus de Bella Pertica in suis quæstionib. & decisionibus aureis & singularib. quæst.* 41. *Dn. Martin. Rümelin. Exercitat.* 16. *ad Institut. th.* 8. *sub lit. e. pag.* 151. *Riemer. decad.* 11. *quæst. illustr.* 9. *Hænon. Disputat.* 17. *controvers.* 24. *Wegner. Disputat.* 13. *thes.* 6. *ad lit. c. Matth. Stephan. cent.* 3. *quæst.* 96. *lit. a. Petr Aug. Morla. part.* 1. *empor. jur. tit.* 8. *quæst.* 21. *numer.* 4. *aliiq; ab eo citati.* Atque hanc assertionem novè etiam tuetur, & Scabinorum Lipsensium responso corroborat Matthias Berlichius *decis. aur.* 153. *n.* 2. *& seqq. pag.* 587. *cum seqq.*

Huic stabilitæ decisioni primò non adversatur *l.* 109
si soluturus. 39. *vers. quid enim, si inopportuno. ff. de solutionib.* ex quâ patet, oblationem & solutionem pecuniæ fieri debere opportuno loco & tempore. Opportuno autem tempore non solvitur debitum, si alio tempore, quàm quo dari debuit, sicq; ante diem adjectum solvatur vel offeratur. Non adversatur, *inquam*. Quia minor propositio manifestè falsa est, nec ulla lege probari potest: quinimò ex majori propositione hæc potius assumptio extrui debet: Ast opportunum tempus est, licet ante diem constitutam debitor solvat, *ut ostensum est ex d. l. eum, qui.* 41. §. 1. *in fine ff. de verbor. obligat. & similibus præallegatis.*

Deinde non resistit *l. creditor.* 102. *in princ. ff. de solutionib.* 110

lutionibus. ex qua tale ducunt argumentum: Si debitor alio tempore creditori invito posset solvere: periculum non debitoris esset, sed creditoris, qui pecuniam sibi oblatam accipere noluit. Creditoris vero non esse, sed debitoris, liquet *ex d. l.102. ff. eod.* Hoc, *inquam*, non resistit: quoniam in specie istius legis ideo periculum creditoris non esse respondetur: quia inopportuno tempore debitor solvere voluit: ac proinde creditor pecuniam oblatam, alio die, hoc est, sibi magis opportuno, accepturus, justa ex causa distulit. Quod ipsum exemplo tutoris planum & perspicuum efficitur. Nec enim ita constringendus est creditor; ut, si necessariis occupationibus distentus atque districtus teneatur, iis omissis debitorem sequi necesse habeat: sed potius in alium sibi magis convenientem & opportunum diem differre solutionem poterit: &, si interim deposuerit debitor pecuniam (*qui videtur esse casus dict. leg. creditor. 102*) suo, non creditoris, periculo deponet: cum nulla prorsus hic culpa creditori, qui necessariis negociis impeditus oblatum accipere non potuit, imputari

111 queat. Necessitatem siquidem legi non subesse, tralatitium est, *argum. l. 2. 1. & 4 ff. de in jus vocand. l. 1. §. 1. cum ibi notat. ff. de offic. consul. l. alienationes. 13. ff. famil. er sc. l. quæ propter necessitatem. 162 ibique Decius, & Cagnolus. ff. de regul. jur. latè Tiraquell. in tract. de retract. Lignagier. §. 26. glos. 1. num. 19. & sequentibus.*

112 Sic quoque non refragatur *l. 2. §. idem Iulianum. 7. & l. ii. qui certo. 9. ff. de eo, quod certo loco.* ubi is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quàm in quo promisit, solvere invito stipulatore potest. Ergo nec alio tempore solvere poterit: cum locus & tempus comparentur. *d. l. si soluturus. 39. ff. de solutionibus* Nam respondetur: rationem consequentiæ non sat firmam esse: propterea quòd tempus solius promissoris, nō etiam stipulatoris, gratia adjiciatur. *d. l. cum qui 41. §. 1. in fin. ff. de verbor. obligat. d. l. cum tempus. 17. in fin. ff. de reg. jur. & similibus suprà adductu.* locus autem utriusque contrahentis gratia apponi soleat. *d. l. 2. in princ. ff. de eo, quod cert. loc.* Nec quicquam comparatio loci & temporis *in d. l. si soluturus 39. ff. de solut.* officit, modò eam ratione importunitatis quispiam intellexerit, *docente Arumæo locu præællegatu.*

113 Rursus nihil obstat *l. item illa. 18. in princ. ff. de constit. pecun.* ex qua evincitur: creditorem impunè recusare posse ante diem constituti debitam pecuniam accipere. *Etenim* creditor ante diem constituti recusare solutionem potest: & nihilominus ei actio de constituta pecunia ad solvendum competit, si tempore constituti paratus sit accipere; si scilicet res adhuc sit integra, id est, si promissa res adhuc extet. Nam & cæteri omnes creditores, quibus ex aliis causis debetur, etsi maximè in accipiendo moram fecerint: nihilominus tamen integras actiones suas retinent, quamdiu res debita extabit. *arg. l. illud. 17. ff. de peric. & comm. rei vend.* Itaque Jureconsultus *ind. l. 18. ff. de constit. pec.* indicans, actori non nocere, si promissum ante diem oblatum accipere recusavit, non simpliciter negat nocere: sed negat nocere ad actionem constitutæ pecuniæ movendam, rebus adhuc integris, si nimirum res promissa adhuc extet. Unde haud obscurè arguit, aliis in rebus illi nocere, quòd ante diem accipere oblatum recusaverit. *Latè Donell. ad d. l. cum, qui. 41. §. 1. num. 49. ff. de verb. obligat.*

Præterea negocii facit nihil *textus in l. sed etsi ante. 20. ff. ad Senatusconsf. Trebell.* ubi cum heres, qui ad diem rogatus erat restituere hereditatem, ante diem non rectè restituat: inde inferendum videtur, quòd nec debitor ante diem solvendo, creditore invito, liberari queat. *Heres* enim, qui ad diem rogatus est restituere hereditatem, non tenetur quidem ante diem in fideicommissarium hereditatem transferre: si tamen eam sponte vult restituere, hoc potest facere in sui præjudicium; ut scilicet actiones, quæ heredi contra hereditarios debitores competebant, in fideicommissarium transferantur, *l. post mortem. 12. & ibi Castrens. Cod. de fideicommiss. Bronchorst. d. cent. 2. assert. 95. edit. 1. pag. 265.* 114

Tandem nostræ conclusioni nihil decerpit. *l. qui Romæ. 122. in princ. ff. d. verb. obligat.* ubi traditur, quòd debitor in diem, ante diem creditori invito non rectè solvat. *Quandoquidem* in istâ lege dies fuit apposita in gratiâ creditoris seu stipulatoris: ac proinde ante diem ei invito solvi nequit: quia utilitas temporis, contrahentium conventione vel testamento illi semel concessa, invito auferri non debet, *arg. l. si ita relictum. 43. §. 2 ff. de legat. 2. d. l. cum, qui. 15. ff. de annuis legat. l. 3. §. 3. ff. de usuris. Gerhard. d. decad. 16. quæst. 3. in fine.* Cæterùm in dubio dies semper præsumitur adjectus in gratiam debitoris: ideoque is etiam præmature & ante diem solvere potest: cum cuilibet favori suo renunciare liceat, *d. l. cum. qui. 41. §. 1. in fin. ff. de verb. oblig. d. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. d. l. penult. Cod. de pact. Ant. Gomez. tom. 1. var. resol. cap. 15. num. 5. & tom. 2. cap. 11. n. 22. huncque cum aliis citans Petrus Aug. Morla d. part. 1. emporii jur. tit. 8. quæst. 21. num. 4. & 5.* 115

Ex prædictis quilibet, qui non contentionis, quàm veritatis, amantior est, fateri cogitur: veram esse illorum sententiam, qui statuunt: etiam invito creditori ante diem solvi posse, quod in diem debetur. Verum clariss. Dn. Collega Bocerus semel seductus, atque in erroneam opinionem adductus, ab ea promore suo recedere non vult. *infra ad princip. d. tit. quib. mod. tollit. obligat. num. 68. & seqq. pag. 535.* Unde rationes & responsiones modò allatas eludere conatur: sed frustra. Nam primo impingit in eo, quòd putat, solum illum diem, in quem promissum est debitum, esse tempus solvendi opportunum. At textus ab ipso allegati hoc non docent: sed id saltem efficiunt, diem illum, in quem promissum est debitum, esse tempus solvendi opportunum: quod nemo unquam negavit. Sed quòd ille solus dies sit tempus solvendi opportunū, adeoq; præcise illo die facienda 116

solutio, & ante illum diem invito creditori solvi nequeat: hoc, *inquam,* nullo jure cautum reperitur.

117 Deinde admodum debili argumento, pro corroboranda sua opinione, utitur: quandò putat, eandem esse rationem solutionis faciendæ certo tempore: quæ est conditio solutionis certo loco præstandæ: Namque ratio diversitatis patet ex iis, quæ in præcedentibus *dicta sunt ad num.* 112. Et licet Dominus Collega Bocerus opinetur: quadam consideratione tempus etiam creditoris gratia adiici dici: tamen id nullo jure comprobare potest. Etenim *legis, si solu turus.* 39. *ff. de solutionib.* quam pro sua opinione adducit, longe alius est intellectus: sicuti pluribus ostendit Arumæus *in d. Comment. de mora. c.* 7. *num.* 9. *&*
118 *d. Exercitat. Iustin.* 16. *thes.* 3. Tertiò valde ridiculum & suavem se præbet D. Bocerus, quando negat, veram esse propositionem illam, quâ dicitur, posse quem etiam invito alio, quod potest. Nam quando *in d. l. rescriptum.* 12. *in pr. ff. de distract. pign.* dicitur: creditorem à debitore pignus emere posse: præsupponitur consensus utriusque, ita exigente negocio, de quo ibi agitur, *arg. t. infr. de oblig. ex consens.* Et antequam constet de voluntate debitoris, nondum posse dicitur creditor. Idem etiam ad alterum exemplum, à D. Bocero allatum, respondendum putamus. Itidem enim, quando quis dicitur posse alteri donare, præsupponenda est voluntas ejus, cui quis donare posse dicitur. Hac siquidem deficiente, ei donari non potest. *l. hoc jure.* 19. §. *non potest.* 2 *ff. de dona-*
119 *tion.* Huc facit, quòd non dicatur posse, qui non potest solus. *Angel. consil.* 61. *in fin. vers. nec obstat, &c.* Idque late declarat Dominic. Cardinal. Tusch. *tom.* 6. *conclusion. practic. lit. P. conclus.* 460. *num.* 17. *& seqq.* Meritò ergo etiam non nisi impropriè posse dicectur, qui tantùm potest altero volente ac consentiente: sicut, post alios, noviter quoque sentit Hunnius *d. lib.* 3. *variar. resolut. tractat.* 2. *q.* 10. *pag.* 836.
120 Quartò putat Dn. Collega Bocerus, *ad princ. d. tit. infr. quib. mod. tollit. obligat. num.* 81. *& seq. pag.* 538. me sine ratione negare: propriè dici liberum, quod non ex unius, sed alterius etiam arbitrio dependet. Verùm facilè obtinebo apud omnes Jurisconsultos: non nisi impropriè dici liberum, quod ab alterius voluntate dependet. Id vel ex unico illo Impp. Diocletiani & Maximiani rescripto patebit, quod est *in l. sicut.* 5. *C. de obligat. & actionib.* ubi negatur, esse liberum, quod non nisi consentiente adversario
121 fieri potest. Et quid ni? Nam ipsum verbum *liberè* idem importat, quod importat, sine contradictione, & è converso. *Alexand. consil.* 214. *num.* 2. *& seq. vers. pro hoc etiam facit. lib.* 6. Et lex concedens alicui aliquid faciendum *liberè,* intelligitur sine requisitione alterius. *Curt. Iunior consil.* 2. *num.* 3. *lib* 1. Verbum namque *liberè,* excludit omne onus. *Socin. consil.* 43. *num.* 13. *lib.* 4. plenamque & omnem libertatem importat: ita, ut cesset omne impedimentum, & non requiratur consensus ejus, cujus alias deberet requiri *Ruin. consil.* 219. *num.* 3. *lib.* 1. *Roland. à Valle consil.* 42. *num.* 19. *lib.* 1. Hæcq; in tantum procedunt, quòd improprietur verbum *liberè,* si non importaret libertatem absolutam. *Ioan. de Anan. consil.* 62. *num.* 2. In quam rem plura adducit Dominicus Card. Tusch. *practic. conclusion. tom.* 5. *lit. L. conclus.* 335. Quæ cum ita unanimi consensu à Doctoribus nostris tradantur: quis non miretur, solum Bocerum audere tam absonam & à verborum proprietate abhorrentem interpretationem afferre dictorum textuum *in l. stipulatio ista.* 38. § *inter.* 16 *ff. de verb. obligat. & l. quod certa.* 70. *ff. de solutionib.* Quasi verò, dum ibi dicunt Ju- 122
risconsulti, in obligationibus in diem totum tempus medium promissori ad solvendum relinqui liberum: quasi, *inquam,* horum verborum nullus alius sit sensus, quàm quòd medium illud tempus à creditoris petitione liberum sit. Cur ergo addunt Jurisconsulti *in dd legib.* q. in diem debetur, vel statim solvi posse? Debitori igitur medium illud tempus ita liberum relinquitur, ut vel statim solvere possit, & quidem etiam invito creditori. Alioquin quæ hæc esset libertas, quæ ab alterius dependeret voluntate? Aut quis unquam de eo dubitasset, quin debitor volenti creditori ante diem solvere posset?

Tandem Dn. Collega Bocerus *in d. princip. infr.* 123
quib. mod. tollit. obligat. nu. 91. *pag.* 540. non rectè accipit verba mea, quibus dixi *suprà n.* 108. prædictæ sententiæ suffragari quoq; jus vet. provinciale Würtembergicum. Neque enim præcisè argumentor à jure Würtembergico ad jus commune: cum sciam, hæc jura à se invicem interdum discrepare. Veruntamen cum in plerisq; conveniant: utique verisimile est, quòd in proposito quoq; consentiant: proindeq; sicuti jure Würtembergico, ita & jure communi creditori etiam invito ante diem solvi queat. Nam contrarium jure communi dispositum esse: nullo solido satisque firmo fundamento ostendi potest. Ad reliqua, quæ contra fundamenta nostra, supra *n.* 102. *& seqq.* adducta, adferri solent, tum à D. Bocero, tum Botcholten *prædictis locis,* solide respondit Valentin. Riemer. *d. decad.* 11. *quæst.* 9.

Non omittenda hoc loco & illa quæstio est: si mu- 124
tuam mihi pecuniam purè promittas, & eandem jussu meo sub conditione promittas alteri, an ego, pendente conditione pecuniam illam à te petere possim? Et negativè respondit Iavolenus Jurisconsultus *in l. pecuniam.* 36. *ff. de reb. credit.* Cui non contradicit Paulus *in l. purè.* 5 *in princ ff. de doli mali, & met. except.* ex qua apparet, heredem, pendente conditione pecuniam, quæ defuncto purè debebatur, & quam defunctus tibi sub conditione legavit, petere posse: dummodò legati nomine caveat, se illud præstiturum, si conditio extiterit. Dicendum enim est: Iavolenum disertè loqui de stipulatione conditionali: Paulum 125
verò de legato conditionali: inter quæ magnam esse differentiam in propatulo est. Siquidem stipulatorē conditionalem, pendente conditione, creditorem esse placet: legatarium conditionalem, non item. *l. is, cui sub condit.* 42. *in princ ff. de oblig. & actionib. l. condition. credit.* 54. *ff. de verb. signif.* Quâ de causa Javolenus *in d. l. pecuniam,* 36. *ff. de reb. cred.* respondit; me,

me, pendente adhuc conditione, sub quâ Attio pecunia promissa est, pecuniam petere non posse: quia videlicet Attius jam creditor est, eique pecunia jam debetur. Ast *in d. l. purè. 5. in princ. ff. de dol. mal. & met. except.* heres, pendente conditione, sub quâ pecunia est legata, decem rectè petit: quoniam legatarius creditor nondum est, illique pecunia nondum debetur: sed legatarius primùm incipit esse creditor, eique pecunia primùm incipit deberi, ubi con-
126 ditio existit. Ratio autem, cur stipulator conditionalis, etiam pendente conditione, creditor sit, hæc redditur: quia stipulatio vires ex præsenti accipit. *l. usufructus. 26. ff. de stipulat. servor.* hoc est, in stipulatione spectatur tempus, quo contrahitur. *l. si filiusfamilias. 78. in princ. ff. de verb. oblig. l. non omne. 144. in fin. ff. de R. I.* atque ideo existente, conditione, stipulatio perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio est interposita, purè sineque conditione facta esset. *l. potior. 11. §. 1. ff. qui potior. in pignor. habeant.* Atqui si purè contracta fuisset stipulatio: stipulatorem statim ex illo tempore fuisse creditorem, non ambigitur. E contrario legatum vires accipit ex futuro conditionis eventu: hoc est, in legato spectatur tempus, quo conditio existit: proindeque existente conditione, legatum perinde habetur, ac si tunc primùm purè relictum esset. Ex quo consequitur: pendente conditione, legatarium conditionalem non posse esse creditorem; ut id planiùs paulò declarat Boreholt. *in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 6. num. 6. & subsequentib.* item Philippus Matthæus *ad d. l. pecuniam. 36. ff. de reb. credit.* hosque laudans D. Besoldus *in tract. de mutuo. cap. 7. num. 14. & seq.*

127 Actio, ex mutui contractu quæ nascitur, vocatur certi condictio, *hoc principio nostro, in fine.* Appellatur quoque mutui actio. *l. neq; mutui. 5. Cod. quib. non objicitur longi tempor. præscrips.* item actio, si certum petatur. *l. 1. in princ. ff. de condict. tritticiar.* & actio pecuniæ creditæ. *l. penult. in fin. ff. de institor. act. d. l. rescriptum. 12. §. 1. ff de distract. pignor.* Cæterùm, de hac certi condictione valdè digladiantur & rixan-
128 tur Doctores. Eam enim plerique duplicem faciunt: alteram specialem, quæ ex solo mutui contractu, sive obligatione emergat: alteram generalem, quæ ex quibuslibet aliis contractibus, ex quibus certum petitur, descendat, eorumq; actiones in sese contineat. *Accursius & Bartol. in rubric. & in l. certi condictio. 9. ff. de reb. credit si cert. pet. Speculator. in tit. de obligat. & solut. §. sequitur, &c. Fulgos. Salicet. & Bald. ad Rubr. Cod. si cert. pet. ibiq; Cujacius in suu paratitl. & Schneidevvin. hic num. 31. & idem ad §. sequens illa. 16. num. 7. ibiq; Vulteius numer. 13 infr. de actionib. Fachin. lib. 2. controversiar. jur. c. 90. vers. sed nec illa est prætermittenda, &c. Harsolte. part. 3. act. 1. Vacenius à Vacuna. lib. 3. declarat. 47. n. 11 Schickard. Disput. 12 ad Instit. thes. 1. ad lit. o. & in resolut. q. 10.* Alii verò numero non pauci contendunt: unicã tantùm, eamque generalem esse certi cōdictionem, ex omni causa, omnive contractu seu obligatione, in quâ certum peti potest, adeoque mutui etiam, ex quâ semper certum debetur, competentem. *Zasius, Iason. & Donellus in d. l. certi condictio. 9. ff. de reb. credit. Oldendorp. class. 4. action. 17 numer. 8. pag. 626. & action. 28. pag. 746. Mynsinger. hic num. 19. ad fin. & in d. §. sequens. 16. num. 8. & seqq. infr. de actionib. Hegius hic num. 36. Rittershusius pag. 407. Nonius numer. 42. & seqq. Gœddæus in Comment. de contrah. & committ stipul. c. 11. conclus. 2. num. 9. cum seqq. Philipp. Matth. ad rubr. d. tit. ff. de reb. credit. &c. Gilkenius ad rubric. C. si cert. pet. n. 7. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæstion. 20. pag. 890. cum seq. & in resolut. ad Treutler. disp. 18. th. 10. lit. A. quæst. 40. pag. 1260. & seq. volum. 1. Duaren. ad tit. Cod. si cert. petat. cap. 6. Kiezelius in exeges. de obligat. mut. cap. 7. num. 26. & seqq. D. Bocer. hic num. 155. cum seq. & class. 2. Disp. 7. thes. ult. lit. d. edit. 2. Treutler. Disput. 20. thes. 10. volum 1. Richter. d. disput. 2. th. 10. sub lit. a. pag. 49. & Ant. Matth. Disp. 9. Pandect. th. 8.* Etsi autem inter u- 129
tramque opinionem parum interest in effectu, *ut monet Bachovius in tract. de actionib. disp. 4. th. 10. lit. a. p. 130. cum seq. & ad Treutler. d. disput. 20. th. 10. lit. A. eumq; laudans Dn. Collega Besoldus d. tract. de mutuo. c. 23. num. 1.* atque adeò isthæc controversia (cùm hodie actionis nomen in libello exprimi non soleat: sed factum ipsum narretur; sicque actio in id, quod factum est, concipiatur. *c. dilecti. 6. ibiq; gloss. & Panormitan. ext. de judic. Vmmius Disput. 6. de process. judic. thes. 11. numer. 51. & hac de re fusiùs disseruimus in tract. de process. judic. Decad. 5. conclus. 2. num. 5. & conclus 3. n. 6.*) de lanâ caprinâ esse; ac proinde ejus decisio nullam, vel certè modicam utilitatem adferre videtur; ut, *post Alciatum & Viglium,* refert Philippus Matth. *ad d. Rubric. ff. de reb. credit. in fino, &* Schneidevvin⁹ *locis præallegatis:* quia tamen in Scholis, in quibus nos versamur, illa haud rarò ventilari & examinari consuevit: nos quoque exemplo aliorum quorundam Interpretum, eandem sub incudem *(quod ajunt)* revocabimus; eorumque sententiam, qui unicam duntaxat ac generalem certi condictionem statuunt, tanquam veriorem, rationibus non levibus suffulti, defendemus. Nam præterquam,
quòd in universo jure (sine cujus auctoritate nihil 130
affirmandum. *l. illam meritò. 19. vers. superstitibus quidem. Cod. de collationib. Novell. 18. cap. 5.*) non duarum vel plurium, sed unius semper condictionis certi fit mentio, & semper numero singulari, non plurali: id etiam evidentissimè relucet *ex d. l. certi. 9. in princ. ff. de reb. credit.* ubi cùm Ulpianus dicat, ex omni causa, & omni contractu, quo certum petitur, certi condictionem competere: satis perspicuè arguit, eam quoque da-
ri ex mutuo. Qui enim dicit omne: nihil ex- 131
cludere censetur, *argum. l. metum. 9. §. 1. ff quod met. caus. l. de precio. 8. ff. de Public. in rem act. & l. Iuliano. 68. in princip. ff. de legat. 3.* Quinimò hanc ipsam certi condictionem, quam *in principio*

dicta

dicta.l.9.ff.de reb.credit. generaliter ex quavis obligatione competere dixerat Ulpianus, idque *in §.1.2.&* 3. exemplis quibuſdam declaraverat: ad mutuum etiam idem Juriſconſultus diſerte accommodat. § 4. §. 8. *&* 9. *ejuſdem legis* 9. ut ſic ſpecialis certi condictio, ſi quæ eſſet, nullum prorſus effectum haberet. Præterea idem Ulpianus *in l. ſiquis certum.* 24. *ff. eod. t.* hanc condictionem certi, quæ datur ex obligatione mutui, ex verborum etiam obligatione, ſi ex ea certum petatur, naſci manifeſte reſpondet: quod rurſus unitatem iſtius actionis luculenter
132 oſtendit Sed & nunquam genus in ſpeciem tranſit, retento generis nomine: niſi appareat de ejus generis ſpecie, aliquid amplius, quam in genere eſt, aſſumente; *ſicuti docet Gœddæus d. Comment. de contrah.*
133 *& committ. ſtipulat. cap.11. concluſ. 2. num.13.* Denique diverſitas & identitas actionum ex medio concludendi, ſive cauſa petendi, cognoſcitur, *arg. l. non debet.11 in fin. ibi, ut bona fides. ff. de dol. mal. & c. litera. 3. ubi Ant. de Butr. ext. de dilat onib.* Atqui unũ idemque medium concludendi eſt in quavis certi condictione, nempe quia certum. Ergo una quoque, nec diverſa certi condictio dici aut exiſtimari poteſt. Neque eſt, quòd quis regerat, expreſſionem mutui, per certi condictionem petiti, peculiarem actionis qualitatem inducere, ſiquidem rem potius expreſſio iſta demonſtret, & quid in judicio petatur, manifeſtum faciat. Et ſane ſi cauſa, ex qua, & ob quam certum dari fierive petitur, ſpecialem quandam certi condictionem argueret: non profectò una ſpecialis certi condictio, & quidem tantùm ex mutuo foret, *ut diſſentientes volunt:* ſed tot eſſent condictiones ſpeciales, quot ſunt debendi diverſæ cauſæ, ex quibus certi condictio competit; videlicet ex ſtipulatione, ex indebito, ex commodato, pignore, depoſito, &c. *l. ſi quis. 4. §. penult. & ult. d. l. certi. 9. in princ & §. 1. 2. 3. 4. 5. d. l. ſi quis certum. 24. ff. de reb. credit. initio tit. infr. de verb. obligat. §. appellamus. 15. infr. de actionib. l. actionum 25. ff. de obligat. & act.*

134 Aſſertionem noſtram, prædictis rationibus munitam, non infringit Juſtinianus, dum in fine hujus principii ait: ex contractu mutui naſci actionem, quæ certi condictio vocatur: adeòque innuere videtur, condictionem certi, ex obligatione mutui orientem, non eſſe generalem, ſive talem, qualis deſcendit ex aliis obligationibus: ſed potius eſſe ſpecialem, & propriam ſoli mutuo convenientem. *Nam* ex iſto Juſtiniani pronunciato minimè conſequitur: unam certi condictionem eſſe ſpecialem, ſoli mutuo accommodatam; alteram generalem, ex quovis alio contractu paratam. Hoc enim ſi inde colligeretur: pari ratione per principium *tit. infr. de verb. obligat.* illud efficere liceret, ex ſtipulatione ſpecialem certi condictionem naſci. Ita ſiquidem illic Juſtinianus loquitur: *Ex qua duæ proficiſcuntur actiones, tam condictio certi, ſi certa ſit ſtipulatio, quàm ex ſtipulatu, ſi incerta ſit.* Aſt hanc collectionem cum nec ipſimet Interpretes, contrarium ſentientes, admittant, *d. l. ſi quis certum. 24. ff. de reb. credit.* utique nec priorem ex hoc, in quo explicando adhuc immoramur, principio deſumptam, nobis invitis obtrudere poterunt; *Gœdd. d. c. 11. num. 16. Knipſchilds d. exercit. Acad. 2. quæſt. 28. pag.* 87.

Similiter non infirmat opinionem noſtram textus *in l. 1. in princ. ff. de condict. triticiar.* ubi cùm ipſe Ulpianus condictionem, ſi certum petatur, à generali condictione triticiaria ſecernat; conſequens eſſe putatur, condictionem certi aliam eſſe ſpecialem, ex ſola mutui obligatione ortam; & aliam generalem, ex omni alio contractu, & ob rem omnem aliam competentem. *Hac namq;* conſequentia ex antecedente neutiquam elicitur: quandoquidem *in iſta. l.* 1. haud opponitur una certi condictio alteri certi condictioni; ac ſi illa ſit ſpecialis, hæc generalis: ſed certi condictioni opponitur condictio incerti, quæ triticiaria appellatur: idque ex verbis textus ſatis clareſcit, dum in eo condictio, ſi certum petetur, dicitur competere petenti pecuniam certam: condictio vero triticiaria tribuitur ei, qui alias res petit. *Kitzel. d. cap. 7. de obligat. mutui. num. 33. & ſeq. Adde D. Beſoldum d. tract. de mut. cap 13. num. 2. ubi iſtam leg 1. explicat paulò fuſiùs.* 135

Nihil quoque noſtræ concluſioni officit: quòd effectum ſuæ cauſæ commenſurari, ſive reſpondere; ac propterea mutuum ceu contractum ſpecialem, non niſi condictionem ſpecialem parere oporteat. *Etenim* illud ad potentiam cauſæ, & effectus refertur, non ad cauſæ & effecti adjuncta vel ſubjecta, quæ ſe aliter atque aliter habere poſſunt. Hanc autem, ut obligationis, ita condictionis certi & incerti differentiam ex ſubjecto eſſe palam eſt Sed & hoc negari vix, ac ne vix quidem poterit: regulam illam, qua effectus cauſæ reſpondere, atque hinc contractus ſingularis actionem ſingularem ſeu ſpecialem producere dicitur, uſquequaque ac perpetuo veram non eſſe: cujus argumentum vel bonorum poſſeſſio luculentum præbere poteſt: quæ licet ex jure Prætorio ſuam ducat originem: nihilominus tamen tranſmiſſionem ex jure civili deſcendentem operatur; *ſicut probat Philippus Matthæus ad d. Rubr. ff. de reb. credit. ad fin. argumento l. illud notandum. 4 §. ult. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabul.* 136

Nihil item obſtat, quòd eodem modo contrahatur mutuum, quo indebitum, *ut patet ex hoc initio & §. 1. hujus tit.* Indebitum verò propriam & peculiarem actionem habeat, nempe condictionem indebiti. *d. §. 1. hoc tit. ff. de condict indebit.* Proindeque mutuum quoque propriam actionem, videlicet certi condictionem ſpecialem habere debeat. Nihil, *inquam,* illud obſtat. Si enim indebitum certum eſt, eadem competit condictio, quæ ex mutuo, ex numerata pecunia, & ex omni alia certi cauſa: ſi incertum, condictioni incerti æque generali locus eſt: eaq; condictio, quæ ex indebito eſt, tantum denominationem à cauſa, ex qua datur, aſſumit: & præter communem formam nihil habet amplius. Sicut ergo nu- 137

mero

mero una eademque hæc est, cum qualibet aliâ certi
condictione: ita etiam illa, quæ ex mutuo datur.
Adde, quòd indebitum propriè non est mutuum:
imò vix instar mutui. *d.§.1.hoc tit.* Ideoque à separa-
tis petenda consequentia non erit. *l. Papinianus.* 20.
*ff. de minorib. l. inter stipulantem.83.§.sacram.vers.sed
hac dissimilia sunt ff. de verb. oblig. Gœdd. d.cap.*11. *de
contrah. & committ.stipulat.n.*18. *& seq.*

138 Denique nihil decerpit conclusioni nostræ, quòd
provisio generalis non excludat specialem. *l. sanctio
legum.*41. *ff. de pœnis.* ac propterea nec generalis con-
dictio certi, ex mutui contractu competens, exclu-
dat specialem certi condictionem. *Etenim* si priùs
certò constaret, aliquam esse specialem certi condi-
ctionem: non sanè generalis excluderet specialem.
Atqui incertum adhuc est & dubium, anne sit aliqua
condictio certi specialis, nécne: & dum hoc à dissen-
tientibus, tanquam certum, præsupponitur; mani-
festè principium petitur: uti docet D. Hunnius *d.
lib.3.tract.3.part.1.quæst.*20. *in fine. & d. resolut. ad
Treutler. Disp.*18.*volum.*1.*quæst.*40.*pag.*1262.*vers. ad
quintum responsio, &c.*

139 Porrò certi condictione sive mutui actione mu-
tuatarius conventus, rem creditam in eodem gene-
re, eademque bonitate & qualitate, quamvis id no-
minatim cautum non sit, mutuanti restituere cogi-
tur, *hoc princip. nostro. l.2. in princip. & §.1. & l. cum
quid.*3. *ff. de reb. credit. l.1.§.2. ff. de obligat. & actio-
nib. l. eum, à quo.*16. *C. de solut. & liberat.* Fürstl.
Württemb. Ernewert Landrecht. *part.*2. *tit.*1.*pag.*
140 236.§. Und zwar soll/ etc. Unde non licet debitori
rem deteriorem, quæ ex eodem genere sit, creditori
reddere: veluti vinum novum nondum defæcatum
pro vetere vino. *d.l.3.ff. de reb.credit.* Si igitur non li-
cet reddere aliquid deterius: quæri haud ineptè so-
let: an liceat invito creditori reddere melius, quàm
id, quod datum est, putà vinum vetus, pro novo non-
dum defæcato? Et quamvis, *post Ioannem, antiquum
glossatorem*, negativam amplecti videatur D. Vultejus
*hic num.*18. affirmativam tamen sententiã, quę com-
munis perhibetur, non sine ratione defendit Joannes
Corasius *lib.3.miscell.jur.civ.cap.*12.*num.*6. eumque
referens Dn. Collega Bocerus *hic n.*39.*p.*162. Etenim
quod melius est, id quoque sine controversia bonum
est. *l. ubi autem non apparet.*75.*§. usq; adeò.*2.*ff. de
verbor. obligat.* & res, quæ pluris est, utique & tanti
est. *l. cum furti.* 9. *ff. de in lit. jurand.* & liberatur de-
bitor rem præstando meliorem, *arg l. penult. ff. si ex
141 noxali caus. agat.* Neque obstat, quòd aliud pro alio
invito creditori solvi nequeat. *d.l.2.ff. de reb. credit.*
142 Nam qui solvit, quod melius est, in genere eodem,
non solvit aliud pro alio: cùm ei, quod melius est,
bonum insit: ut minor numerus majori inesse dici-
tur. *l.1.§. si stipulanti.*4 *ff. de verbor. obligat.* Et licèt
deterius videatur, quod invito creditori solvitur,
quamvis melius sit: attamen illa unius & solius cre-
ditoris opinio veritati cedere debet, *arg.§. si quis rem
suam.*11. *suprà de legat.* Eodem non parùm confert

textus *in §. si quis agens.*33.*circa finem. ibi, quin etiam
licèt vilissimum sit, &c. infr. de actionib.* ubi traditur,
quòd promissori sæpè facilius sit solvere, quod est
precii majoris, quàm quod est minoris precii. Cùm 143
igitur jura debitoribus sint favorabilia in dissolven-
dâ obligatione. *l. Arrianus* 47. *ff. de obligat. & actio-
nib. l. favorabiliores* 125. *ff. de reg. jur.* permittendum
certè erit debitori, ut solvere etiam possit, quod me-
lius est eo, quod debetur: dummodo sit ejusdem,
non diversi generis. Si tamen creditoris affectio pro- 144
babilis, & utilitas major spectetur in novo, quàm
veteri vino: compelli non poterit accipere vetus vi-
num pro novo: ut si fortè mercator sit creditor, & vi-
num novum in aliam provinciã vendendi causâ ex-
portare velit: cùm utiliùs transducatur novum, quàm
vetus vinum: siquidem vetus corrumpatur faciliùs,
& novum duret longiùs: uti, *post Corasium d. lib.*3.
*miscell.c.*12.*n.*7. explicat D. Bocer⁹ *hic n.*144. Enim- 145
verò conventione sive pacto effici posse, ut pro mu-
tuo vino veteri, proximâ vindemiâ vinum novum,
putà mustum reddatur, pleriq; tradiderunt, *Christo-
phorus Castilioneus, huncq; citans Iason. in repetit. di-
cta l. cùm quid.*3.*ff. de reb.credit.n* 21. *Bartol. Castrens.
Decius & Alciatus ibidem n.*4. *Federicus Scotus Comes
in d.l.*2 *§.1.n.*198.*ff. eod. hosq; laudans Fachineus lib.*2.
*controvers.jur.c.*69. *D. Bocer. hic num.*145.*pag.*163. *&
Dn. Besold. in tract. de mutuo.cap.*8.*n.*1.2. *&* 3.

Sed & magna Doctorum pugna est ac dissensio: 146
num totum, quod mutuo datum est, reddi debeat: an
verò debitor partem debiti, etiam invito creditori,
solvere queat? Et quòd invito creditori debitor per
partes solvere debitũ possit, opinantur *Fulgosius n.*4.
*Decius n.*6. *& Alciatus n.*8. *in l. quidam existimave-
runt.*21.*ff. de reb.credit. Corasius in l.2.§.1.num.1.ff. de
verbor.oblig. Molineus in tract. de dividuis & individ.
n.*13. *&* 47.*part.*2. *& Hunnius Disp.*14. *ad Instit.thes.*
13. *item lib* 3.*var.resol.jur.civ.tr* 3.*part.*1.*quæst.*11.*pag.*
874. *& seqq. itemq; iisdem penè verbis in resol. Disput.
Treutler.*18.*th.*11.*lit.d. quæst.*42.*vol.*1.*pag.*1264. *nec
non Disp.*27.*th.*2.*lit.b.vol.*2. At contraria sententia,
quòd nimirum creditor regulariter debiti partem
accipere haud compellatur, non solùm juris veritati
magis est consentanea: sed & frequentioribus Inter-
pretum præclarissimorum suffragiis recepta. Eam si-
quidem tenent & sequuntur *Bartol. Iason. Emanuel
à Costa. Petrus Costalius, Zasius, Philipp. Matthæus &
Donellus in d. l. quidam existimaverunt.* 21. *ff. de reb.
credit. Petrus à Duennas regula jur.*158. *incip. creditor
partem.pag.*112. *Duarenus in d. l.*2. *§.*1. *circa finem. ff.
de verb. oblig. Wesenbecius in paratit. ff. de solutionib.
n.*5. *Petrus de Bella Pertica in suis quæst. & decis. aureis.
q.*39. *Hotoman. illustr. quæst* 22. *Gomezius tom.*2. *var.
resolut.cap* 10.*rubr.de individuis. n.*5. *ibidemq; Eman.
Soarez. lit.d. Barnab. Brissonius de solutionib.num.*32.
*pag.*146. *Negusantius in tract. de pignorib.* 2. *parte ter-
tii membri quinta partis principal. n.*17.*pag.*460. *Gail.
lib.*2.*observ.*19.*n.*7. *Bronchorst. cent.*1. *ἐναντιοφανῶν. as-
sert.*63.*edit.*1. *Gœdda⁹ ad l. minus.*12.*n.*9 *ff. de verber.*

signi-

Licet ergo venditio gregis & venditio quantitatis
in eo comparentur : non tamen in omnibus conve-
niunt : nec protinus, sicut quantitas, ita & corpus in
mutui contractum deduci potest, *per notata Hunnii
d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 3. pag.
858. cum seq. & in resolut. ad Treutler. vol. 1. Disp. 18.
quæst. 8. p. 1234. ubi dissentientis Cujacij, adeòq; etiam
sequacium opinionem monstrosam esse dicit, & passim
ab Interpretibus Iuris explosam.* Hunnium refert &
sequitur D. Martinus Rümelin. *in Disput. ad tit. 1.
lib. 12. ff. de reb. credit. th. 3. sub lit. d.*

62 De panibus, piscibus, carnibus, & ejus generis a-
liis rebus controvertitur : an mutuò dari possint; Et
non posse, opinantur Accursius *in d. l. 2. §. 1. sup. verb.
in creditum. ad finem. ff. de rebus cred. ibique illum se-
cuti Iacob. Butrig. Rayner. & Bald. Azo in sua summâ
C. si cert. petat. num. 18. & novissimè Sebastianus Horn-
mold. tom. 2. repertor. in verb. mutuum. pag. 917.* Sed
rectiùs statuitur, etiam in istis rebus mutuum consi-
stere ; si panes certi ponderis mutuo dentur, ut ejus-
dem ponderis alii panes æquè boni reddantur : vel
si pisces ad certum dentur pondus, ut alii ejusdem
ponderis bonitatisque pisces restituantur : vel deni-
que si carnes in pondus dentur, eà lege, ut carnes e-
jusdem ponderis & bonitatis reddantur. Etsi enim
panes, pisces, carnes per se quantitates non sunt: atta-
men cum ad certum pondus eà lege dantur, ut ejus-
dem ponderis & bonitatis panes, pisces & carnes re-
stituantur : non amplius pro corporibus, sed pro
quantitate hujusmodi res accipiuntur, *arg. l. quod sæ-
pe. 35. §. in his quæ pondere 5. & §. seq. ff. de contrah. empt.
Bartol: Alexand. Angel. Salicet. Paulus Castrens. &
alii in d. l. 2. ff. de rebus cred. Cujac. d. lib. 11. observat.
cap. 37. circa finem. Ricciard. in hoc princip. num. 176.
pag. 146. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. cre-
dit. cap. 4. num. 5. & part. 1. Disput. 2. de reb. credit.
proposit. 7. pag. 144. & 199. D. Bocer. d. class. 2. Disput.
7. thes. 22. lit. b. edit. 2. & in hoc princip. numer. 109.
D. Besold. in tract. de mutuo. cap. 4. numer. 4. Forster.
lib. 3. Disputat. 16. thes. 13. Treutler. vol. 1. Disput. 20.
thes. 1. sub lit. F. ibique Bachov. Cramer. Disput. 16.
thes. 3. ad fin. Stuck. part. 1. Exercit. Iustin. decad. 10. as-
sert. 2. lit. d. pag. 377. Schickard. Disput. 12. ad Instit.
thes. 3. sub lit. b. & resolut. quæst. 2. Hunnius in d. re-
solut. ad Treutler. vol. 1 disp. 18. quæst. 9. pag. 1234.*

63 Ambigitur quoque de eo, ecquid mutuum sit, si
eosdem nummos, quos tibi mutuò dedi, cum postea
iis non indigeres, mihi reddas ? Quod licèt negare
videatur *Azo in d. suâ summâ C. si cert. pet. num. 16.*
tamen id ipsum non sine evidenti ratione affirmat
Accursius *in d. l. 2. in princ. super verb. speciem. ff. de*
64 *rebus credit.* Primùm enim accidentia substantiam
vel naturam rei non immutant, *arg. l. generaliter.
24. §. proinde. 15. ff. de fideicommissar. libert. Menoch.*
65 *consil. 35. numer. 19. lib. 1.* Ast ex accidente hoc con-
tingit, quòd iidem nummi redduntur, non ex men-
te contrahentium. Deinde uniuscujusque contra-
ctus initium, non ejus implementum, est spectan-
dum. *l. si procuratorem. 8. in princip. ff. mandat. l. si
tantum. 12. ff. ad senatusconf. Maced. l. 1. § idem Pom-
ponius. 13. & § si servus. 30. in fin. ff. depos. l. si id, quod.
58. §. 2. ff. pro socio. l. 1. §. divus. 3. ff ad legem Cornel. de
sicar.* Ab initio autem id inter contrahentes actum
censetur, ut rei dominium in accipientem transfera-
tur, atque in genere quantitas restituatur : quoniam
aliter ab initio mutuum contrahi nequit. *dict. l. 2. in
princ. ibi, recepturi non eandem speciem, &c. ff. de reb.
cred. & hic in verbis, non eadem res, sed alia ejusdem
naturæ, &c.* Præterea favore debitoris hoc est re-
ceptum, ut nummis mutuò datis uti posset, utque
eosdem in genere redderet. Quare si vult, eosdem 66
restituere poterit : cùm his, quæ pro se introducta
sunt, renunciare cuilibet liceat. *l penult. C. de pact.*
præsertim si hoc fiat sine præjudicio creditoris, *argu.
l precii. 9. C. de rescind. vendit.*

Unde non obstat *d. l. 2. in princ. ff. de rebus credit.* 67
ubi expresse dicitur, quòd non mutuum sit, sed
commodatum, aut depositum, si pecunia sic data
fuerit, ut eadem species reddatur. *Nam* libenter lar-
gimur, & jam ante diximus, mutuum ab initio sic
contrahi non posse, ut eadem res in specie reddatur,
hoc principio nostro, & d. l. 2. sed tamen interim &
hoc constanter asserimus : posse res mutuò ita da-
tas, ut non ipsæ in specie, verùm aliæ ejusdem gene-
ris præstantur, postea restitui in specie : cum & a-
lias in contractibus propositum & intensio contra-
hentium, ab initio contractûs inspiciatur; non ve-
rò, quid ex post-facto contingat. *d. l. si procurato-
rem. 8. in pr. ff. mandat. & similibus præallegatis.* Ni-
hil quoque officit, quòd illud servari debeat, quod 68
actum est. *l. 1. ff de pact. l. 1. in pr. ff. de const. pecun.*
Id autem actum sit inter eos, qui mutuum contraxe-
re, ut non eadem res in specie, sed alia ejusdem gene-
ris restituatur. *Propositio* siquidem hujus argumen-
ti non est accipienda de illis, quæ favore alicujus
sunt constituta. Hæc quippe contra invitum servari
non debent. *d. l. pen. C. de pact.* At verò dubium
non est ullum, quin in favorem debitoris hoc sit con-
stitutum, ut rem non in specie, sed in genere resti-
tuat, *ut superiùs monitum.* Præterea etsi videatur ea-
dem illa res, quæ data fuit : attamen revera censeri
eadem non debet, nec potest. Nam quod dabatur,
creditoris erat : quod verò redditur, est mutuatarii
debitoris : cum in eum rei datæ dominium sit trans-
latum, *per hoc principium nostrum.* Et huic ad stipu-
lantur sententiæ D*onellus num. 5. Zasius n. 9. Viglius
numer.* 10. *ad l. 2. ff. de rebus credit. Borcholt. hic n. 6.
Mynsinger. n. 8. Ricciard. num. 179. pag. 147. Schnei-
devvin. num. 12.* D. *Bocerus n. 31. p. 161.* D. *Besold. d.
tract. de mutuo. c. 8. n. 5. Arumæus Exercit. Iustin. 11.
thes. 9. Treutler. Disput. 20. thes. 1. lit. g. vol. 1. Rober.*
D*isput. 14. thes. 2. Matth Stephan. cent. 3. quæst. 23.
Hænonius disput. 13. controvers. 6. Andr. Gerhard.* D*e-
cad. 12. quæst. 8. Kitzel. in exeges. de obligat. mut. cap. 6.
num. 49. & seqq. Schickard. d. disput. 12. thes. 3. lit. d. &
resolut. quæst. 7. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ.
tract.*

tract.3. part.1.quæst.7.pag.865. Vngepaur. exercit. Iustin.10. quæst.5.pag.385. edit. ult. Richter. in tract. de contractib. disput.2. th.2. ad lit. b. pag.30. Locamer. quæstion. juridicar. fascic.35. quæst.1. & *Knipschild. d. exercit. Acad.2. quæst.17.pag.69.*

69 Jam de modo dandi & accipiendi mutuum, di-
spiciendum est. Is autem partim concernit substan-
tiam, partim adjunctam qualitatem mutui. Modus
qui mutui substantiam concernit, vel communis
perhibetur, vel singularis. *l. singularia.15. ff. de reb.
cred. D. Collega Bocer. class.2. disput.7. thes.24. edit.2.*
70 *& in hoc principio num.111. & seqq. pag.160.* Com-
munis mutuum dandi modus est: cum ipsa pecunia
mutua ab ejus domino, ipsam suo nomine dante, re-
cta ad accipientem mutuatarium proficiscitur. *l.2.
§. creditum.3. vers. item mutuum non potest. & §. seq. ff.
de rebus credit.* Neque verò statim contrahitur mu-
tuum, ubi pecunia à creditore proficiscitur ad debi-
torem: sed tunc demum, cum eo animo pecuniam
dat creditor, ut mutua fiat, & eadem opinione debi-
tor accipiat. Hinc cùm alia contractus opinione,
quàm dati sunt, quis accipiat nummos: ut puta, si
ego tibi pecuniam quasi donaturus dederim, tu qua-
si mutuam accipias: neque mutuum, neque dona-
tio erit, *auctore Vlpiano in l. si ego pecuniam.18. in prin.*
71 *ff. de reb. credit.* Cui legi non contraria est *l. cum in
corpus.36. ff. de acquir. rer. dom.* ubi Julianus diserte
respondit: pecuniæ dominium à me in te transire,
cum ex alia causa sive opinione pecuniam tibi do, &
tu ex alia eam accipis. *Nam* licet, Ulpianum irre-
conciliabili inimicitia à Iuliano dissentire eique ve-
rè adversari, putet Antonius Matthæus *disp. 9. Pan-
dect. thes.11. Contius lib.1. disput. jur. civil. c.9. ante. fi-
nem.* & alii nonnulli: tamen rectius sentiunt illi,
qui dissidium istud ex collocatione legum compo-
nentes scribunt: Iulianum *in dict. l.36.* loqui de tra-
ditione, modo acquirendi dominii: Ulpianum vero
in d. l.18. loqui de contractu, modo acquirendæ ob-
ligationis: & si de traditione quæratur, an efficax
sit, respondendum affirmative, *dict. l.36.* si de con-
tractu, an teneat, negativè, *dict. l.18. D. Gœddæus in
Commentar. de contrah. & commit. stipulat. c.3. con-
clus.2. num.8. & 9. Vultejus in §. per traditionem.40.
num.8. supr. de rer. divis. & acq. ips. domin.* ubi non so-
lum nos *num.23. & seq.* id latius exposuimus: verum
etiam plures Interpretes, diversimodè Ulpianum
cum Juliano reconciliantes, citavimus. Quibus ad-
dendi sunt *Duarenus ad tit. Cod. si cert. pet. c.2. Zasius
& Costalius in d. l. si ego.18. ff. de reb. credit. Borcholt.
ibidem in suis Commentar. cap.5. numer.7. Giphan. in
dict. l. cum in corpus.36. ff. de acquir. rer. domin. Hilli-
ger. in Donell. enucleat. lib.4. c.18. D. Besoldus d. tract.
de mutuo. cap.5. num.1. Iustus Reisenbergius disp.5. ju-
ris civil. renovat. th.24. & Nicolaus de Passeribus à
Genoa. in conciliat. leg. pag.231. & aliquot. seqq. edit.
2. ubi septendecim hujus antinomiæ conciliationes addu-*
72 *cit.* Porrò prædictam conciliationem non rectè in-
telligit D. Collega Bocerus, sicuti ex iis apparet,
quæ scripsit hoc loco, *numer.35. p.149.* ubi admo-
dum pueriliter monet, in mutuo quoque agi de ac-
quirendo dominio. Quis enim unquam de hoc du-
bitavit, aut dubitare potuit, cui vel nomen mutui
non fuit incognitum? *in fine principii, h. t. l.2. §. ap-
pellata.2. & §. in mutui.4. ff. de rebus credit.* Verùm
hæc est mea mens; nullam esse pugnam *inter dictã l.
18. & d. l.36.* illam siquidem exaudiendam esse de
contractu; hanc verò de traditione, seu dominii
translatione: adeoque hoc velle Iurisconsultos; quod
error vel dissensus in causa tradẽdi impediat quidem
contractum, sed dominii translationem non item,
quemadmodum pluribus docet Gœddæus *d. loco,* a-
liique supra allegati: quos si legisset D. Bocerus:
proculdubio tam pueriles cogitationes de eorum
conciliatione non habuisset. At magnam oportet es-
se hominis, confidentiam dicam, an arrogantiam; a-
liorum sententiam nec lectam nec intellectam dam-
nare non erubescentis. Cæterùm si decem dem, & 73
paciscar, ut undecim reddas: non nascitur obligatio
ultra decem, nec mutui, nec usurarum, nec etiam do-
nationis nomine, *l. rogasti.11. §.1. ff. de reb. credit.* Ra-
tio, cur hoc casu obligatio ultra decem, mutui nomi-
ne non nascatur, est perspicua: quia mutuum con-
tractus realis est, *hoc principio nostro*: ac proinde qua-
tenus res non intervenit, eatenus mutui obligatio
contrahi non potest. Effectus quippe non debet es-
se major sua causa: cum potentior sit causa, quàm
causatum. *Paul. de Castro in d. l.11. §.1. nu.3* Nummus
itaque, qui superest, quasi creditus deberi nequit:
quoniam numeratus non est. *l. si tibi decem.17. in prin.
ff. de pact. l. cum ultra.9. C. de non num. pecun.* Ratio au-
tem, cur obligatio ultra decem non nascatur usura-
rum nomine, hæc est: quia usuræ pecuniæ creditæ
ex pacto, etiam in continenti adjecto, non debentur.
*l. quamvis.3. C. de usur. D. Besold. in delibat. jur. & lib.
22. ff quæst.2. pag.55. & seqq.* Ratio denique, cur do- 74
nationis nomine ultra decem non oriatur obligatio,
est multiplex: Tum quia non hoc actum est, ut dona-
retur. Atqui donatio sine utriusque animo & volun- 75
tate non contrahitur. *d. l. si ego.18 ff. de reb. cred. l. si ti-
bi 25. ff. de donation. l. in omnib.55. ff. de oblig. & actionib.*
Tum quia alia conjectura potest capi, quàm donatio-
nis, nempe ut facilius impetraretur mutuũ, *tradente
Costalio ad d. l.17. ff. de pact.* Tum postremò, quia pa- 76
ctum illud omninò non valet: propterea quòd non
solum formam mutui destruat, *ut indicat Gœddæus d.
Comment. de contrah. & committ. stipul. c.8. num.82. &
seqq.* sed etiam quòd fiat in fraudem legis. *l. non du-
bium.5. C. de legib.* quæ pacto usuras deberi negat: ut,
post Donellum ad d. l. rogasti.11. ff. de reb. credit. docet
Andr. Gerhardi *d. decad.12. quæst. ult.* Adde D. Mar-
tinum Rümelin. *in disput. ad tit.1. lib.12. ff. de rebus
credit. th.4.*

Singularis mutuum dandi modus est: si nummos 77
meos tuo nomine, vel tuos, absente te, & ignorante,
alicui tertio, puta Titio, dedero. Quâ mutui datione
tibi, non mihi, directam certi condictionem acquiri,
apparet

apparet *ex l.2.§.penult. verf. id enim tale. & l. certi.9. §.si nummos.8. ibique Donellus, & Philipp. Matthaus. ff. de reb. credit.* Quòd si tamen tu ejusmodi nomen sive contractum reprobes: ipsemet vel mandatis actionibus, vel cessante mandato, utili condictione certi ex mutuo adversus Titium mutuatarium experiri potero. *l. si absensu.4.C. si cert. petat. D. Bocer. d. class.2. Disput.7. thes.27. edit.2.* Iste autem modus ideo singularis dicitur: quòd secundum communis juris regulas, non omnis pecuniæ datio sive numeratio, sed ea duntaxat, quæ ex intentione contrahentium ad mutuum destinata est, obligationem mutui

78 inducat. *l. non omnis.19. in princ. ff. de reb. credit.* quodque per liberam personam, quæ neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, dominium nobis non acquiratur. *§. ex his itaque 5. sup. per quas person. cuique acquirit.* quòd item is, qui alterius nomine contrahit, neque alii, neque sibi obligationem vel actionem acquirere possit. *l. quacunque gerimus. 11. ff. de obligat. & actionibus l. si ita stipulatus.126. §. Chrysogonus vers. per liberam personam. ff. de verb. obligat. l. multum interest. 6. vers. si verò ab initio. C. si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine, &c. l. si genero. 26. ibi, nec sibi cessante voluntate, nec tibi, prohibente jure. C. de jure dot.* Quanquam non omnino infulse dicatur: in proposito casu nihil, quod ad constituendum mutuum exigitur, defuisse: sed utrumque ex parte tua, videlicet dominium & voluntatem inter-

79 venisse. Dominium quidem: quoniam ego, qui pecuniam meam, non meo, sed tuo nomine Titio numeravi; eo ipso possessione ejus me abdicavi, eamque tibi acquisivi. *l. quod meo.18. in princip. ff. de acquir. vel amitt. possess.* ac postea per possessionem, etiam dominium. *l. traditio. 20. in fin. ff. de acquir. rer. domin.* Voluntatem verò: quia ut maximè possessio, vel quasi obligationis tibi, quamdiu absens fuisti & ignorasti, acquiri non potuerit. *l. ea, quæ civiliter. 53. ff. d. tit.* attamen ea tibi ita volenti acquisita fuit postmodum, ubi resciivisti, pecuniam tuo nomine Titio à me creditam esse; atque hoc ipsum creditum ratum habuisti, vel saltem non contradixisti: siquidem ratihabitio ad tempus contractus retrotrahitur; adeò, ut à principio omnia eo, qui ratum habet, præsente ac mandante gesta esse intelligantur, *l. licèt.56. ff. de judic. l. si fundus.16. §.1. ff. de pignor. & hypoth. l. ult. C. ad SC. Macedonian. l. donationes. 25. in fine. C. de donationib. inter vir. & uxor. Kitzel. in exeges. de oblig. mut. cap.6. num.5. & seqq.*

80 Est & ille singularis mutuum dandi modus: si pecuniam meam apud te deposuero, posteaque tibi roganti permisero, ut ea utaris ex causa mutui. Hac quippe specie, quantumvis non intervenerit vera traditio: nihilo tamen minus ista permissione & conventione pecunia, etiam antequam loco moveatur, fit mutua: proindeque periculum ejus ad te transit ab eo momento, quo ipsam mutuam impetrasti. *l. certi.9.§. ult. ibi, quasi mutua. ff. de rebus credit. l. qui negocia. 34. in princ. vers. nec huic simile. ff. mandati.* Simulatque enim usus illius pecuniæ tibi depositario fuit concessus, quamvis non attigeris, eam animo possidere cœpisti: dum hoc animo es, ut eandem pecuniam, jam antè penes te existentem non amplius ex depositi, sed mutui causa, affectuque dominantis obtineas: cujusmodi possessio, cùm in ea animus (dum pecuniam voluntate domini pro tua habere incipis) & corpus (dum eam & antea tenuisti, & adhuc tenes) concurrant, justa & legitima reputatur. *l. possideri. 3. §. 1. & l. quemadmodum. 8. ff. de acquir. vel amitt. possess. Knipschildt exercit. Acad. 2. quæst.13. pag. 65. & seq.*

Nec prædictis magnopere resistit *l. quod si. 10. ff. de rebus credit.* ubi pecunia initiò deposita, non simplici deponentis permissu ac consensu mutua efficitur: sed eam insuper loco motam esse oportet. Nam rectè responderur; legem hanc esse exceptionem *dictæ l.9.§. ult ff. eod.* ita nimirum, ut depositum quidem in ejusmodi casu, quo usus pecuniæ depositæ purè, sineque ulla conditione depositario roganti conceditur, statim in mutuum convertatur, etiamsi pecunia necdum à depositario loco mota & usurpata fuerit: secus vero res se habeat, si deponens motu proprio permittat depositario: ut, si volet, pecunia deposita utatur. Tunc enim depositum non antè convertitur in mutuum, quàm depositarius pecuniam loco moveat, eaque uti incipiat: quoniam (*ut loquitur Vlpianus in d. l. 10.*) debitum iri non est certum: hoc est, nondum liquido constat, depositarium ista pecunia uti velle, ut ejus debitor constituatur. Atque ita *in causâ huius l.10.* usus pecuniæ depositario non roganti permittitur sub hac conditione, *si volet*: quæ conditio tamdiu obligationem mutui suspendit, donec depositarius pecuniam moverit, hocque ipso se pecuniam istam usurpare velle declaraverit, *arg. l. proinde. 8. ff. de reb. credit.* Siquidem voluisse haud dicitur, nisi quo facto aliquo suam voluntatem expressit, *arg. l. reprehendenda. 5. C. de institutionib. & substit. Philipp. Matth. ad d. l. quòd si.10. ff. de reb. credit. Kitzel. d. cap. 6. num. 14. & seq. D. Bocer. hic num. 40. & seq pag. 150.* 81

Is quoque perhibetur maximè singularis mutuum dandi modus: si tibi, roganti mutuum, debitorem meum pecuniam mihi debitam dare jussero: vel, si inter nos convenerit, ut pecuniam, quàm ex causa mandati mihi debes, eam crediti nomine retineas, respondente Ulpiano *in l. singularia. 15. ff. de rebus credit.* Sed huic è diametro repugnare videtur Africanus *in l. qui negocia. 34. in pr. ff. mandati.* ubi expressum est: pecunia Lucii Titii apud mandatarium ex negociorum administratione existente, eaque ipsi postmodum credita sub usuris semissibus, eam creditam seu mutuam non fieri. Jacobus Cujacius *tract. 8. ad African in d. l. 34. & libr. 8. observat. cap. 8. post Fulgosium & Molineum,* censet; nullam esse quærendam rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum, eosque nullo pacto posse conciliari. Illos novissimè sequuntur Botcholt. *in* 82

83

Com-

Commentar. ad tit ff. de rebus credit. cap. 5. numer. 26. Philippus Matthæus *ad d. l. singularia. 15. ff. eod.* Ant. Faber. *libri. 3. conjecturar. jur. civil. cap.* 19. Georg. Frantzkius *exercitat. jurid. 9. quæst. 6. pag. 222. & Antonius Matthæus Disput. 9. pand. thes. 9.* Quibus addatur Nicolaus de Passeribus à Genoa, *in conciliat. leg. pag. (mihi) 205. & aliquot seqq.* ubi octodecim conciliationes affert: quas tamen omnes itidem im-
84 probat, concludens: Ulpianum & Africanum revera hac in re à se invicem dissentire, nec ulla probabili ratione conciliari posse. Verùm cum Justinianus Imp. nullam in jure antinomiam aut contrarietatem agnoscat, quæ subtili mente, & vera rationis indagine explicari nequeat. *l. 1. §. nulla. 8. & l. 2. §. contrarium. 15. C. de vet. jur. enucleand.* alii Interpretes rectius existimant: Ulpianum de alia facti specie respondisse *in d. l. 15. ff. de reb. credit.* de alia item Africanum *in d. l. 34. ff. mandati.* Ulpianus namque loquitur agitque utroque in casu suo de debitore præsente. Si debitor meus sit præsens, & ego eum jubeam tibi dare pecuniam: tunc mutuum contrahitur, & pecunia à debitore meo ad me, & rursus à me ad te profecta videtur: idque singulari jure & benignè receptum est, fictione quadam. Cum enim præsens sit debitor: facilè potuit mihi dare pecuniam, & ego illam tibi: ac propterea hoc factum esse fingimus. Sic cum convenit: ut pecuniam, quam mihi ex causa mandati debes, crediti nomine retineas: ea pecunia mutua efficitur: quia cum præsens sis, facilè mihi dare pecuniam potuisti, & ego illam tibi: ideoque hoc fingimus esse factum. Utimur fictione brevis (*ut ajunt*) manûs: cum per rerum naturam facile fieri potuerit, ut tu mihi, & ego vicissim tibi pecuniam darem. Africanus contra loquitur, agitque de debitore absente. Quo casu pecunia, ex causa mandati debita, non fit credita sive mutua: quoniam fictione brevis manus hic uti non possumus. Neque enim per rerum naturam debitor absens mihi potest dare pecuniam, neque ego illam tibi dare possum. Quòd vero in casu *dicta l. qui negocia. 34. ff. mandati.* debitor seu procurator fuerit absens, ex eo probatur; quòd dicitur emisisse epistolam ad creditorem, sive dominum, qua significavit; certam summam ex administratione apud se esse. Atqui ejusmodi epistolam non emitti, nisi ad absentes, in confesso est. Et hanc tanquam omnium planissimam verissimamque conciliationem adducunt Donellus *in d. l. singularia 15. ff. de reb. credit.* Kitzel. *in exeges. de obligat. mut. cap. 6. num. 30. D Bocer. hic n. 42. cum seq. pag. 152.* Hunnius *Disput. 14. thes. 5. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. part. 1. quæst. 6.* Tametsi alii aliam conciliandi rationem afferant. *Connan. lib. 7. Comm. jur. civ. c. 1. num. 9 Duarenus ad tit. C. si cert pet. c. 2. Corasius lib. 6. Miscellan. jur. cap. 16. Robert. lib. 2. sentent. jur. cap. 4. Pacius centur. 3. ἐναντιοφανῶν. q. 67. D. Besold in tract. de mutuo. cap. 7. num. 12. cum seq. Reifenbergius d. disp. 1. juris civil. th. 23. & D. Rümelin. d.*
85 *disp. ad tit 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 5. in fine.* Cæterum prædictæ solutioni non obstat, quod à dissentientibus regeritur: Africanum *in d. l. 34. ff. mandat.* negantem, pecuniam esse creditam, non ponere fundamentum in absentia debitoris, sed in pactione. *Borcholt d. cap. 5. nu. 15. pag. 265.* Nam eo ipso, quòd Africanus sese fundat in nuda pactione, qua pecunia, ex causa mandati debita, non possit converti in pecuniam creditam, intelligitur se quoque fundare in absentia paciscentium. Siquidem pactio ideo erat nuda: quòd traditio nulla, ac ne ficta quidem, intervenerat: hoc vero idcirco; quia res inter absentes gerebatur, inter quos fingi traditio nullo modo poterat; ut ita absentia sit, maneatque potissima causa, cur in specie *dicta l. 34.* pecunia non fuerit facta credita. *Hunn. d. quæst. 6. vers. cæterùm adducta, &c. pag. 864.*

Similiter non obstat, quòd Africanus ibidem spe- 86
ciem illam, cùm tibi debitorem meum jubeo dare pecuniam, objiciens huic speciei, ut pecuniam ex causa mandati debitam, ex crediti causa retineas; & admittens in priori specie, pecuniam fieri creditam, in posteriori non item, nullam aliam diversitatis rationem, quàm hanc, assignat: quòd in priori specie receptum, sit benignè, ut pecunia sit credita; in posteriori verò non sit receptum: atque ita in absentia debitoris feminine fundat. Hoc, *inquam*, non obstat. Quandoquidem respondetur: in priori ista specie benignè receptum esse, ut pecunia credita fiat: quia omnes paciscentes fuerunt coram & præsentes, inter quos ex benignitate & fictione brevis manus potuit pecunia facile in creditam converti: in posteriori autem casu pecuniam non fieri creditam: quia scilicet paciscentes fuerunt absentes; ut ita diversitatem illorum casuum præsentia & absentia duntaxat personarum manifestè pariat.

Præterea nihil movet in contrarium; quòd epi- 87
stola in jure nostro etiam pro cautione & chirographo accipiatur; idque præsenti quoque dari posse, non dubitetur. *l. emptor 47. §. 1. ff. de pact. l. Titius. 24. ff. de pecun. constit. l. Titius. 34. ff. de pignorat. act.* Etenim verbum epistolæ in jure multoties significare chirographum, non quidem negatur: ast hoc fieri
improprie & abusive omnibus notum est. A propria 88
vero verbi significatione in dubio recedendum non est. *l. non aliter. 69. in prin. ff. de legat. 3.* Accedit, quòd epistola dicitur ad dominum emissa *in d. l. qui negocia 34 in princip. ff. mandati.* Epistolam autem emittere non dicimur, nisi ad absentes. Eodemque facit, quòd Africanus ibidem ait, procuratorem illa epistola significasse domino, penes se esse pecuniam. Atqui epistolà significamus & notum facimus aliquid absentibus tantum. Unde Cicero *lib. 1. Epist. ad Q. Fratrem*, propium hoc epistolæ esse testatur, ut scribatur de rebus, quas quis ignorat. *Ita explicat D. Hunnius d. quæst. 6. circa finem.*

Porrò & ille mutuum dandi modus singulariter 89
est receptus: si tibi mutuos roganti nummos, lancem vel massam auri argentive, aut aliam quamlibet spe-

ciem tradam, ut eam vendas, & nummis ex venditione redactis uraris, tuque eam vendas. *l. rogasti.11. in princ. ff. de reb. credit.* Lex etenim, celeritare conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultat: & me brevi manu pretium ab emptore accepisse, tibique illud credidisse, fingit, *argum. l. hac ratio.3. §. sed si debitorem. 12. ff. donat. inter vir. & ux. l. licet.43. §.1. ff. de jure dot.* Nec huic reluctatur. *l. roga*
50 *sti.19. in princ. ff. de praescript. verb.* ubi ex tali facti specie, quam mutuum inducere modo indicavimus, non condictionem certi, ex mutui contractu nascentem: sed actionem praescripris verbis, ex contractibus innominatis competentem, exoriri respondetur. *Nam* mutuum tunc contrahi censetur, certique condictione, tanquam ex mutuo, agitur; quando is, qui rem vendendam accepit, pretium receperit: idque ex proposita specie *in d. l.11. ff. de reb. cred.* satis evincitur. Hoc enim actum est, ut rem venderes, & nummis acceptis uteieris: quoniam nisi acceperis pecunia tibi mutua esse haud potuit: cum non nisi accepta pecunia uti potueris. Sin autem is, qui rem accepit vendendam, eam nondum vendidit: aut vendidit quidem, sed pretium necdum exegit vel accepit: tunc nondum est mutuum: quia mutuum contractum dici nequit, nisi accepta à debitore pecunia: neque species in mutuum cadere potest. *l. 2. §.1. ff. d. tit.* Ideoque praescripris verbis hic actio creditori competit: qua compellere rem accipientem valet, non tam ut actionem sibi adversus emptorem cedat, *arg. l. si socer. 44. §. 1. ff. solut. matrimon.* quàm ut rem sive speciem, quam nondum vendidit, restituat; aut si vendidit, ut tum pecuniam ab emptore condictam vel id quod interest exigat, & in vicem speciei datae sibi reddat: sicut, *post Zasium num. 4. & Alciatum num. 7.* id explicat *Philippus Matthaeus ad d. l. rogasti. 11. in princip. ff. de reb. credit. Pacius cent. 3. ἀνεπιφανῶν quaest. 65. Bronchorst. cent. 2. ἀνεπιφανῶν. assert. 23. edit. 2.*

91 Rursus non contrariatur *praallegata l. qui negotia. 34. in princ. versic. hic argumentum esse. ff. mandat.* ubi Africanus tradit, pecuniam mutuam non fieri si tibi, cum mutuam pecuniam dare vellem, argentum vendendum dedero. *Etenim*, secundum communem Dd. sententiam, respondetur: hanc legem de ejusmodi casu exaudiendam esse, quando quis mutuum petenti dedit argentum vendendum, non quidem ea lege, ut accipiens pecunia inde redacta protinus uteretur: sed ut danti prius illam afferret, ac postea illam ab eodem mutuam acciperet. Idque innuere videtur ipse textus his verbis: *cùm mutuam pecuniam dare vellet, &c.* Ergo nondum dedit. Non si quidem convenit expresse, ut accipiens rem vendendam, statim post rem venditam pecunia uteretur. Ast *in d. l. rogasti 11. in pr. ff. de reb. credit.* nominatim actum est; ut, re vendita, venditor pretio sive nummis inde redactis uteretur, adeoque isti nummi statim post venditionem mutui essent. *Accurs. in d. l. qui negocia. 34. §.1. ad verb. nihilo magis ff. mandat. Alciatus & alii in d. l. rogasti. 11. ff. de reb. credit.* Et ab hac solutione non omnino alienus videtur Donellus *ibidem*, & Kitzelius *in d. exegesi, de oblig. mut. cap. 6. nu. 20.* Deinde & hoc non incommodè dici poterit: Africanum negantem, pecuniam ex lance, vel argento mutui causa vendendo conflatam fieri mutuam, ad strictam juris rationem respexisse: quippe quae non patitur, ut mutuum, quod re, hoc est, numeratione fieri debeat, nuda pactione contrahatur. Neque etiam mutui naturae quae de meo tuũ fieri vult, hoc convenit: ut accipientis pecunia fiat, quae à mutuante ipsi tradita non est, *hoc pr. nostro, & d. l. 2. §. ff. appellata. 2. ff. de reb. credit.* At verò Ulpianus fictione juris nititur: quasi is, qui mutuum rogavit, hoc casu censeatur pecuniam ex lance redactam brevi manu danti solvisse; ac eandẽ illico ab ipso recepisse. Mutuum igitur, quod jure stricto valere non poterat, Ulpianus ex benigna juris ratione sive ex aequo & bono sustinet, propter singularia quaedam creditae pecuniae praecepta. *d. l. singularia. 15. ff. eod. tit. Iul. Pac. d. cent. 3. quaest. 65. in fin. Bronchorst. d. cent. 2. assert. 23. ad fin. Philipp. Matth. ad dictã l. 11. ff. de reb. cred. pag. 114. Molin. in tract. de usur. quaest. 84. num. 658. pag. 653. D. Besold. in tract. de mutuo. cap. 7. num. 6. D. Rümelin. d. disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 6. lit. b. Knipschild. d. exercit. Acad. 2. q. 15. pag. 67.* Atque istam geminam prima facie pugnantium legum conciliationem, quantumvis divinationis vitio laborare putetur, malo calculo meo comprobare, quàm cum Cujacio *in d. tract. 8. ad African. ad d. l. qui negotia. 34 sub finem. ff. de reb. credit.* ejusque perpetuo assecla Borcholten *d. cap. 5. nu. 28.* & Anton. Fabro *d. lib. 3. conjectur. cap. 29.* & nonnullis aliis asseverare, ab Ulpiano Africanum vere dissentire, *contra pronunciatum Divi Imp. Iustiniani in d. l. §. nulla. 8. & d. l. 2. §. contrarium. 15. C. de vet. jur. enucl.* Porrò magis divinatorias solutiones qui amat, adeat is D. Bocerum *hic numer. 46.* inter verum & quasi mutuum inconsideratè distinguentem; & Hunnium, inter veritatem & fictionem juris distinctionem temere fingentem, *d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quaest. 5. in fine.* itemque Nicolaum de Passerib. à Genoa, *in d. concilitat. leg. pag. 223. & seqq. ubi septem conciliationes refert.*

Modus dandi & accipiendi mutuum, adjunctam 92
mutui qualitatem concernens, hic est: quòd mutuum datur aliquando gratis, quandoq; verò sub usuris. *l. lecta. 40. ff. de reb. credit.* (quam insignem legem, à paucis hactenus intellectam, omnium accuratissimè rectissimeque noviter explicuisse mihi videtur D. Rümelin. *d. disput. ad tit. 1. lib. 32. ff. de reb. credit. th. 12. & sex seqq.*) *l. debitor. 7. l. pecunia. 9. l. Gajus. 11. l. Seja. 12. l. cum quidam. 17. & l. etiam ex nudo. 30. ff. de usur. D. Bocer. d. class. 2. disput. 7. thes. 31. edit. 2.* Sua e- 93
quidem natura mutuum, utpote ex amicitia & familiaritate profectum, est gratuitum, *arg. l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pact. l. usura pecuniae. 121. ff. de verbor. significat.* Verum stipulatione mutuo adjecta effici potest, ut propter usum pecuniae mutuae licitas usu-

tas mutuatarius præstet. *l. quamvis. 3. C. de usur. l. idemq. 10. §. si quis Titio. 4. ff. mandat. l. Titium. 24. ff. de præscript. verb.* Idque receeptum est ideo: non, quòd non sit contra naturam & essentialem proprietatem mutni, usuram mutuæ pecuniæ accipere: sed quòd tunc non tam ex mutuo usuræ numerentur, quàm ex stipulatione, cui causam solummodo præbuit mutuum, *docente Gœddæo in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 8. n. 83.* Planè si vinum, oleum, vel frumentum mutuò detur: ob incertum & inconstans frugum pretium, etiam ex nudo pacto usuras præstari, rescriptum extat. *l. frumenti. 12. ibiq. Gothofredus. l. si ea lege. 17. & l. oleo. 23. C. de usur.* Sed & si pecunia à civitate, vel argentariis alicui credatur: usuræ nudo pacto promissæ debentur. *dict. l. etiam ex nudo. 30. ff. eod. Novell. 136. cap. 4.* ut & si trajectitia pecunia mutuetur. *l. periculi. 5. §. ult. & l. in quibusdam. 7. ff. de naut. fœn.* Aliâs verò nudum pactum mutuo, ut stricti juris negocio, etiam in continenti adjectum, ad actionem jure civili scripto inefficax esse, extra controversiam est. *d. l. si tibi decem. 17. in pr. ff. de pact. l. rogasti. 11. §. si tibi dedero. ff. de reb. credit. D. Becer. d. Disp. 7. thes. 33. lit. o.*

95 Est & hic ejusdem generis dandi & accipiendi
mutuum modus, quo mutuum datur sive contrahitur vel purè, vel ad certum diem, vel sub conditione.
96 *l. proinde. 8. & d. l. lecta. 40. ff. de reb. credit.* Sed quæri hìc potest: an mutuatus pecuniam purè, eam statim reposcenti creditori restituere compellatur? Et quamvis Accursius, Baldus & Angelus *ad l. si pœnam. 68. ff. de verb. obligat.* affirmativè respondeant: ego tamen *cum Doctoribus suprà num. 17. citatis*, contrariam sententiam veriorem judico, adeoq; existimo: tantum temporis inter pecuniam acceptam, & eam restituendam intervenire debere, quantum arbitrio judicis debitori, ad convertendam illam in utilita-
97 tem suam, sufficere possit. Hujusque assertionis ratio non obscura est: tum quia contractus idcirco sunt adinventi, ut exinde aliqua utilitas ad contrahentes redundare queat, *argum. l. si, ut certo. 5. §. 2. ff.*
98 *commodat.* Tum quia homines hominum beneficiis juvari oportet, non decipi. *l. in commodato. 17. §. sicut. 3. in fin. ff. d. tit.* At si debitor cogi posset, ut pecuniam mutuò acceptam statim creditori restitueret, deciperetur potius, quàm juvaretur. *Idem quoq; cautum reperitur jure Provinciali renovato Würtemberg. part. 2. tit. 1. §.* Welcher dem andern/ꝛc. *pag. 236.*

99 Nec quicquam refragatur *l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. ff. de verbor. obligat.* ubi hæc in verba Ulpianus respondit: *Quoties in obligationibus dies non ponitur, præsenti die pecunia debetur.* Cum quo concordat Pomponius *in l. in omnibus. 14. ff. de regul. jur.* Nam summo quidem jure inspecto, statim debitor à creditore conveniri posse videtur, ut pecuniam acceptā restituat: verùm ut contra juris stricti regulas, multa pro communi utilitate sunt constituta, teste Juliano *in l. ita vulneratus. 51. §. ult. ff. ad leg. Aquil.* sic & in propositâ specie communis utilitas & æquitas suadent, ut non statim debitor conveniatur; sed aliquod ei temporis intervallum relinquatur, quo pecuniam mutuo acceptam in necessarium usum ero-
gare valeat. *Fachin. lib. 2. controvers. jur. cap. 51.* Beni- 100
gniùs quippe leges interpretandæ sunt, quo voluntas earum conservetur. *l. benignius. 18. ff. de legib.* Hinc licèt & aliàs quodvis debitum purum, cui nulla dies vel conditio apposita est, præsenti die deberi & peti posse dicatur. *l. cedere diem. 213. ff. de verb. significat.* nihilominus tamen debitori aliquid adhuc temporis ex æquitate indulgendum præcipitur, quo commodè solvere possit. *l. quod dicimus. 105. ff. de solutionib. & liberationib. l. si ita stipulatus. 14. cum l. seq. 15. l. existimo. 98. §. ult. l. continuus. 137. §. illud inspiciendum. 4. ff. de verb. obligat. Kitzel. in exeges. de obligat. mut. c. 6. numer. 47. Knipschildt d. exercit. 2. quæst. 21. pag. 72. Richter. d. disp. 2. th. 8. ad lit. a. pag. 44.*

Illud quoque in quæstionem non inconvenienter 101
hoc loci vocatur: utrùm in diem quod debetur, creditori invito ante diem rectè solvatur? Id quod non levibus rationibus moti negandum putant *Speculat. lib. 4. part. 3. tit. de emphyteus. §. nunc aliqua. num. 44. Bald. in l. item illa. 18. ff. de constit. pecun. in lect. antiq. numer. 1. & in addit. nov. ex lectur. antiq. ibidem, numer. 2. ibi, nota quod creditor, &c. Æmilius Ferret. & Cujacius in l. stipulatio ista. 38. §. inter. 16. ff. de verb. obligat. idem Cujac. libr. 23. observat. cap. 22. Borcholt. in tract. de verb. obligat. cap. 6. num. 33. & D. Collega Bocerus class. 2. Disput. 7. thes. 35. edit. 2. & infrà ad princip. tit. quib. mod. tollit. obligat. numer. 67. & multis seqq. pag. 535. & seqq.* Verum contraria affirmantium sententia ut crebrioribus votis recepta; ita & veritati magis consentanea est. Eaque in primis nititur aperto textu *in l. stipulatio ista, habere. 38. §. inter. 16. & l. continuus. 137. §. 2. vers. nam & quod. ff. de verb. obligat. l. quod certa. 70. ff. de solutionib. & l. quod quis. 50. ff. de obligat. & actionib.* in quibus scriptum est, quod certâ die promis-
sum est, vel statim dari & solvi posse. Rectè au- 102
tem jureque illud solvi posse dicitur, quod invito adversario vel creditore, solvi potest, *argum. l. quod stipulatus. 10. & l. si quis stipulatus fuerit. 57. §. 1. ff. de solutionib. & §. si quis alii. 4. vers. planè. infr. de inutilib. stipulat.* Nec prædictos textus enervat, quod quidam regerunt: sæpiùs aliquem dici, posse etiam id, quod potest ita demum, si adversarius velit & consentiat. *l. rescriptum. 12. in princip. ff. de distract. pignor. l. invitum. 11. C. de contrah. empt. l. nec emere. 16. C. de jure deliber. l. invito. 69. ff. de reg. jur. &*
similib. Etenim non nisi impropriè dicitur, id quem- 103
piam posse, quod facere nequit, altero non consentiente. Ast à propriâ significatione verborum non aliter recedi oportet, quàm cùm manifestum est, hoc sensisse legislatorem. *l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3.*

Deinde pro nostrâ assertione haud parum facit, 104
quod *in l. stipulatio ista. 38. §. inter. 16. ff. de verbor. obligat. & in d. l. quod certa. 70. ff. de solutionibus.*

traditur: in obligationibus in diem, totum medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui. Atqui liberum non esset debitori tempus ad solvendum, si ei non liceret solvere invito creditori, aut si creditor solutionem recusare ante diem jure posset. Liberum quippe illud dicitur, quod est in potestate alicujus ita, ut facere, cùm velit, possit. Nec quicquam movet, quod à dissentientibus affertur: illud quoque dici alicui liberum esse, seu liberum relinqui, quod non ex facientis tantùm, sed alterius etiam voluntate & consensu dependet: ut cùm dicimus, liberum esse adolescenti cum puellâ matrimonium contrahere: hîc liberum non est absolutæ vo-
105 luntatis. Neque enim adolescens, si puella nolit, matrimonium cum illâ contrahere potest: cùm libera debeant esse matrimonia, *argument l. Titia.* 134. *in fine principii. ff. de verbor. obligat.* Nihil, *inquam*, id movet: quia istud impropriè liberum dicitur: in quo significatu verbum hoc *liberum*, Ulpianum *in d. l. stipulatio.* 38. *§. inter.* 16 *ff. eod.* & Celsum Jureconsultum *in d. l. quod certa.* 70. *ff. de solutionib.* accepisse, præsumi non debet, *arg. d. l. non aliter.* 69. *in princip. ff. de legat.* 3.

106 Tertiò huc confert *l. eum, qui Calendis.* 41. *§.* 1. *in fine. ff. de verbor. obligat. l. intra* 7. *ff. de re judicat. l. cùm tempus.* 17. *in fine. ff. de regul. jur. & §. omnis stipulatio.* 2. *vers. quia totus. infr. de verbor. obligat.* in quibus locis disertè cavetur, quòd diei adjectio sit pro reo sive debitore, non pro stipulatore seu creditore. Si igitur dies pro debitore est; ei die uti licet, si velit: si nolit, eique videatur commodum statim solvere, licet die non uti: ut ita nihil magis ei dies noceat, quàm si omnino adjectus non esset: quo casu statim etiam creditori invito solvi posse, certum est: adeò, ut illo recusante accipere, si pecunia solenniter obsignetur, ipso jure liberatio contingat. *l. obsignatione.* 9. *Cod. de solutionib.* Ac sanè dies, qui pro debitore est, ipsi obesse minimè debet, *argum. leg. nulla.* 25. *ff. de legib.* ubi Modestinus pereleganter hunc in modum respondit: *Nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur: ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.*

107 Quartò huic sententiæ robur addit: quòd cuique licitum est; beneficio pro se tantùm introducto renunciare, idque contemnere. *l. si judex.* 41. *ff. de minorib.* 25 *an. l. sed & si.* 4. *§ quæsitum.* 4. *ff. si quis cautionib. in judic. sistendi caus. fact. non obtemp. l. pactum.* 46. *ff. de pact. l. penult. Cod. eod.* Atqui verò dies beneficio debitoris seu promissoris tantùm in dubio adjectus intelligitur. *dict. l. eum, qui.* 41. *§.* 1. *in fin. ff. de verbor. obligat. d. l. cùm tempus.* 17. *ff. de regul. jur.* Ergo illi debitor renunciare, illumque contemnere: & consequenter etiam ante diem creditori repugnanti solvere poterit.

108 Quintò accedit textus *in l. eum, qui rogatus.* 15. *ff. de annuis legat.* ubi dicitur, si dies non legatarii, sed heredis causâ adjectus sit: tunc si ante diem solverit heres legatum, ipsum liberatum censeri: cùm plus præstiterit, quam debuerit. Sextò suffragatur jus vetus Provinciale Württembergicum, *part.* 2. *tit.* Wie gelihen Gelt oder Gut gefordert vnd bezahlt werden sol. *pag.* 184. ubi hæc habentur verba: So aber gewisse Zihl vnd Tag gesetzt/ sol der Leiher vor dem Zihl nicht fordern/ aber der Schuldner mag vor dem Zihl wol zahlen/ wann er will/ welches auch der Leiher anzunemmen schuldig. Quæ dispositio cùm jure renovato Württembergico specialiter non sit sublata aut correcta: meritò ei etiamnum standum erit. *l. præcipimus.* 32. *§. ult. Cod. de appellationib.*

Postremò hanc defendunt, probantq; sententiam *Bartol. Iason, Coras. & Duaren. in dict. l. stipulatio ista.* 38. *§. inter.* 16. *ff. de verbor. obligat. Donell. in dict. l. eum, qui.* 41. *§.* 1. *numer.* 47. *& seqq. ff. eod. Gœddæus ad l. ut si cui.* 12. *§. numer.* 5. *ff. de verbor. significat. Gomez. tom.* 2. *variar. resolut. cap.* 11. *num.* 22. *Anton. Faber lib.* 1. *conjectur. jur. cap.* 1. *Brisson. libr.* 1. *de solut. pag.* 348. *Bronchorst. centur.* 2. ἐναντιοφανῶν. *assert.* 95. *edit.* 2. *Hackelman. Disputat. illustr.* 9. *thes.* 9. *liter. b. Forster. lib.* 3. *Disputat.* 19. *thes.* 7. *Arumæus Exercit. Iustin.* 16. *thes.* 3. *& in Commentar. de morâ. cap.* 7. *numer* 9. *Clud. de condict. indebit. cap.* 2. *num.* 8. *Plebst. Disput.* 2. *de jure topico Ducatus Württemberg. thes.* 9. *Hunnius Disputat.* 16. *thes.* 31. *& libr.* 3. *variar. resolut. jur. civ. tract.* 2. *quæst.* 10. *pag.* 835. *& seq. Philipp. Decius in d. l. cùm tempus.* 17. *ff. de reg. jur. numer.* 4. *vers. idem est de quolibet, &c. Petr. Peck. lib.* 5. *de testam. conjug. c.* 28. *n.* 2. *Ioan. Zanger. de except. part* 3. *cap.* 1. *num.* 218. *& seqq. Andr. Gerhard. decad.* 16. *quæstion.* 3. *Hilliger. in Donell. enucleat. lib.* 16. *cap.* 11. *ad lit. c. Petrus de Bella Pertica in suis quæstionib. & decisionibus aureis & singularib. quæst.* 41. *Dn. Martin. Rümelin. Exercitat.* 16. *ad Institut. th.* 8. *sub lit. e. pag.* 151. *Riemer. decad.* 11. *quæst. illustr.* 9. *Hœnon. Disputat.* 17. *controvers.* 24. *Wegner. Disputat.* 13. *thes.* 6. *ad lit. c. Matth. Stephan. cent.* 3. *quæst.* 96. *lit. a. Petr. Aug. Morla. part.* 1. *empor. jur. tit.* 8. *quæst.* 21. *numer.* 4 *alisq; ab eo citati.* Atque hanc assertionem novè etiam tuetur, & Scabinorum Lipsensium responso corroborat Matthias Berlichius *decis. aur.* 153. *n.* 2. *& seqq. pag.* 587. *cum seqq.*

Huic stabilitæ decisioni primò non adversatur *l.* 109
si soluturus. 39. *vers. quid enim, si inopportuno. ff. de solutionib.* ex quâ patet, oblationem & solutionem pecuniæ fieri debere opportuno loco & tempore. Opportuno autem tempore non solvitur debitum, si alio tempore, quam quo dari debuit, sicq; ante diem adjectum solvatur vel offeratur. Non adversatur, *inquam.* Quia minor propositio manifestè falsa est, nec ullâ lege probari potest: quinimò ex majori propositione hæc potiùs assumptio extrui debet: Ast opportunum tempus est, licèt ante diem constitutam debitor solvat, *ut ostensum est ex d. l. eum, qui.* 41. *§.* 1. *in fine ff. de verbor. obligat. & similibus præallegatis.*

Deinde non resistit *l. creditor.* 102. *in princ. ff. de so-* 110
lutionib.

lutionibus. ex qua tale ducunt argumentum: Si debitor alio tempore creditori invito posset solvere: periculum non debitoris esset, sed creditoris, qui pecuniam sibi oblatam accipere noluit. Creditoris vero non esse, sed debitoris, liquet *ex d. l. 102. ff. eod.* Hoc, *inquam*, non resistit: quoniam in specie istius legis ideo periculum creditoris non esse respondetur: quia inopportuno tempore debitor solvere voluit: ac proinde creditor pecuniam oblatam, alio die, hoc est, sibi magis opportuno, accepturus, justa ex causa distulit. Quod ipsum exemplo tutoris planum & perspicuum efficitur. Nec enim ita constringendus est creditor; ut, si necessariis occupationibus distentus atque districtus teneatur, iis omissis debitorem sequi necesse habeat: sed potius in alium sibi magis convenientem & opportunum diem differre solutionem poterit: &, si interim deposuerit debitor pecuniam (*qui videtur esse casus dict. leg. creditor. 102*) suo, non creditoris, periculo deponet: cum nulla prorsus hic culpa creditori, qui necessariis negociis impeditus oblatum accipere non potuit, imputari

111 queat. Necessitatem siquidem legi non subesse, tralatitium est, *argum. l. 2. 1. & 4. ff. de in jus vocand. l. 1. §. 1. cum ibi notat. ff. de offic. consul. l. alienationes. 13. ff. famil. ercisc. l. quæ propter necessitatem. 162 ibique Decius, & Cagnolus. ff. de regul. jur. latè Tiraquell. in tract. de retraict Lignagier. §. 26. glos. 1. num. 19. & sequentibus.*

112 Sic quoque non refragatur *l. 2. §. idem Iulianum. 7. & l. u. qui certo. 9. ff. de eo, quod certo loco.* ubi is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quàm in quo promisit, solvere invito stipulatore potest. Ergo nec alio tempore solvere poterit: cum locus & tempus comparentur. *d. l. si soluturus. 39. ff. de solutionibus* Nam respondetur: rationem consequentiæ non sat firmam esse: propterea quòd tempus solius promissoris, nō etiam stipulatoris, gratia adjiciatur. *d. l. eum qui 41. §. 1. in fin. ff. de verbor. obligat. d. l. cum tempus. 17. in fin. ff. de reg. jur. & similibus suprà adductis.* locus autem utriusque contrahentis gratia apponi soleat. *d. l. 2. in princ. ff. de eo, quod cert. loc.* Nec quicquam comparatio loci & temporis *in d. l. si soluturus 39. ff. de solut.* officit, modò eam ratione importunitatis quispiam intellexerit, *docente Arumæo locu præællegatu.*

113 Rursus nihil obstat *l. item illa. 18. in princ. ff. de constit. pecun.* ex qua evincitur: creditorem impunè recusare posse ante diem constituti debitam pecuniam accipere. *Etenim* creditor ante diem constituti recusare solutionem potest: & nihilominus ei actio de constituta pecunia ad solvendum competit, si tempore constituti paratus sit accipere; si scilicet res adhuc sit integra, id est, si promissa res adhuc extet. Nam & cæteri omnes creditores, quibus ex aliis causis debetur, etsi maximè in accipiendo moram fecerint: nihilominus tamen integras actiones suas retinent, quamdiu res debita extabit. *arg. l. illud. 17. ff. de peric. & comm. rei vend.* Itaque Jureconsultus *ind. l. 18. ff. de constit. pec.* indicans, actori non nocere, si promissum ante diem oblatum accipere recusavit, non simpliciter negat nocere: sed negat nocere ad actionem constitutæ pecuniæ movendam, rebus adhuc integris, si nimirum res promissa adhuc extet. Unde haud obscurè arguit, aliis in rebus illi nocere, quòd ante diem accipere oblatum recusaverit. *Latè Donell. ad d. l. eum, qui. 41. §. 1. num. 49. ff. de verb. obligat.*

Præterea negocii facit nihil *textus in l. sed etsi ante. 20. ff. ad Senatusconsf. Trebell.* ubi cum heres, qui ad diem rogatus erat restituere hereditatem, ante diem non rectè restituat: inde inferendum videtur, quòd nec debitor ante diem solvendo, creditore invito, liberari queat. *Heres* enim, qui ad diem rogatus est restituere hereditatem, non tenetur quidem ante diem in fideicommissarium hereditatem transferre: si tamen eam sponte vult restituere, hoc potest facere in sui præjudicium; ut scilicet actiones, quæ heredi contra hereditarios debitores competebant, in fideicommissarium transferantur, *l. post mortem. 12. & ibi Castrens Cod. de fideicommissis. Brenchorst. d. cent. 2. assert. 95. edit. 1. pag. 265.* 114

Tandem nostræ conclusioni nihil decerpit. *l. quē Romæ. 122. in princ. ff. d. verb. obligat.* ubi traditur, quòd debitor in diem, ante diem creditori invito non rectè solvat. *Quandoquidem* in istâ lege dies fuit apposita in gratiâ creditoris seu stipulatoris: ac proinde ante diem ei invito solvi nequit: quia utilitas temporis, contrahentium conventione vel testamento illi semel concessa, invito auferri non debet, *arg. l. si ita relictum. 43. §. 2 ff. de legat. 2. d. l. eum, qui. 15. ff. de annuis legat. l. 3. §. 3. ff. de usuris. Gerhard. d. decad. 16. quæst. 3. in fine.* Cæterum in dubio dies semper præsumitur adjectus in gratiam debitoris: ideoque is etiam præmature & ante diem solvere potest: cum cuilibet favori suo renunciare liceat, *d. l. eum. qui. 41. §. 1. in fin. ff. de verb. oblig. d. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. d. l. penult. Cod. de pact. Ant. Comez. tom. 1. var. resol. cap. 15. num. 5. & tom. 2. cap. 11. n. 22. hunc que cum aliis citans Petrus Aug. Morla d. part. 1. emporii jur. tit. 8. quæst. 21. num. 4. & 5.* 115

Ex prædictis quilibet, qui non contentionis, quàm veritatis, amantior est, fateri cogitur: veram esse illorum sententiam, qui statuunt: etiam invito creditori ante diem solvi posse, quod in diem debetur. Verum clariss. Dn. Collega Bocerus semel seductus, atque in erroneam opinionem adductus, ab ea pro more suo recedere non vult. *infrà ad princip. d. tit. quib. mod. re contr. obligat. num. 68. & seqq. pag. 535.* Unde rationes & responsiones modò allatas eludere conatur: sed frustra. Nam primo impingit in eo, quòd putat, solum illum diem, in quem promissum est debitum, esse tempus solvendi opportunum. At textus ab ipso allegati hoc non docent: sed id saltem efficiunt, diem illum, in quem promissum est debitum, esse tempus solvendi opportunum: quod nemo unquam negavit. Sed quòd ille solus dies sit tempus solvendi opportunū, adeoq; præcise illo die facienda 116

solutio, & ante illum diem invito creditori solvi nequeat: hoc, *inquam*, nullo jure cautum reperitur.

117 Deinde admodum debili argumento, pro corroboranda sua opinione, utitur: quando putat, eandem esse rationem solutionis faciendæ certo tempore: quæ est conditio solutionis certo loco præstandæ: Namque ratio diversitatis patet ex iis, quæ in præcedentibus *dicta sunt ad num.* 112. Et licet Dominus Collega Boecerus opinetur: quadam consideratione tempus etiam creditoris gratia adiici dici: tamen id nullo jure comprobare potest. Etenim *legis*, *si solu turus*. 39. *ff. de solutionib.* quam pro sua opinione adducit, longe alius est intellectus: sicuti pluribus ostendit Arumæus *in d. Comment. de mora. c.* 7. *num.* 9. *&*

118 *d. Exercitat. Iustin.* 16. *thes.* 3. Tertiò valde ridiculum & suavem se præbet D. Boecerus, quando negat, veram esse propositionem illam, quâ dicitur, posse quem etiam invito alio, quod potest. Nam quando *in d. l. rescriptum.* 12. *in pr. ff. de distract. pign.* dicitur: creditorem à debitore pignus emere posse: præsupponitur consensus utriusque, ita exigente negocio, de quo ibi agitur, *arg.* 1. *infr. de oblig. ex consens.* Et antequam constet de voluntate debitoris, nondum posse dicitur creditor. Idem etiam ad alterum exemplum, à D. Boecero allatum, respondendum putamus. Iridem enim, quando quis dicitur posse alteri donare, præsupponenda est voluntas ejus, cui quis donare posse dicitur. Hac siquidem deficiente, ei donari non potest. *l. hoc jure.* 19. *§. non potest.* 2 *ff. de dona-*

119 *tion.* Huc facit, quòd non dicatur posse, qui non potest solus. *Angel. consil.* 61. *in fin. vers. nec obstat, &c.* Idque late declarat Dominic. Cardinal. Tusch. *tom.* 6. *conclusion. practic. lit. P. conclus.* 460. *num.* 17. *& seqq.* Meritò ergo etiam non nisi impropriè posse dicetur, qui tantùm potest altero volente ac consentiente; sicut, post alios, noviter quoque sentit Hunnius *d. lib.* 3. *variar. resolut. tractat.* 2. *q.* 10. *pag.* 836.

120 Quartò putat Dn. Collega Boecerus, *ad princ. d. tit. infr. quib. mod. tollit. obligat. num.* 82. *& seq. pag.* 538. me sine ratione negare: propriè dici liberum, quod non ex unius, sed alterius etiam arbitrio dependet. Verùm facilè obtinebo apud omnes Jurisconsultos: non nisi impropriè dici liberum, quod ab alterius voluntate dependet. Id vel ex unico illo Impp. Diocletiani & Maximiani rescripto patebit, quod est *in l. sicut.* 5. *C. de obligat. & actionib.* ubi negatur, esse liberum, quod non nisi consentiente adversario

121 fieri potest. Et quid ni? Nam ipsum verbum *liberè* idem importat, quod importat, sine contractione, & è converso. *Alexand. consil.* 214. *num.* 2. *& seq. vers. pro hoc etiam facit. lib.* 6. Et lex concedens alicui aliquid faciendum *liberè*, intelligitur sine requisitione alterius. *Curt. Iunior consil.* 2. *num.* 3. *lib* 1. Verbum namque *liberè*, excludit omne onus. *Socin. consil.* 43. *num.* 13. *lib.* 4. plenamque & omnem libertatem importat: ita, ut cesset omne impedimentum, & non requiratur consensus ejus, cujus alias deberet requiri *Ruin. consil.* 219. *num.* 3. *lib.* 1. *Roland. à Valle consil.* 42. *num.* 19. *lib.* 1. Hæcq; in tantum procedunt, quòd impropriatè tut verbum *liberè*, si non importaret libertatem absolutam. *Ioan. de Anan. consil.* 61. *num.* 2. In quam rem plura adducit Dominicus Card. Tusch. *practic. conclusion. tom.* 5. *lit. L. conclus.* 335. Quæ cum ita unanimi consensu à Doctoribus nostris tradantur: quis non miretur, solum Boecerum audere tam absonam & à verborum proprietate abhorrentem interpretationem afferre dictorum textuum *in l. stipulatio ista.* 38. *§. inter.* 16 *ff. de verb. obligat. & l. quod certa.* 70. *ff. de solutionib.* Quasi verò, dum ibi dicunt Ju- 122
risconsulti, in obligationibus in diem totum tempus medium promissori ad solvendum relinqui liberum: quasi, *inquam*, horum verborum nullus alius sit sensus, quàm quòd medium illud tempus à creditoris petitione liberum sit. Cur ergo addunt Jurisconsulti *in dd legib.* q in diem debetur, vel statim solvi posse? Debitori igitur medium illud tempus ita liberum relinquitur, ut vel statim solvere possit, & quidem etiam invito creditori. Alioquin quæ hæc esset libertas, quæ ab alterius dependeret voluntate? Aut quis unquam de eo dubitasset, quin debitor volenti creditori ante diem solvere posset?

Tandem Dn. Collega Boecerus *in d. princip. infr.* 123
quib. mod. tollit. obligat. nu. 92. *pag.* 540. non rectè accipit verba mea, quibus dixi *suprà n.* 108. prædictæ sententiæ suffragari quoq; jus vet⁹ provinciale Würtembergicum. Neque enim præcisè argumentor à jure Würtembergico ad jus commune: cum sciam, hæc jura à se invicem interdum discrepare. Veruntamen cum in plerisq; conveniant: utique verisimile est, quòd in proposito quoq; consentiant: proindeq; sicuti jure Würtembergico; ita & jure communi creditori etiam invito ante diem solvi queat. Nam contrarium jure communi dispositum esse: nullo solido satisque firmo fundamento ostendi potest. Ad reliqua, quæ contra fundamenta nostra, supra *n.* 102. *& seqq.* adducta, adferri solent, tum à D. Boecero, tum Borcholten *prædictis locis*, solide respondit Valentin⁹ Riemer. *d. decad.* 11. *quæst.* 9.

Non omittenda hoc loco & illa quæstio est: si mu- 124
tuam mihi pecuniam purè promittas, & eandem jussu meo sub conditione promittas alteri, an ego, pendente conditione pecuniam illam à te petere possim? Et negativè respondit Iavolenus Jurisconsultus *in l. pecuniam.* 36. *ff. de reb. credit.* Cui non contradicit Paulus *in l. purè.* 5 *in princ ff. de doli mali, & met. except.* ex qua apparet; heredem, pendente conditione pecuniam, quæ defuncto purè debebatur, & quam defunctus tibi sub conditione legavit, petere posse: dummodò legati nomine caveat, se illud præstiturum, si conditio extiterit. Dicendum enim est: Iavolenum disertè loqui de stipulatione conditionali: Paulum 125
verò de legato conditionali: inter quæ magnam esse differentiam in propatulo est. Siquidem stipulatorè conditionalem, pendente conditione, creditorem esse placet: legatarium conditionalem, non item. *l. is, cui sub condit.* 42. *in princ ff. de oblig. & actionib. l. condition. credit.* 54. *ff. de verb. signif.* Quâ de causa Javolenus *in d. l. pecuniam,* 36. *ff. de reb. cred.* respondit; me,

me, pendente adhuc conditione, sub quâ Attio pecunia promissa est, pecuniam petere non posse: quia videlicet Attius jam creditor est, eique pecunia jam debetur. Ast *in d. l. purè. 5. in princ. ff. de dol. mal. & met. except.* heres, pendente conditione, sub quâ pecunia est legata, decem rectè petit: quoniam legatarius creditor nondum est, illique pecunia nondum debetur: sed legatarius primùm incipit esse creditor, eique pecunia primùm incipit deberi, ubi con-
126 ditio existit. Ratio autem, cur stipulator conditionalis, etiam pendente conditione, creditor sit, hæc redditur: quia stipulatio vires ex præsenti accipit. *l. usufructus.26. ff. de stipulat. servor.* hoc est, in stipulatione spectatur tempus, quo contrahitur. *l. si filiusfamilias. 78. in princ. ff. de verb. oblig. l. non omne. 144. in fin. ff. de R. I.* atque ideo existente, conditione, stipulatio perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio est interposita, purè sineque conditione facta esset. *l. potior. 11. §. 1. ff. qui potior. in pignor. habeant.* Atqui si purè contracta fuisset stipulatio: stipulatorem statim ex illo tempore fuisse creditorem, non ambigitur. E contrario legatum vires accipit ex futuro conditionis eventu: hoc est, in legato spectatur tempus, quo conditio existit: proindeque existente conditione, legatum perinde habetur, ac si tunc primùm purè relictum esset. Ex quo consequitur: pendente conditione, legatarium conditionalem non posse esse creditorem; ut id planiùs paulò declarat Borcholt. *in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 6. num. 6. & subsequentib.* item Philippus Matthæus *ad d. l. pecuniam. 36. ff. de reb. credit.* hosque laudans D. Besoldus *in tract. de mutuo. cap. 7. num. 14. & seq.*

127 Actio, ex mutui contractu quæ nascitur, vocatur certi condictio, *hoc principio nostro, in fine.* Appellatur quoque mutui actio. *l. neq; mutui. 5. Cod. quib. non objicitur longi tempor. præscript.* item actio, si certum petatur. *l. 1. in princ. ff. de condict. tritticiar.* & actio pecuniæ creditæ. *l. penult. in fin. ff. de institor. act. d. l. rescriptum. 12. §. 1. ff. de distract. pignor.* Cæterùm, de hac certi condictione valdè digladiantur & rixan-
128 tur Doctores. Eam enim plerique duplicem faciunt: alteram specialem, quæ ex solo mutui contractu, sive obligatione emergat: alteram generalem, quæ ex quibuslibet aliis contractibus, ex quibus certum petitur, descendat, eorumq; actiones in sese contineat. *Accursius & Bartol. in rubric. & in l. certi condictio. 9. ff. de reb. credit. si cert. pet. Speculator. in tit. de obligat. & solut. §. sequitur, &c. Fulgos. Salicet. & Bald. ad Rubr. Cod. si cert. pet. ibiq;* Cujacius *in suis paratitl. & Schneidevvin. hic num. 31. & idem ad §. sequens illa. 16. num. 7. ibiq; Vultejus numer. 13. infr. de actionib. Fachin. lib. 2. controversiar. jur. c. 90. vers. sed nec illa est prætermittenda, &c. Härsolte, part. 3. act. 1. Vacconius à Vacuna. lib. 3. declarat. 47. n. 11 Schickard. Disput. 12 ad Instit. thes. 1. ad lit. e. & in resolut. q. 10.* Alii verò numero non pauci contendunt: unicā tantùm, eamque generalem esse certi cōdictionem, ex omni causa, omnive contractu seu obligatione, in quâ certum peti potest, adeoque mutui etiam, ex quâ semper certum debetur, competentem. *Zasius, Iason. & Donellus in d. l. certi condictio. 9. ff. de reb. credit. Oldendorp. class. 4. action. 17 numer. 8. pag. 626. & action. 28. pag. 746. Mynsinger. hic num. 19. ad fin. & in d. §. sequens. 16. num. 8. & seqq. infr. de actionib. Heigius hic num. 36. Rittershusius pag. 407. Nonius numer. 42. & seqq. Gæddæus in Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 11. conclus. 2. num. 9. cum seqq. Philipp. Matth. ad rubr. d. tit. ff. de reb. credit. &c. Gilkenius ad rubric. C. si cert. pet. n. 7. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæstion. 20. pag. 890. cum seq. & in resolut. ad Treutler. disp. 18. th. 10. lit. A. quæst. 40. pag. 1260. & seq. volum. 1. Duaren. ad tit. Cod. si cert. peta. cap. 6. Kitzelius in exeges. de obligat. mut. cap. 7. num. 26. & seqq. D. Bocer. hic num. 155. cum seq. & class. 2. Disp. 7. thes. ult. lit. d. edit. 2. Treutler.* Disput. *20. thes. 10. volum 1. Richter. d. disput. 2. th. 10. sub lit. a. pag. 49. & Ant. Matth. Disp. 9. Pandect th. 8.* Etsi autem inter u- 129
tramque opinionem parum interest in effectu, *ut monet Bachovius in tract. de actionib. disp. 4. th. 10. lit. a. p. 130. cum seq. & ad Treutler. d. disput. 20. th. 10. lit. A. eumq; laudans Dn. Collega Besoldus d. tract. de mutuo. c. 23. num. 1.* atque adeò isthæc controversia (cum hodie actionis nomen in libello exprimi non soleat: sed factum ipsum narretur; sicque actio in id, quod factum est, concipiatur. *c. dilecti. 6. ibiq; gloss. & Panormitan. ext. de judic. Vmmius Disput. 6. de process. judic. thes. 11. numer. 51. & hac de re fusiùs differuimus in tract. de process. judic. Decad. 5. conclus. 2. num. 5. & conclus. 3. n. 6.)* de lanâ caprinâ esse; ac proinde ejus decisio nullam, vel certè modicam utilitatem adferre videtur; ut, *post Alciatum & Viglium,* refert Philippus Matth. *ad d. Rubric. ff. de reb. credit. in fine, &* Schneidevvin⁹ *locis prællegatis:* quia tamen in Scholis, in quibus nos versamur, illa haud rarò ventilari & examinari consuevit: nos quoque exemplo aliorum quorundam Interpretum, eandem sub incudem *(quod ajunt)* revocabimus; eorumque sententiam, qui unicam duntaxat ac generalem certi condictionem statuunt, tanquam veriorem, rationibus non levibus suffulti, defendemus. Nam præterquam,
quòd in universo jure (sine cujus auctoritate nihil 130
affirmandum. *l. illam meritò. 19. vers. superstitibus quidem. Cod. de collationib. Novell. 18. cap. 5.*) non duarum vel plurium, sed unius semper condictionis certi fit mentio, & semper numero singulari, non plurali: id etiam evidentissimè relucet *ex d. l. certi. 9. in princ. ff. de reb. credit.* ubi cùm Ulpianus, dicat, ex omni causa, & omni contractu, quo certum petitur, certi condictionem competere: satis perspicuè arguit, eam quoque da-
ri ex mutuo. Qui enim dicit omne: nihil ex- 131
cludere censetur, *argum. l. metum. 9. §. 1. ff quod met. caus. l. de precio. 8. ff. de Public. in rem act. & l. Iuliano. 68. in princip. ff. de legat. 3.* Quinimò hanc ipsam certi condictionem, quam *in principio dicta*

mero una eademque hæc eſt, cum qualibet aliâ certi
condictione: ita etiam illa, quæ ex mutuo datur.
Adde, quòd indebitum propriè non eſt mutuum:
imò vix inſtar mutui. *d.§.1.hoc tit.* Ideoque à ſepara-
tis petenda conſequentia non erit. *l. Papinianus.* 20.
*ff. de minorib. l. inter ſtipulantem.*83.*§.ſacram.verſ.ſed
hac diſſimilia ſunt ff. de verb. oblig. Gœdd. d.cap.*11. *de
contrah.& committ.ſtipulat.n.*18. *& ſeq.*

138 Denique nihil decerpit concluſioni noſtræ, quòd
proviſio generalis non excludat ſpecialem. *l. ſanctio
legum.*41. *ff. de pœnis.* ac propterea nec generalis con-
dictio certi, ex mutui contractu competens, exclu-
dat ſpecialem certi condictionem. *Etenim* ſi priùs
certò conſtaret, aliquam eſſe ſpecialem certi condi-
ctionem: non ſanè generalis excluderet ſpecialem.
Atqui incertum adhuc eſt & dubium, anne ſit aliqua
condictio certi ſpecialis, nécne: & dum hoc à diſſen-
tientibus, tanquam certum, præſupponitur; mani-
feſtè principium petitur: uti docet D. Hunnius *d.
lib.*3.*tract.*3.*part.* 1. *quæſt.* 20. *in fine. & d. reſolut. ad
Treutler. Diſp.*18.*volum.*1.*quæſt.*40.*pag.*1262.*verſ. ad
quintum reſponſio, &c.*

139 Porrò certi condictione ſive mutui actione mu-
tuatarius conventus, rem creditam in eodem gene-
re, eademque bonitate & qualitate, quamvis id no-
minatim cautum non ſit, mutuanti reſtituere cogi-
tur, *hoc princip. noſtro. l.*2. *in princip. & §.* 1. *& l. cum
quid.* 3. *ff. de reb. credit. l.*1.*§.*2.*ff. de obligat. & actio-
nib. l. eum, à quo.* 16. *C. de ſolut. & liberat.* Fürſtl.
Württemb. Ernewert Landrecht. *part.* 2. *tit.* 1. *pag.*
140 236.*§.* Vnd zwar ſoll/ ꝛc. Unde non licet debitori
rem deteriorem, quæ ex eodem genere ſit, creditori
reddere: veluti vinum novum nondum defæcatum
pro vetere vino. *d.l.*3.*ff. de reb. credit.* Si igitur non li-
cet reddere aliquid deterius: quæri haud ineptè ſo-
let: an liceat invito creditori reddere melius, quàm
id, quod datum eſt, putà vinum vetus, pro novo non-
dum defæcato? Et quamvis, *poſt Ieaunem, antiquum
gloſſatorem*, negativam amplecti videatur D. Vultejus
*hic num.*18. affirmativam tamen ſententiã, quę com-
munis perhibetur, non ſine ratione defendit Joannes
Coraſius *lib.*3.*miſcell.jur.civ.cap.*12.*num.*6. eumque
referens Dn. Collega Bocerus *hic n.*39.*p.*162. Etenim
quod melius eſt, id quoque ſine controverſia bonum
eſt. *l. ubi autem non apparet.* 75. *§. uſq; adeò.* 2. *ff. de
verbor. obligat.* & res, quæ pluris eſt, utique & tanti
eſt. *l. cum furti.* 9. *ff. de in lit. jurand.* & liberatur de-
bitor rem præſtando meliorem, *arg l. penult. ff. ſi ex
141 noxali cauſ. agat.* Neque obſtat, quòd aliud pro alio
invito creditori ſolvi nequeat. *d.l.*2.*ff. de reb. credit.*
142 Nam qui ſolvit, quod melius eſt, in genere eodem,
non ſolvit aliud pro alio: cùm ei, quod melius eſt,
bonum inſit: ut minor numerus majori ineſſe dici-
tur. *l.*1.*§. ſi ſtipulanti.*4. *ff. de verbor. obligat.* Et licèt
deterius videatur, quod invito creditori ſolvitur,
quamvis melius ſit: attamen illa unius & ſolius cre-
ditoris opinio veritati cedere debet, *arg.§. ſi quis rem
ſuam.* 11. *ſuprà de legat.* Eodem non parùm confert

textus *in §. ſi quis agens.*33.*circa finem: ibi, quin etiam
licèt viliſſimum ſit, &c. infr. de actionib.* ubi traditur,
quòd promiſſori ſæpè facilius ſit ſolvere, quod eſt
pretii majoris, quàm quod eſt minoris pretii. Cùm 143
igitur jura debitoribus ſint favorabilia in diſſolven-
dâ obligatione. *l. Arrianus* 47. *ff. de obligat. & actio-
nib. l. favorabiliores* 125. *ff. de reg. jur.* permittendum
certè erit debitori, ut ſolvere etiam poſſit, quod me-
lius eſt eo, quod debetur: dummodo ſit ejuſdem,
non diverſi generis. Si tamen creditoris affectio pro- 144
babilis, & utilitas major ſpectetur in novo, quàm
veteri vino: compelli non poterit accipere vetus vi-
num pro novo: ut ſi fortè mercator ſit creditor, & vi-
num novum in aliam provinciã vendendi cauſa ex-
portare velit: cùm utiliùs tranſducatur novum, quàm
vetus vinum: ſiquidem vetus corrumpatur faciliùs,
& novum duret longiùs: uti, *poſt Coraſium d. lib.* 3.
*miſcell.c.*12.*n.*7. explicat D. Bocer⁹ *hic n.*144. Enim- 145
verò conventione ſive pacto effici poſſe, ut pro mu-
tuo vino veteri, proximâ vindemiâ vinum novum,
putà muſtum reddatur, pleriq; tradiderunt, *Chriſto-
pherus Caſtilioneus, huncq; citans Iaſon. in repetit. di-
cta l. cùm quid.*3.*ff. de reb. credit. n* 21. *Bartol. Caſtrenſ.
Decius & Alciatus ibidem n.*4. *Federicus Scotus Comes
in d.l.*2 *§.*1.*n.*198.*ff. eod. hosq; laudans Fachineus lib.*2.
*controverſ. jur. c.*69. *D. Bocer. hic num.*145.*pag.*163. *&
Dn. Beſold. in tract. de mutuo. cap.* 8. *n.* 1. 2. *&* 3.

Sed & magna Doctorum pugna eſt ac diſſenſio: 146
num totum, quod mutuo datum eſt, reddi debeat: an
verò debitor partem debiti, etiam invito creditori,
ſolvere queat? Et quòd invito creditori debitor per
partes ſolvere debitũ poſſit, opinantur *Fulgoſius n.* 4.
*Decius n.*6. *& Alciatus n.* 8. *in l. quidam exiſtimave-
runt.*21.*ff. de reb. credit. Coraſius in l.*2.*§.*1.*num.*1.*ff. de
verbor. oblig. Molineus in tract. de dividuis & individ.
n.*13.*&* 47.*part.*2.*& Hunnius* Diſp.14. *ad Inſtit. theſ.*
13.*item lib* 3.*var. reſol. jur. civ. tr* 3.*part.*1.*quæſt.*11.*pag.*
874. *& ſeqq. itemq; iiſdem penè verbis in reſol. Diſput.
Treutler.*18.*th.*11. *lit. d. quæſt.* 42.*vol.*1.*pag.* 1264. *nec
non Diſp.*29.*th.*2.*lit.b.vol.*2. At contraria ſententia,
quòd nimirum creditor regulariter debiti partem
accipere haud compellatur, non ſolùm juris veritati
magis eſt conſentanea: ſed & frequentioribus Inter-
pretum præclariſſimorum ſuffragiis recepta. Eam ſi-
quidem tenent & ſequuntur *Bartol. Iaſon. Emanuel
à Coſta. Petrus Ceſtalius, Zaſius, Philipp. Matthæus &
Donellus in d. l. quidam exiſtimaverunt.* 21. *ff. de reb.
credit. Petrus à Duennas regula jur.*158. *incip. creditor
partem. pag.*112. *Duarenus in d. l.*2. *§.* 1. *circa finem. ff.
de verb. oblig. Weſenbecius in paratit. ff. de ſolutionib.
n.*5. *Petrus de Bella Pertica in ſuis quæſt. & deciſ. aureis.
q.*39. *Hotoman. illuſtr. quæſt* 22. *Gomezius tom.*2. *var.
reſolut. cap* 10. *rubr. de individuis. n.*5. *ibidemq; Eman.
Soarez. lit. d. Barnab. Briſſonius de ſolutionib. num.*32.
*pag.*146. *Neguſantius in tract. de pignorib.* 2. *parte ter-
tii membri quinta partis principal. n.*17.*pag.*460. *Gail.
lib.*2.*obſerv.*19.*n.*7. *Breuchorſt. cent.*1. *conſilio⁊aræſ. aſ-
ſert.*63.*edit.*1. *Gœdda⁹ ad l. minus.*32.*n.*9 *ff. de verbor.*

significat. & in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap.6. num.265. & cap.12. num.3. Sarmient. lib.6. selectar. interpret. cap.16. Zanger. in tr. de except. part.3. cap.2. num.3. & 4. Vultejus. lib.1. Iurispr. Rom. cap.53. num. 81. Fachin. lib. 10. controverf. jur. cap.59. Tiraquell. de retract. convent. §.4. gl.4. n.1. pag.432. Iohannes de Amicis consil. 55. incip. in causa executionis. numer.18. pag.45. Alexand. Tartagnus Imolens. consil.88. incip. visis ac diligenter. num.18. pag.61. lib.6. Treutler. Disput. 20. thes.11. ad lit. a. volum. 1. ibique Bachov. in suis not. p.770. & idem fusius in not. & animadverf. ad eundem Treutler. volum. 2. disput. 29. th. 2. lit. B. pag. 991. cum seqq. Herman. Gœhausen in sua necessar. informat. disputat. ultim. pag. 292. Rimer. decad. 11. quæst. illustr. 8. Hackelman. illustr. disputat. 9. thes. 9. lit. C. Forster. lib. 3. disput. 19. thes. 6. Pacius centur. 3. ἐναντιοφανῶν. quæst. 71. Borcholt. in Commentar. ad t. ff. de reb. cred. cap.7. num.22. & in tractat. de verbor. obligat. cap.2. num.11. & seqq. item part.1. Disput.3. de reb. cred. proposit. 12. pag. 221. Arumaus exercitat. Iustin.16. thes.2. & in tractat. de mora cap.7. num.8. Alemannus consult. 8. de jure moneta. quæst. princip. 12. pag. 861. Petr. Aug. Morla part. 1. emper. jur. titul.8. quæst. 8. Paulus Berens Disputat. 12. them. 3. quæst. 8. & novè Schickardus Disput. ad Instit. 12. thes. 3. lit. e. & in resolut. quæst. 9.

147 Eaque primò evidenter probatur *per l. tutor.* 41. §. *Lucius Titius.* 1. *ff. de usur.* ubi Modestinus consultus, an Lucius Titius, cùm centum & usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam, quàm debebat, obsignando, ab illius, quam obsignavit, pecuniæ usuris liberetur: negativè hunc in modum respondit: *si non hac lege* (id est, pacto) *mutua pecunia data est, ut liceret & particulatim, quod acceptum est, exsolvere, non retardari totius debiti usurarum præstationem; si, cùm creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit.* Quo sanè responso clarissimè demonstratur: debitorem totum, quod mutuò

148 accepit, solvere teneri: nec creditorem invitum, ut partem accipiat, cogi posse. Et quanquam contra hoc fundamentum *dicti §. Lucius.* contrariæ sententiæ Auctores excipiunt, respondentque: in eo agi de usurâ, quæ pœnæ similis est: pœnam autem facere stipulationem individuam, *l. stipulationum.* 5. §. *si sortem.* 4. *ff. de verb. obligat.* ac propterea partis solutionem non admitti: tamen non ineptè replicatur, responsionem isthanc satis frigidam videri, hac ratione: quòd si debitor solutione partis liberaretur invito creditore, usuræ totius summæ non deberentur. Et quod de comparatione sive similitudine pœnæ ac usuræ adfertur; vanum est: quia quod attinet *ad d. l.* 5. §. *si sortem.* ratio illius non in eo consistit, quòd de pœnâ agatur; sed in eo, quòd aliter fieri non possit sine injuriâ stipulatoris: *ut in calce ejusdem §. disertè subjicitur. Fachin. d. lib. 10. cap. 59. in fine.*

149 Secundò à nostra assertione non est alienus Ulpianus *in l. Iulianus.* 13. §. *offerri.* 8. *ff. de actionib. empt.* dum ait, offerendum esse precium ab emptore, cùm ex empto agitur: & ideo precii parte oblata, actioni ex empto needum esse locum: quippe quòd venditor, ad integram usque solutionem, rem venditam, quasi pignus retinere possit. Duplici hìc, eoque fortissimo utitur JC. argumento: priore à causa ad effectum; posteriore verò à pignore ad rem venditam ducto; ostendens, totalem pretii oblationem progignere actionem ex empto; ac proinde illa sublata, ipsam quoque actionem tolli. Posterius à pignore, 150
tanquam a simili sumptum, priori multum addit roboris. Siquidem actio pigneratitia non antè sortitur locum, quàm omnis pecunia debita soluta, aut eo nomine satisfactum est. *l. si rem.* 9. §. *omnis.* 3. & §. *ult. l. quod si.* 10. *l. solutum.* 11. *in princ. l. eleganter.* 24. §.1. & *l. si pecuniam.* 33. *ff. de pignerat. act. l. qui pignori.* 19. *ff. de pignorib. & l.* 1. *C. de lutione pignoris.*

Tertiò istam Ulpiani sententiam disertè confirmat Paulus *in l. cùm fundus.* 31. *circa finem. ff. de reb. credit.* in hæc scribens verba: *Sed adjicere debuit Iulianus, non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quàm si et pretium solutum, & quæcunque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi præstaret.* 151

Quartò dilucidiùs idem Paulus probationem suam explanat, sicque nostram traditionem corroborat *ex l. si servus.* 57. *in pr. ff. de adilic. edict.* quando respondet; dominum ex contractu servi redhibitoriâ vel ex empto actione non aliter quidquam à venditore consecututum esse, quàm si totum pretium solverit, & omnia, quæ bisce actionibus continentur, præstiterit. 152

Quintò accedunt textus perspicui *in l. si pater.* 8. *in fin. C. de actionib. empt. & in l. obsignatione totius.* 9. *C. de solutionib. & liberat.* in quorum altero Imperatores Diocletianus & Maximianus aliquantò obscuriùs; in altero expressissimè decidunt: creditori invito particulatim non esse solvendum. 153

Sextò huc facit non parùm, quod jure cautum est: 154
quòd sortem sine usuris quis recipere non obstringatur. *l. usuras.* 2. *l. acceptam.* 19. *ibiq. glos. super verb. cum usuris. C. de usur. l.* 2. *ibi, si universum tam sortis, quàm usurarum offerat debitum. C. debitorem venditionem pignoris impedire non poss.* nec depositio sortis, usuris detractis vel reservatis, teneat. *dict. l.* 2. *vers. eoq; non accipiente, &c. Alexand. Tart. Imol. consil.* 75. *incip. in causa. num.* 8. *vers. non deposuit omnes accessiones, &c. pag 44. lib.* 7. quòd item solvendo esse nemo intelligatur, nisi qui solidum solvere potest, *l. solvendo.* 114. *ff. de verb. signif.* & denique tum demum solutio ritè facta dicatur, quando universum, quod debetur, opportuno loco & tempore solutum est. *l. si solutorum.* 39. & *l. solidum.* 85. *ff. de solutionibus.*

Septimò natura obligationis postulat: ut, quo 155
modo quid contractum est, eodem etiam modo dissolvatur. *l. nihil tam naturale.* 35. *ff. de reg. jur.*

Sic

Sic autem omnis obligatio ab initio contrahitur:ut, quod inde debetur semel, totum deberi incipiat: ac propterea totum quoq; debeat solvi, si creditor exigat. Totum verò non solvit tam is, qui nihil solvit, quàm qui partem, *arg. §. si minus. 34. infr. de actio-*
156 *nib.* Et quoties debitor, quod debet, offert aliter seu in aliam formam, quàm debet; non est cogendus creditor accipere, si ex eâ te aliquid damni sit passurus: *ut disertè Paulus respondit in l. creditorem. 99. ff. de solutionib.* Sed & natura conventionis est: ut totum, quod debetur, solvatur: & minor solutio, invitum creditorem non ligat magis, quàm nulla solutio, *arg. l. sed mihi. 3. §. 1. ff. commodat. l. Iulianus. 9. §. sed si quis. 3. ff. ad exhibend. l. hic consequenter. 18. §. Celsus. 4. ff. famil. ercisc. l. per hoc. 4. §. hoc judicium. 2. ff. communi. divid. l. illud quoq;. 7. §. si cujus. 2. ff. de tributor. act.*

157 Octavò & ultimò pro hac conclusione etiam hæc militat ratio: quòd æquitas non patiatur, ut quis alterius facto gravetur; aut alteri per alterum iniqua conditio inferatur; *l. non debet. 74. & l. factum cuiq;*
158 *suum. 155. ff. de reg. jur.* At creditor, si invitus debiti partem acceptare teneretur, per debitorem gravaretur; eique iniqua conditio inferretur: eò quòd particularis solutio non minima sæpe incommoda habeat. *l. planè. 3. vers. quia sæpe. ff. famil. ercisc. l. cùm hi, quibus. 8. §. in causa. 9. ibi, & minutatim singulos convenire difficile. ff. de transactionibus. l. solent. 3. in princip. ibi, minutatim alimenta. ff. de aliment. vel cibar. legatis.*

159 Huic verissimæ conclusioni primùm non obstat *l. quidam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit.* ubi Julianus JC. quibusdam existimantibus, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere; neque eum, qui fundum suum diceret, partem duntaxar judicio persequi, contradicit motus summâ æquitatis ratione: quòd nimirùm prætor, posteaquam ad officium ejus pertinet, lites diminuere, humanius sit facturus, si actorem ad accipiendum id, quod offertur, compulerit. *Etenim* Juliani *in d. l. 21.* sententia hæc est: Quemadmodum cùm debitor fatetur, se debere totum, & paratum dicit solvere, in eum actio non datur; de quo inter omnes convenit *l. si debitori 21 ff. de judic. l. si debitor. 20. ff. de solutionib.* ita & si partem tantùm offerat, quamvis alteram se debere neget, & de eâ litigare paratus sit; nihilominùs & in eum de eo, quod offertur, denegandam esse actionem; de quo differitur *in d. l. quidam. 21. ff. de reb. credit.* Siquidem hic locum habet, quod alibi traditur, in confitentem nullas esse partes judicantis. *l.*
160 *proinde. 25. in fine ff. ad leg. Aquil.* Qua ratione fit; ut creditor, cui pars tantùm offertur, compellatur ad accipiendum, quod offertur: partem verò non oblatam, eandemq; negatam judicio petere queat. Nam veluti de parte negatâ controversia est, & de re controversa judicium consistit; sic è contrario de eâ parte judicium non consistit, de qua confessione Rei ita constat, ut de illa nulla controversia esse possit:

cùm reus pro judicato sit, & frustra adversus eum, qui in jure confessus est, actio petatur, utpote prætore illam in rem actionem denegante; etiamsi maximè istam partem reus non offerat. Unde firmiter colligitur: nullas in confitentem, sive de parte, sive de toto in jure fateatur, partes esse judicantis: itaq; nec de eo, de quo confitetur, judicium in eum reddi posse, sed perinde habendum, ac si judicatus esset: eamque ob causam Prætorem, cùm ad officium ejus 161
pertineat, lites bono & humano more minuere, humanius facturum: si, posthabitâ disputationis subtilitate, quæ aliud exigere videtur, creditorem partem oblatam, quamq; debitor se debere in jure confessus est, accipere compulerit: *ut id pleniùs declarat Donellus ad d. l. quidam existimaverunt. 21 ff. de reb. credit. n. 12. & seq.* Cui non ineptè congruit communis illa Interpretum distinctio, quam afferunt de debiti parte liquidâ, & per confessionem certâ, & illiquidâ vel negatâ, asserentes: respectu partis liquidæ particularem solutionem esse admittendam: secus, si totum debitum sit liquidum, *gloss. in verb. ad accipiendum. Bartol. Alberic. de Rosat. Iasen. Zasius, Cestalius, & alii ad dict. l. quidam 21. ff. d. tit. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 10. num. 5. vers. quod est verum, & procedit, &c. pag. 298.* Eodem pertinet planè simile ejusdem Juliani responsum *in l. permittendum. 8. ff. si pars hereditat. petat.* Quandoquidem eum quoque, qui hereditatem petit, vult, partem hereditatis sibi à possessore cessam accipere, & de alterâ eum ipso litigare: eo quod possessor istam partem petenti neget: ut sic *lex illa. 8.* æquè, atque *prædicta lex 21. ff. de reb. credit.* evidenter arguat: creditorem ita demum cogendum debiti partem accipere, si illud totum liquidum non sit; sed partem solummodo à se deberi, debitor contendât: *Philipp. Matth. ad dict. l. 21. ff. eod. pag. 177.*

Deinde non obstat assertioni nostræ *l. cùm heres.* 162
4. §. item si decem. 6. ff. de statu liberis. ubi Paulus statuit; heredem decem, quos statuliber ei dare jussus erat, per partes accipere cogendum esse. *Nam* non generaliter ita statuit Paulus: sed causam, favorem nimirum libertatis, propter quem particularis solutio admittenda est, expressè assignat; non incertus, in favorem libertatis multa specialia recepta, & recipienda esse. *l. libertas omnibus. 122. ff. de reg. jur* Quæ causa quia in aliis minùs favorabilibus casibus non mi- 163
litat: hujus specialis casus decisio haudquaquam ad eos est trahenda. *l. quod verò. 14. & ll. seqq. de leg.* Si- 164
quidem ratione legis cessante, ipsius quoq; legis cessare vigorem palàm est. *l. ult ff. ad Senatusconf. Silanian.* Quinimò ex allegato *dictæ l. cùm heres. 4. §. 6. ff. de statulib.* textu magis dissentientiũ opinio labefactatur, quàm communitur, argumento à cõtrario sensu hunc in modum concepto: Heres à statulibero decẽ per partes, favore libertatis, accipere cogitur: ideoq; infallibiliter sequitur, in aliis minus favorabilib. casib. invitũ creditorẽ oblatam debiti partem acceptare nõ compelli. Argum. namq; à contrario sensu legis vel 165

 canonis

in jure est usitatissimum, ejusque consequentia validissima: nisi absurdus & juri contrarius intellectus ex ea resultet. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurisd. glos. & Dd. in l. conventiuncula. 15. C. de episcop. & cleric. Everhard. in Topic. legal. lib.*
166 *loc. à contrar. sens. num.* 4. Nec tegesserit quispiam, libertatis favorem in quovis debitore versari. *l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & actionib.* Paulus siquidem *in dict. l. cùm heres. 4. §. item si decem. 6. ff. de statu liber.* loquitur de ejusmodi libertate, quæ servitutem excludit, nec ullo ære potest æstimari. *l. libertas inæstimabilis. 106. & l. non est singulis. 176. §. 1. ff. de reg. jur.* ejusmodi libertas plurimum differt ab illa liberatione, quam idem Paulus sibi propositam habet *in d. l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & actionib.*

167 Præterea non obstat *l. 1. ff. de compensationib.* ibi cum compensatio à Modestino definiatur, debiti & crediti inter se contributio sive collatio, qua qui convenitur, creditorem suum, eundemque debitorem, petentem, quoad partem, qua eum sibi obligatum habet, summovet paratus compensare. *l. 2. ff. eod. tit.* indeque nihil aliud esse dicatur, quàm solutio & quidem particularis. *l. si debitor. 4. in fine. ff. qui potior. in pignor. vel hypoth. habeant.* firmiter concludendum videtur; creditorem, debitum universaliter petentem, particulatim accipere cogi posse. Non, *inquam* illud obstat. Quamvis enim compensatio ipso jure debitum minuat: effectu tamen solidum præstatur, postea quam, quod ultro citroque debetur, in eam
168 deducitur. *d. l. 1. 2. 3 & 4. ff. de compensationib.* Nec ea destituitur sua ratione: quia partim naturalis, partim civilis æquitas suadet; ut talis debiti & crediti inter se collatio fiat: quippe interest nostra, potius non solvere, quàm solutum repetere. *d. l. 3. ff. d. tit.*
169 imò dolo facit, qui petit, quod restituere tenetur. *c. dolo. 59. de reg. jur. in 6.* publiceque interest, ut lites, ultro citroque contributione facta, uno judicio dirimantur, quæ alioqui plura exigerent, *argu. l. 1. ff. de jurejurand. l. item si 4. §. 1. vers. non tamen. ff. de alienat. judic. mut. caus. l. si cujus. 13. §. æquissimum. ff. de usufruct. leg. properandum. 13. in princ. C. de judic.* Taceo, quòd jus compensationis tacitam vel præsumptam habet creditoris petentis voluntatem: factum verò solutionis, cum solius sit debitoris, eam non habet, *docente Gœddæo ad dict. l. minus. 32. nu. 11. ff. de verbor. significat.*

170 Rursus non obstat *l. stipulationum quædam. 2. §. 1. ff. de verb. obligat.* ubi generaliter & indistinctè dicitur: obligationem pecuniæ dandæ recipere partium præstationem, hoc est, debitam pecuniam pro parte posse præstari; vel, ut alibi scriptum est, id quod debetur, pro parte rectè solvi, *§. 1. in fine infr. quib. mod. tollit. obligat.* Nam exaudiendum istud est, volente & partium præstationem admittente creditore; non item creditore invito & nolente. Hæcque interpretatio colligitur tum ex verbis, tum ex mente Pauli Jurisconsulti *in dict. leg. 2. §. 1. ff. de verborum obligat.* Ait enim: pecuniæ obligationem seu stipulationem partis præstationem recipere. Atqui præstari pecunia non potest, nisi volenti: quoniam ei demum quid præstitum esse dicitur, cui ad placitum est satisfactum, *arg. l. quid sit fugitivus. 17. §. ult. ff. de ædil. edict.* & præstatio non est sine accipiente; ut nec donatio sine accipiente esse solet. *l. hoc jure utimur. 19. §. 2. ff. de donationib.* Nemo autem accipere potest, 171
nisi volens. Ita fit, ut in præstationis verbo vi, ipsa etiam voluntas accipientis contineatur. Si mentem Pauli spectemus: res manifestior erit. Paucis etenim verbis interjectis, subjicit: *quædam partu quidem dationem naturâ recipiunt; sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit: veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam si Stichi pars soluta sit: nondum in ulli parte stipulationis liberatio nata est, &c.* Ergo quod priùs dixerat, quasdam stipulationes partium præstationem recipere: hoc eo sensu dixerat, ut intelligeremus, eas recipere hanc præstationem effectu, hoc est, ita ut si partes præstitæ sint, pro his partibus stipulationi satisfiat; adeoque debitor in parte obligationis liberetur. *l. stipulatus. 9. §. 1. ff. de solutionib.* Constat igitur, cùm ad effectum referatur, quod Paulus dixit; obligationem pecuniæ dandæ partium præstationem recipere, inde non rectè inferri: partium præstationem esse admittendam etiam invito creditore: sed hoc potius, eam non aliter admitti, quàm creditore volente: & si admissa sit, debitorem in parte obligationis liberari, & reliquum remanere in obligatione: id quod dilucidè expressit Ulpianus *in d. l. stipulatus. 9. §. 1. ff. dicto tit.*
Eadem ferè declaratio occurrit *in d. §. 1. infr. quibus mod. tollit. obligat.* ubi solutio partis, & acceptilatio partis inter se conferuntur: quòd nimirum, sicut quod debetur, pro parte rectè solvitur; ita in parte 172
debiti acceptilatio rectè fieri possit. At dubium non est ullum, quin acceptilatio fieri non possit invito creditore: siquidem ejus natura flagitat, ut fiat creditore volente & consentiente. Constat enim acceptilato duorum consensu, creditoris & debitoris. *l. an inutilis. 8. in princ. ff. de acceptilat. l. si unus. 27. §. penult. ff. de pact.* Idcirco utriusque consensu eam dissolvi necesse est: quandoquidem secundum naturam est, unumquodque dissolvi eo modo, quo colligatum est. *l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur.* Proinde & quod de solutione *in d. §. 1. infr. quib. mod. toll. oblig.* dicitur, id, quod debetur, pro parte rectè solvi, 173
eodem modo intelligere debemus, ut rectè solvatur, admittente creditore: quia non fit solutio, nisi cum naturaliter pecunia creditori numeratur. *l. solutam. 49. ff. de solutionib.* neque id fit aliter, quàm volente eo & accipiente. *Donell. ad l. quidem existimaverunt. 21. num. 16. ff. de reb. cred. Zanger. d. tr. de exceptionib. part. 3. c. 2. num. 6. & 7.* 174

Adhæc non obstat, quòd cum permissum sit singulis debitoris heredibus, partem debiti hereditarii, in quam successerunt, solvere creditori invito, *l. in executione. 85. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. si testamento. 49. §. 1. ff. de fidejussoribus l. 2. C. de heredit. actionib.* 175

actionibus l. 1. C. si cert. petatur. etiam ipsi debitori principali partem debiti creditori in vito offerre & solvere liceat: eum ex persona heredū, conditio obligationis non immutetur. *d. l. 2. §. ex his. 2. ff. de verb. obligat.* Etenim negatur consequentia: quoniam inter debitorem principalem, & ipsius heredes maxima est ratio differentiæ. Principalis debitor, ut fidem suam liberet, totum, ad quod obligatus est, præstare & solvere tenetur: verum heredes plures partem duntaxat hereditariam debent: quia in partem debiti solummodò succedunt: & æs alienum defun-
176 cti ipso jure & lege XII. tabb. inter singulos heredes pro portione hereditaria dividitur. *d. l. 2. C. de heredit. action. l. pacto successorum. 26. C. de pactis.* Et sanè si heredes omnes conjunctim considerantur: obligatio ex ipsorum persona non immutatur: quia tantundem illi præstare coguntur, quantum defunctus, cui successêre, debuit: etiamsi separatim, nec eodem tempore suam quisque quotam præstet. *latè Donell. ad d. l. quidam existimaverunt. 21. num. 17. ff.*
177 *de reb. credit.* Nec obtrudat aliquis; legem 12. tabularum dividentem obligationem inter heredes pro portionibus hereditariis, esse iniquā, & creditoribus damnosam. *d. l. planè. 3. ff. famil. ercisc.* Non quippe iniqua est: quia cum plures sint heredes, qui in jus defuncti succedunt, necesse est, ut inter eos commoda & onera hereditaria dividantur, *ut modò dictum.* Non est damnosa: quia creditores actionem contra omnes heredes habent. Quare si unus partem suam solverit: illis contra alios actio, qua simul totam debitam quantitatem consequi possunt, remanet. *Fachin. d. lib. 10. controversiar. jur. cap. 59. vers. quintum argumentum, &c.* Ex quibus omnibus ita expositis facilè responderi potest ad vanas instantias, quas Hunnius in contrarium temerè adduxit, *d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. quæst. 11. pag. 874. & aliis in locu.*
178 Nihil insuper obstat *l. placuit. 4. C. de collatione fundor. patrimonial.* ubi Valentinianus & Valens Impp. rescripserunt: licere possessoribus fundorum patrimonialium pensionem annuam particulatim solvere; dummodo numerum ternæ illationis non excedant. Si ergo hoc receptum est adversus fiscum: multò magis adversus privatos creditores recipiendum erit. Fisci siquidem causa potior est. *l. 2. ff. de jure fisci.* & publica causa semper vincit privatam. *l. 2. ff. ne quid in loc. public. utilitas 4. Cod. de primipilo. l. unic. §. hæc autem omnia. C. de caduc. tollend.* Nihil, inquam obstat. Illud enim nominatim in causa pensionum publicarum, pro fundis patrimonialibus debitarum, constitutum est: proinde in cæteris causis & contractibus diversum jus obtinet. Nam si jus commune omnium debitorum debita, invito creditore, particulatim solvi voluisset: nequidquam id de possessoribus fundorum patrimonialium, in pensionibus publicis solvendis, specialiter cavisset. Cæterum cùm illud nusquam generaliter factum reperiatur: istud hac in causa jure singulari constitutum, aut sublevandorum possessorum causa, qui publicis pensionibus onerantur, aut etiam Reipubl. gratia, quo fiscus facilius suum consequatur (cum facilius sit, plures particulas separatim expedire quàm totam summam pensionis debitæ repræsentare) in consequentiam ad omnes alios debitores trahere nefas reputabitur: ideoque in contrarium jus commune meritò observabitur. *d. l. quod verò. 14. cum ll. seqq. ff. de legib. Zanger. d. tract. de exceptionib. part. 3 cap. 2. num. 13. Philipp. Matthæus ad d. 21. ff. de reb. cred. pag. 174.*

Minimè quoque obstat *l. in commodato. 17. §. duabus. 4. ff. commodati.* Ibi dum perspicuè traditur, creditorem partem debiti ab invito debitore petere posse; eodem etiam modo debitorem partem invito creditori solvere posse, verisimile videtur; propterea quòd favorabiliores sint rei, quàm actores. *d. l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & actionib. l. favorabiliores. 125. ff. de reg. jur.* Respondetur enim: à creditore ad debitorem hac in parte non procedere argumentum: eum dispar sit utriusque ratio. Creditor namq; pro voluntate sua partem debiti petere potest: quia in eo de iure suo statuit; nec minus perendo, debitori nocet. At debitor, qui offert partem debiti, & cogere vult creditorem, ut eam accipiat, non statuit de jure suo, sed creditoris; & quidem haud sine damno & injuria creditoris. Plusquam autem certum 180 est: neque debitorem, neque alium quemlibet creditoris sui, aut alterius cujusquam conditionem facere posse deteriorem. *l. solvendo. 39. ff. de negot. gestis. Donell. in sæpe allegata l. quidam. 21. num. 17. ff. de reb. credit. pag. 140.* 179

Denique non obstat *l. ultim. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.* ubi dicitur, creditorem partem debiti accipere cogendum esse, salvo jure pignoris. *Etenim* illic Scævola loquitur de duabus separatis summis sive rebus, quæ ex diversis debentur causis: quasque debitor separatim solvere non prohibetur. Idque non injuria. Quemadmodum enim obligationes sunt contractæ: sic quoque dissolvi debent. *dict. l. nihil tam naturale. 35. ff. de regul. jur.* Atqui ibi eas sigillatim & sejunctim contractas esse, contextus probat. Ergo rectè fit, & naturæ conveniens est; ut quod ex singulis causis debetur, separatim solvi permittatur. *Gœdd. ad dict. l. minus. 32. num. 11. ff. de verbor. signific. Berens d. Disputat. 12. them. 3. sub quæstion. 8. pagin. 292.* Remotis igitur & confutatis adversariorum argumentis, omnique dubitandi ansa præcepta, nihil aliud superesse video, quam ut constanter & firmè, ex veris juris fundamentis concludam: particularem solutionem regulariter, invito creditore, non esse admittendam. Vide tamen rem istam aliter expedientem Antonium Merendam, *lib. 1. controversiar. jur. c. 32. p. 44. & seqq.* 181

Huic controversiæ modò expeditæ succedit alia: 182 an nimirum pro vino vel frumento mutuato, debitor æstimationem sive pecuniam numeratam invito creditori solvere & obtrudere possit? Et [quidquid in contrarium adserant *Iacobus de Arena & Curtius, aliique, quos refert Decius in l. 2. §. 1. ff. de reb. credit.*)

negativa sententia non sine evidenti ratione vulgò obtinuit. Tum quia in mutuo debet reddi idem genus, quod datum est. *d.l.2. in princ. ff. eod. tit.* Pecuniam autem & frumentum esse diversi generis, manifesto manifestius est: cum aliud sit merx, aliud, pecunia seu precium. *leg.1. ff. de contrah. emp. & l.1. in*
184 *princ. ff. de rer. permutat.* Tum quia notissima regula est: aliud pro alio, invito creditori solvi non posse. *dict. l. 2. §. 1. in fine. ff. de rebus credit. l. promissor. 21. §. ult. in princ. ff. de constit. pecun. l. si se non obtulit. 4. §. ait. prætor. 3. ff. de re judicat. l. manifesti juris. 17. ibi, consentiente creditore. C. de solutionib. leg. 1. Cod. de Fabricensib. Petrus à Dusnnas regul. jur. 159. pagin. 213. Iacob. Aleman. consultat. 8. quæst. principal. 11. p 854.* Ast illud fieret, si debitori, pro frumento pecuniam creditori restituere, permitteretur. Et hanc sententiam non solùm jus renovatum Würtembergicum confirmat *part. 2. tit. 1. pag. 163. in fin.* sed & eandem Doctores communiter amplectantur: *Bartol. Purpuratus, Bologne. & cæteri in dict. l. 2. §. 1. ff. de reb. eredit. eosque citans Petrus August. Morla part. 1. empor. jur tit. 8. q 9. num. 2. Nonius in hoc principio. num. 28. & D. Becer. numer. 129. pag. 161. Fachineus libr. 2. controverf. jur. c. 68. in pr. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 66. edit. 1. Arumæus Exercitat. Iustin. 12 thes. 10. Wesenbec. in paratitl. ff. de reb. cred. num. 12. vers. ego tamen magis. &c. Kitzel. in exeges. de obligat. mut. c. 6. num. 53. Paulus Berens. Disput. 9. th. 1. q. 8. pag 207. Hœnonius Disput. 13. controverf. 4. circa medium. D. Besold. d. tract. de mutuo cap. 8. n. 4.*

185 Cui non adversatur textus *in l. vinum. 22. ff. de reb. credit.* ubi expresse habetur, quòd pro vino mutuo dato, æstimatio solvatur. *Hæc* enim lex concepta est non de nostro casu, ubi vinum creditum ejusdem bonitatis & qualitatis adhuc extat, & à debitore comparari potest: sed eâ de specie tractat, ubi idem vini genus, quale creditum fuit, non amplius superest. Quâ specie licèt vini æstimatio non sit in obligatione, nec etiam in facultate solvendi, *argum. l. fundum. 28. ff. de novationibus.* attamen necessariò ad æstimationem devenitur: pecunia seu æstimatione vicem rei ipsius tum demum sustinente, si res ipsa à debitore amplius præstari nequeat, *argument. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condict. indebit. l. si domus. 71. § qui confitetur. 3. ff. de legat. 1.* Etsi igitur jus indubitatum est, aliud pro alio, invito creditore, solvi non posse: hoc tamen tamdiu duntaxat verum est, quamdiu quod debetur, præstari à debitore potest, nec sit ei potestas jure aliud solvendi. Quòd si res ab eo præstari nequit: natura suadet, cogitq; ut pro illa aut nihil, aut æstimatio, aut si quid aliud habet debitor, præstari debeat. Necessitati quippe parendum, stultumq; est exigere, quod fieri non possit, *arg. l. in re furtiva. 8. in pr. ff. de condict. furtiv. l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat. d. l. si domus. 71. §. 3. ff. de leg. 1. Auth. hoc, nisi debitor. C. de solut. Novell. 4. c. 3. ibiq; Cujaci, Gail. lib. 2. observat. 73. num. 8. Wegner. disp. 13. ad Institut. thes. 6. lit. b. Knipschildt d. exercit. Acad. 2. quæst. 22. pag. 73.* Sed & si debitor alterius rei solvendæ potestatem habeat, vel jure sibi tributam, vel testamento, vel conventione: jam hoc jure fit, ut pro potestate sibi concessa aliud solvere possit, *ut fusius explicat Donellus ad d. l. 2. §. 1. numer. 8. ff. de rebus credit.*

Non item refragatur *l. si quis stipulatus. 57. in pr. ff. de solutionibus* ubi dicitur, si quis stipulatus fuerit decem in melle, quòd debitori liberum sit, vel mel, vel decem, seu æstimationem solvere. *Nam* in isthoc verborum contractu æstimatio in obligationem deducta fuit, facultate solvendi mellis pro decem, ex peculiari conventione, in arbitrium promissoris collata: quod in nostro mutui contractu omnino secus est; utpote in quo vinum seu frumentum fuit in ipsa obligatione: ac proinde, si modo extet, creditori à debitore in eodem genere restituendum est. *dict. l. 2. in principio. ff. de reb. credit. Kitzel. d. c. num. 56.* 186

Nihil præterea resistit *l. si ita fidejussorem. 42. ff. de fidejussorib.* ibi cum statuatur, non posse pro debitore pecuniæ accipi fidejussorem in tritico, addita ratione: quia pecunia non æstimetur merce. à contrario sensu colligitur, pro debitore frumenti, fidejussorem in pecunia acceptum efficaciter obligari: cum per pecuniam omnia æstimentur. *Etenim* mutuato frumēto accipi potest fidejussor, eo casu, quo principalis debitor ad pecuniam quoq; tenetur, l. e. quo in mora fuit, propter quam factum est, ut frumentum ejusdem bonitatis non ampliùs reperiatur, *argument. dict. l. vinum. 22. ff. de reb. credit.* Dein & hoc dici poterit: argumentum à contrario sensu non procedere, quando legum correctio inde sequitur; *tradente, post alios, Everhardo à Midelburg. in loc. à cōtrario sensu. num. 4.* quod fit in casu nostro, cum ex eo corrigatur *d l. 2. in princ. ff. de reb. credit. Nonius hic num. 28. pag. 430.* Licèt porrò omnes res cæteræ æstimentur per pecuniam, *dict. leg. si ita. 42. ff. de fidejussorib.* tamen per eam non recipitur functio cum frumento vel vino. Functio siquidem debet esse in eodem genere, ut pecunia ad pecuniam, frumenti ad frumentum. Et quamvis frumentum & vinum res fungibiles sint: haud tamen ejusdem sunt qualitatis & & naturæ: adeòque non est in iis communicabilis qualitas: *ut ex Zasio in dict. l. 2. §. 1. num 12. & seqq. ff. de reb. credit. declarat Paulus Berens d. disput. 9. them. 1. quæst 8.* 187

Pari ratione nō obest, quòd quoties duo equipollent, non referat, quid ex eis fiat. *l. mulier. 22. circa princ. ff. ad senatusconf. Trebell. l. si mater. 3. cum concordantibus ibi adductis per glos. in verb. sua. causa. C. de institutionib. & substitut.* Frumentum autem & ejus æstimatio æquipollentia sint: quippe cum æstimatio vice rei fungatur. Proindeq; non referat, utrum frumentum, an ejus æstimatio solvatur. Hoc non obest *inquam*: quia tunc vice rei fungitur æstimatio, ubi res ipsa solvi non potest *d. l. si non sortem. 26. §. libertus 12. ff. de condict. indebit.* Sed nostro in casu potest solvi vinum vel frumentum: ideoque non relinquitur locus so- 188 189

eus solutioni æstimationis. *Adhac respondetur*: argumentationem istam procedere in aliis contractibus, non in mutuo; in quo idem genus, non diversum, reddi debet, *præallegata l.2. in princ. ff. de reb. credit. Broncherst. d. cent. 1. assert. 66. in fine. edit. 1.* Huc revocanda sunt & repetenda, quæ annotavimus infrà *ad princ. tit. quib. mod. tollit. n. 9. & seqq.*

190 Vocatur in disceptationem ancipitem & illud: utrum nummis aureis simpliciter sive generaliter mutuò datis, debitor alterius generis nummos, puta argenteos, æreosve solvendo liberetur? Et non liberari, censent *Bartol. ad l. 1. §. ult. ff. de auro & argent. legat. & ad l. Paulus (alias est l. creditorem. 99.) ff. de solutionib. ibidemque Castrens. & Imola, Covarruv. de veter. numism. collat. cap. 7. §. unic. B. crius decision. 327. Wesenbec. in Paratitl. ff. de reb. credit. numer. 12. vers ex eadem ratione, &c. Borcholt. in Commentar. de reb. credit. cap. 7. num. 4. & seqq. D. Bocer. in tract. de regalib. cap. 2. num. 229. item tract. de jure monetar. c. 2. num. 83. cum seqq. & in hoc princip. num. 146. pag. 163. Matth. Coler. in tractat. de processib. execut part. 1. cap. 10. num. 7. & seq. Aleman. consultat. 8. quæst. in princip. 7. pag. 818. Iustus Schütz exercitation. jur. disp. 13. th. 7. lit. b pag. 201. cum seq. Kitzel. in exeges. de obligat. mutui. cap. 5. num. 49 cum seqq. & cap. 6. num. 61. & seqq.* Sed rectius sentire mihi videntur illi, qui nummos simpliciter mutuò acceptos, in quavis alia monetæ forma, creditori etiam invito reddi posse, statuunt; usque adeo, ut qui debeat aureos, rectè solvat argenteos, sive æreos, & contrà: dummodò reddat ad eandem quantitatem seu æstimationem, probos & loeabiles. Ita sentiunt *Alciatus numer. 11. Purpuratus num. 31. & Federicus Scotus num. 231. ad l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. Curtius junior. num. 25. Donellus num 10. & Philippus Matthæus, ad l. cum quid. 3 ff. eod tit. Cujacius ad l. qua extrinsecus. 65. ff. de verborum obligat. Hotoman illustr. quæst. 15. Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 1. rubr. cap. 3. numer. 16. Soarez. in thesaur. recep. sentent. lit p. n. 74. Fichard. consil. 28. vol. 1. & consil. 47. num. 7. vol. 2. Hackelman. Disput. illustr. 9. thes. 4. lit. A. Treutler. disput. 20. thes. 11. lit. a. vol. 1. Niell. Disput. feud. 11. thes. 5. lit. a. Hœnenius Disput. 13. controvers. 4. Vultej. lib. 1. Iurisprud. Rom. cap. 35. num. 83 Schegk. in delibat. jur. disput. 15. thes. 76. Molineus in tract. de usur. quæst. 100. num. 753. Menoch. consil. 49. num 38. cum seqq. Hunnius disputat. 14. thes. 10. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 3. part. 1. quæst. 8. pagin. 867. Dn. Collega Besoldus in tract. de mutuo. cap. 9. num. 2. cum seq. & Fachineus lib. 2. controvers. jur. cap. 50. edit. 2.*

191 Hæcque sententia probatur primum *per l. 1. ibi, ea que materia formâ publicâ percussa, usum dominiumq; non tam ex substantiâ præbet, quàm ex quantitate. ff. de contrah. emp.* ex quâ l. apparet, quod pecuniæ bonitas, vis ac substantia non consistat in ipsa pecuniæ materia; sicut vini bonitas est in ipso vino: sed aliunde, ab arbitrio videlicet magistratus & legislatoris dependeat: adeò, ut nummus nihil aliud, quàm ejus æstimatio & valor ipsi à percutiente seu magistratûs edicto impositus. Unde numus à Græco νόμος dicitur; eò quòd omnem suam auctoritatem ex lege sola habeat. *Aristot. lib. 5. Ethic. c. 5. & lib. 1. politic. cap. 6.* Itaque qui certam monetæ speciem accepit mutuam, non tam speciem, quam valorem atque æstimationem istius speciei accepit: neque etiam accepisse intelligitur in alia bonitate quàm ea, quæ illa ipsa æstimatione continetur: veluti qui thalerum Imperialem Würtembergicum hoc tempore accepit mutuum, non præcise corpus thaleri, sed potius ipsius valorem debet: proinde si 22. batzios reddat: non aliud pro alio, sed idem reddit, nempe valorem, qui creditus censetur, in quo solo pecuniæ numeratæ bonitas sita est: cum unicam hanc ad rem parata sit, ut eam æstimationem, quæ publica lege ipsi indita est, præstet. *Vultejus lib. 1. disceptat. Scholastic. cap. 10.*

Deinde nostræ sententiæ fundamentum desumitur *ex d. l. qua extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verbor. obligat.* ubi is, qui denarios stipulanti, ejusdem quantitatis aureos spondet, obligari dicitur. Atqui non valet stipulatio, verborumve obligatio, cùm de alia re loquitur stipulator, de alia promissor. *§ præterea. 5. & § si de alia. 22 inst. de inutil. stipulat.* Ergo non sunt aliud denarii, quàm aurei ejusdem quantitatis: ac ea propter nec aliud solvitur, quàm quod debebatur, cum pro aureis denarii ejusdem quantitatis, & vice versa pro denariis aurei ejusdem quantitatis sive valoris solvuntur. 192

Tertiò isti sententiæ auxiliatur non parùm *l. Titia amica. 35. in pr. ff. de auro & argent. leg.* ubi, auri pondo quinq; legatis, respondetur: aut aurum, de quo quæritur, præstari oportere: aut pro arbitrio heredis pretium auri, quanti comparari potest. Si igitur pro auro infecto pecunia quævis signata præstari potest ad eam quantitatem, qua aurum æstimetur: multò magis pro pecunia aurea debita, cuius multo certior est æstimatio, quàm auri infecti, alia quævis pecunia præstari poterit. 193

Quartò eandem assertionem confirmat textus *in l. unic. C. de collatione æris. & l. unic. C. de argenti precio, quod thesauro infertur.* in quarum priori, in collationibus, pro viginti libris æris, unicum auri solidum: in posteriori, pro singulis libris argenti, quinos solidos; adeoque pro argentea moneta auream, & contra, inferre & solvere debitori licet. 194

Quintò huc accedit, quòd nummi rebus incorporalibus accenseantur; adeoque æstimatio nummorum magis, quàm corpora, credita existimetur. *leg. si is, cui. 94. §. 1. ff. de solutionib. leg. planè. 34. §. sed si non corp. 3. ff. de legac. 1. leg. quisquis. 95. ff. de leg. Lucius Titius 24. ff. deposit. leg. si pœna. 19. §. 2. ff. de condict. indebit. l. si heres. 68 ff. ad senatusconsult Trebellian. l. quod dicitur. 5. in pr. ff. de impens. in res dotal. factis.* Ac sanè imposititium principaliter nummorum valorem, citra considerationē materiæ, spectandum esse, vel ex eo satis liquet; quòd non solū ex auro & argento verùm etiā 195 196

ex

ex plumbo; ferro, ære, atque adeò ex corio cudi in-
terdum nummi soleant. *Iul. Cæsar. de bello Gallico.
lib. 5. Alexand. ab Alexand. gen. dier. 4. cap. 15. Seneca
de benefic. lib. 5. cap. 14. Greg. Tholosan. lib. 3. de Rep. c.
6.* Hinc & Imp. Fridericus. II. propter exhaustam
diuturnitate Italici belli pecuniam, coriaceam mo-
netam cudi jussit, eique precium, sive valorem aurei
Augustalis imposuit: statuitque, ut eo precio ab o-
mnibus in emendo vendendoque sumeretur: simul-
que per præconem publicè edici curavit; cum, qui
bello finito talem monetam ad Cameram Imperia-
lem referret, aureum Augustalem recepturum.
Quod cùm ab ipso bona fide præstitum fuerit: do-
cumentum apertissimum præbuit, valorem & pre-
cium monetæ, non materia, sed hominum instituto
& conventione æstimari: *ut auctor est Pandolphus
Collenucius & Antonius Florentinus in Chronicis sub
an. 1240. hosq; referens Hotomanus d. quæst. illustr. 15.*
197 Postremò nostræ patrocinatur sententiæ tex-
tus *in d. l. creditorem. 99. ff. de solutionib.* ubi Paulus
tum demum non vult cogi creditorem, ut in alia
formâ nummos accipiat, quando damnum aliquod
ex eà re passurus sit. Ergo si damnum creditor non
sit passurus; etiam in alia formà nummos accipere
tenetur, argumento à contrario sensu ducto: quod
in jure ita validum est, ut quod inde infertur, pro ex-
presso habeatur, *l. 1. in princ. vers. hujus rei. ff. de offic.
ejus, cui mand. est jurisd. l. ex eo. 18. ubi glos. ad verb.
colligitur. ff. de testib. & l. qui testamento. 20. §. mulier.
6. ff. qui testament. fac. poss.* ubi Accursius *ad verb. ar-
gumento est lex.* notat: contrarium sensum legis pro
lege accipi. Cæterùm, nummis alia formà datis, cre-
ditoris damnum non utique in eo esse potest, si ar-
198 gentei aut ærei nummi dentur pro aureis: dummo-
dò, qui dantur, publicà æstimatione eandem quan-
titatem, atque eundem usum in rerum permutatio-
nibus præstent: sed potius in eo creditoris versatur
incommodum; si summa mutui sit magna, & minu-
ta moneta reddita nimium oneretur creditor: aut si
peregè profecturo, vel peregrè transportaturo redda-
tur exiguæ quantitatis moneta: quæ ad gestationem
creditori sit gravis & onerosa, ut sine sumptu ac pe-
riculo majori eam ferre nequeat: aut si solutio fiat in
eà monetà, quæ à proficiscente iis in locis, in quæ
cogitat eam deferre, collocari, commutari & impen-
di in negociationes haud facile possit. *Donell. ad d.
l. 3. nu 10. ff. de reb. credit. Anton. Matth. Disput. Pan-
199 dect. 9. thes. 3.* Quò procul dubio respexit Ferdinan-
dus I. Imp. dum inter cætera constituit; creditorem
in summæ alicujus notabilis solutione, ad viginti
quinque saltem florenos, de minuta pecunia accipe-
re teneri: reliquà parte, in grossiori *(uti loquuntur)*
usitata pecunia, solvenda. Reichs Abschied zu Aug-
spurg / de Anno 1559. §. Die jetzgemelten / &c. *pag.
mihi* 212. Ex quibus solidissimis fundamentis liqui-
dissimè apparet: haud necessarium esse, ut pecunia
credita in eadem materia vel formà præcise redda-
tur: sed omninò sufficere, si æstimationis ratione,
So viel Gülden oder Pfundt / als außgeliehen wor-
den / reddantur. Quod & attestatur haud obscurè
Paulus Matthias Wehner. *in practic. suis observatio-
nibus lit. C. §.* Goldgülden / *&c. vers. hisce tamen o-
mnibus, &c. pag 247. edit. ult.* ubi disertè scribit: ex
communi usu loquendi, verbum Gülden / non intel-
ligi de aureis in auro, sed de moneta usuali, so viel
geldtes / als man vor einen gulden rechnet / Als in
Meissen 21. groschen / in Francken 28. schilling / im
Reich. 15. batzen / &c. Hancque sententiam non so-
lum juris veritati, communissimæque Doctorum
traditioni, verùm etiam consuetudini convenire, In-
terpretes plerique *suprà n. 190. laudati*, intrepidè, &
quidem meritò, affirmant. Ideoque satis improvidè
asserit Dn. Collega Bocerus; me prædictæ verissimę
opinioni subscripsisse argumentis minimè idoneis,
in hoc principio nostro, numer. 146. pag. 63. Planè aliud
judicandum erit, aliud si specialiter inter contrahen-
tes convenerit, *argum. d. l. 3. ff. de reb. credit. l. 1. § si
convenit. 6. & l Lucius. 24. ff. deposit. l. in conventio-
nalibus. 52. ff. de verb. obligat. l. 1. & l. inter debitorem.
42. ff. de pact. & l. contractus 23. ff. de regul jur.* velut
si certi generis nummi, putà centum Würtembergi-
ci, ut Würtembergici, non verò certa sum̃a in Würt-
tembergicis (exempli causâ, hundert gulden an tha-
lern) dati fuerint. Hoc enim casu eos in eodem ge-
nere monetæ reddendos, dubitationis non multum
habere videtur: quippe cùm non æstimatio, sed ma-
gis corpora certa, ad numerum credita reputentur.
*Coler. de processib. execut. d. part. 1. cap. 10. n. 11. & seq.
Andr. Gerhard. Exercit. Iustinianear. decad. 12. quæst. 6.
circa fin. D. Collega Besold. in Disputat. de contractu
mutui. de Anno 1612. thes. 30. & d. tract. de mut. cap. 9.
n. 5. & 10. Petr. Gregor. Tholosan. in syntag. jur. uni-
vers. lib. 25. cap. 14. numer. 2. pag. 506. & lib. 36. cap. 2.
num. 27. pag. 703. & plures alii, quos refert (licèt ipse
dissentiat) Alemannus Consult. 8. quæst. princip. 3. pag.
762. & seq.*
Superiori conclusioni nostræ non obstat: quòd a- 200
liud pro alio invito creditori solvi non possit. *leg. 2.
§. 1. in fin. ff. de reb. credit.* & mutuum eadem bonita-
te, qua datum est, eodemque genere reddi debeat.
dict. l. 3. ff. eod. & hoc principio. vers. & quoniam, &c.
Hoc autem non fiat, cùm pro auro argentum, aut
pro argento æs restituatur: siquidem aurum multis
partibus præstare argento, & argentum æri, nemo
ignoret. Illud, *inquam*, non obstat. Quia, cùm in 201
nummis non materia illa externa, aurum videlicet,
æs, vel argentum, sed valor spectetur; indeque num-
mi substantia, qualitas & bonitas æstimetur; &
nummus sub ratione quantitatis ac valoris in mu-
tuum deducatur, *ut ostensum suprà ex dict. l. 1. ff. de
contrah. empt.* non videtur aliud solvi pro alio, aut
pecunia in alia qualitate sive bonitate, quàm in qua
erat credita, quando idem valor, qui datus erat, re-
stituitur. Nec quicquam movet; quòd sicut pro 202
tritico vinum non potest solvi; ita etiam pro aureis
alia moneta, argentea vel ærea, solvi non possit. Hæc
enim

enim ratiocinatio ex disparibus procedit; proindeque nullius momenti habetur. *l. duobus. 25. ff. de testamentar. tutel. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. vers. sed hac dissimilia sunt. ff. de verb. obligat.* Nam cùm triticum datur pro vino: res alterius generis dari intelligitur: non verò, cùm pro aureis dantur argentei nummi: quoniam tunc idem planè, quod datum est, redditur, nimirum valor seu æstimatio. Nec etenim nummi aurei ab argenteis, aliusvè genere differunt; si substantia illorum, non ex materia externa, sed ex quantitate, valore & potestate æstimetur. *Quâ de re latiùs* Donellus *&* Hotomanus *locis præallegatis.*

203 Sanè contra prædictam sententiam aliquot affert instantias Dn. Collega Bocerus *d. tract. de jure monetar. c. 2. num. 84. & seqq.* Sed ex fine negocio refelli possunt. Nam primò ultrò largior: ipsam substantiam sive materiam pecuniæ etiam considerandam esse; ita scilicet, ut proba sit numismatis materia: neutiquam verò, ut nummis certi generis simpliciter creditis, debitor præcisè cogatur ejusdem generis nummos solvere: veluti aureos pro aureis, thaleros pro thaleris. Non ita *inquam*, spectatur pecuniæ materia; sed sufficit ipsam quantitatem restitui in nummis cujuscunque alterius materiæ modò ea proba sit. Et hoc est, quod dicit Paulus Jurisconsultus *in d. l. 1. in fine principii. ff. de contrah. empt. & vendit.* pecuniam æstimari, non tam ex substantia, quàm ex

204 quantitate. Deinde in eo quoque hallucinatur Dn. Collega Bocerus, quòd putat, Paulum Jurisconsultum *in d. l. creditorem, (aliàs debitorem. 99.) ff. de solutionib.* per formam significare tantùm figuram, signum, notam sive effigiem monetæ, adeoque eum esse illius legis sensum: creditorem non esse cogendum, pro aureis (*verbi gratiâ*) Cæsareis, accipere Würtembergicos: pro thaleris Ioachimicis, Brunsuicenses, &c. si ex eà re damnum passurus sit: veluti si in tempus solutionis alii cuidam aureos Cæsareos, vel thaleros Ioachimicos sub aliquot florenorum pœnà solvere promiserit. Verùm hæc inepta esse, quis non videt? An enim debitor propterea adstringetur ad solvendos Ioachimicos, nec præstando alios thaleros æquè bonos liberabitur, quòd creditor se alii cuidam ad Ioachimicos solvendos sub pœ-

205 nà obligavit? Cur creditor se ita obligavit? Quid hoc ad debitorem, qui ita se non obligavit? Tertiò Dominus Collega Bocerus *dicto loco* non sine divinatione asserit: *in d. l. quæ extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verbor. obligat.* per denarios significari non argenteos, sed aureos denarios. Licet enim apud Romanos etiam aurei denarii in usu fuerint: quemadmodum ostendit Plinius *lib. 33. natur histor. cap. 3.* hisce verbis: *proximum scelus fecit, qui ex auro denarium signavit, quod & ipsum latet, auctore incerto, &c.* attamen non sequitur, quod *in d. l. quæ extrinsecus.* idcirco per denarios significentur aurei, & non argentei. Insuper si *in d. l.* per denarios intelligendi essent aurei denarii: nulla subesset ratio dubitandi. Quis enim quæso dubitaret: quin valida esset obligatio, si quis stipulanti decem (*verbi gratiâ*) denarios (aureos scilicet, *ut vult Bocerus*) sponderet aureos scilicet denarios ejusdem quantitatis? Esset utique ridiculum de his dubitare: ut non sit verisimile, Iureconsultum ibi quæstionem ejusmodi, Domitianam proponere voluisse, *l. Domitius Labeo. 27. ff. qui testam. fac. poss.* In eo largiendo promptiores sumus: Jurisconsultum de eo illic disseruisse causa, quo stipulator & promissor spectarunt non tam ipsam rem sive materiam, quàm rei sive materiæ quantitatem, æstimationem, seu valorem. Ast idem hoc regulariter fit, quoties nummi simpliciter mutuò dantur: ut valor scilicet eorum, non materia spectetur, *per supra dicta.* Ergo quemadmodum in stipulatione pro nummis argenteis dari possunt aurei ejusdem quantitatis: ita & in mutuo id fieri posse dicendum est, quatenus non expressè aliter conventum appareat, aut cum creditoris damno illud conjunctum est, *juxta ea, quæ diximus suprà num. 198.* Tandem minùs idoneam quoq; in- 206
stantiam affert præclarissimus D. Bocerus *ad d. l. unic. C. de collat. æru. & d. l. unic. C. de argenti pretio, &c. lib. 10.* Quis enim crederet, specialiter fisci debitoribus permissum esse, ut pro argentea moneta auream, & contra, inferre & solvere possint: & id non multo magis aliis debitoribus licere: Quis non intelligit: dictu absonum esse, plus juris habere debitorem adversus creditorem privilegiatum, quam non privilegiatum? Manet ergo firma atque inconcussa nostra sententia: & haudquaquam idoneæ sunt instantiæ, quas Dn. Collega Bocerus pro impugnanda ea attulit. *Porrò reliqua dissentientium argumenta ex suprà dictis facilè dissolvi poterunt.* Eadem de re videatur Georgius Frantzkius *exercitat. jurid. 9. q. 2. num. 286. & seqq. pag. 257. cum seqq.* nec non Auctor *consiliy Argent. 5. & 45. vol 2.*

Major, & in praxi quotidiana frequentior concerta- 207
tio de eo videtur: mutatione monetæ facta, cujus temporis æstimatio vel quantitas, solutionisnè, au contractus, in mutuo reddendo, spectanda sit? Ve- 208
rùm hæc quæstio ut intelligatur faciliùs, breviter sciendum: monetæ mutationem esse duplicem, *secundùm Doctorum traditionem*: intrinsecam, & extrinsecam. Intrinsecam monetæ mutationem appellitant, quando materia ipsius preciosior vel vilior facta est: extrinsecam verò, quando valor sive æstimatio tantùm, non materia monetæ, mutata est. Ut & intrinsecam monetæ bonitatem nuncupant ipsam monetæ materiam: extrinsecam, valorem impositivum seu æstimationem. *Bartol. in l. eum quid. 3. n. 16. & 17 ff de reb. credit. Carol. Molin. in tractat. de usur. & commer. quæst. 92. n. 696. Didac. Covarruv. in tract. de veterum numismat. collatione. cap. 7. n. 6. post medium. Petr. Gregor. Tholosan. lib. 36. syntagm. jur. univers. cap. 2. n. 27. vers. quia tunc coactio. pag. 703. Fachin. lib. 2. controvers. jur. cap. 9. in pr. Andreas Knichen Commentar. in jus Saxonic. cap. 5. rubr. de regalib. verb.* Müntz Gerechtigkeit. *vers. cæterùm in moneta. pag. 152. Renerus Budelius in tract. de re nummaria. l. 1. cap.*

cap.7.num.3.4 & 9. Ernestus Cothman. respons. 34. n. 14 & 17. pagin. 286. edit. 2. hosque citans Alemannus in palæstra consultationum jur. illustr. consultat. 8. quæstion princip. 1. pagin. 384. Andreas Dinner. disput. 1. de moneta mutation. &c. th. 9. Henricus Hornmanus in disput. de monet. vers. intrinseca. &c. Arumæus Volum. 5. de jure publ. discurs. 1. de re monetali. cap. 13. Iohan. Wolfgang. Aur. in dissertat. de jure monetarum. cap. 14. axiom. 72. Berlichius conclusion. practicabil. part. 2. conclus. 35. num. 2. & seqq. ubi plures allegat. Tametsi
209 Doctores aliter concludere, putet Matth. Colerus in tract. de process. execut. part. 1. cap. num. 7. versic. scio jam. pag. 282. Quod si igitur intrinseca monetæ bonitas mutata fuerit, (Wan korn / ipsa materia, vnd Schrot pondus, an der Müntz gemindert wirdt. hoc est: Wann die Thaler oder Goldgülden an der fein schlechter / oder am gewicht ringer werden) eaque adhuc extet; in illa ipsa monetâ: sin verò haberi amplius illa antiqua moneta non possit; in alia quidem moneta, sed juxta antiquæ æstimationem, quæ tempore contractus fuit, solutionem faciendam esse, juris Interpretes plerique (paucis exceptis, Ioanne Fabro ad princ. tit. instr. quib. mod. tollit. obligat. num. 3. & in auth. hoc, nisi. C. de solutionib. Colero d. c. 10. num. 13. in fin. p. 284. Hunnio Disput. ad Institut. 14. thes. 12. & quibusdam aliis) constanter asserunt. argum. c. olim. 20. & cap. penult. ext. de censib. item. c. quanto personam. 18. ibi. secundum eum statum. &c. ext. de jurejurand. Ioan. Borcholt. in cap. unic. quæ sunt regalia. n. 62. & in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 7. n. 20. Guido Papa decis. Parlamenti Gratianopolit. 493. n. 2. vers. non tamen nego p. 745. Matth. de Afflict. in d. c. unic. quæ sunt regal. in verb. moneta. num. 12. in fin. & idem decis. Neapolit. 90. num. 3. Pileus Modicensis quæst. aurea. 35. vers. injunge ergo. pagin. 291. Frider. Pruckman. consil. 12. num. 17. & 18. vol. 2. Dominicus Cardinal. Tuschus tom. 5. practic. conclusion. lit. M. conclus. 349. num. 50. & seqq. Regner. Sixtin. de regalib. lib. 2. c. 7. num. 152. sub fin. Cothman. d. Respons. 34. n. 60. & seqq. vol. 1. Daniel Moller. ad constitut. Saxon. 28. num. 2. pag. 235. part. 2. Gail. lib. 2. observat. 73. n. 7. Anton. Gabrielius Roman. lib. 3. commun. regular. tit. de solutionib. conclus. 1. num. 1. Tiraquell. de retraict. lignag. §. 1. gloss. 18. num. 27. Iohan. Petr. de Ferrar. in practic. aurea. form. lib. in actione hypothecar. verb. relaxandum. num. 2. vers. de primo modo. pag. 405. Molineus d. tract. de usur. quæst. 100. num. 749. Schurpffius cent 1. consil. 10. in princ. pag. 39. Cravetta. consil. 47. num. 6 Fachineus d. lib. 2. controvers. jur. cap. 10 §. restat postrema. Alemannus d. consultat. 8. quæstion pr. 1. Dn. Colliga Besoldus in thesauro pract. lit. S. num. 33. pag. 726. Berlichius d. part. 2. conclus. 35. num. 8. & seqq. item num. 36. cum. seq. aliique plures, ab his relati.

210 Cæterùm si extrinseca, monetæ bonitas commutata sit (wann der valor oder werth auffschlegt / oder verendert würd) nec ulla debitori mora adscribi possit: & lucrum & damnum ad creditorem, Auctores quidam gravissimi referunt: hoc est, solutionem à debitore præstari volunt ad æstimationem istius temporis, quo pecunia solvenda est: ita sanè, ut creditor in totidem aureis sive thaleris acquiescere teneatur, quot expendit, sive æstimatio illorum aucta sive imminuta interea fuerit. Bartol. in d. l. cum quid. 3. num. 17. Castrens. num. 6. Socinus n. 42. Alexand. num. 16. & Alciat. num. 68 ff. de reb. credit. Borcholt. d. Comment. de reb. credit. cap. 7. num. 17. & seqq. Cæsar Ursillus in annotat. ad Matthæum de Afflict. decis. Neapolit. 194. num. 3. vers. quæ licèt vera esse videantur, &c. pagin. 264. Nicol. Boërius decis. Burdegal. 327. num. 4. & 13. Zasius singular. responsor. lib. 1. cap. 1. num. 25. Soarez in thesaur. recept. sent. lit. M. n. 201. & seq. Cothman. d. resp. 34. num. 101. & seqq. vol. 1. ed. 2. Albert. Brun. in tract. de monet. part. 6. num. 3. & seq. Rener. Budel. in tract. de monet. lib. 2. c. 2. num. 13. & seqq. Gail. d. lib. 2. observation. practic. cap. 73. num. 9. Anton. Faber. de var. numm. debit. solut. c. 5. Schickhard. Disputat. ad Instit. 12. thes. 3. ad lit. d. & resolut. quæst. 8. Andreas Kohl. exercitat. legal. 19. num. 2. Fachineus d. lib. 2. controvers. jur. cap. 9. vers. tertia est sententia, &c. Corasius lib. 4. Miscellaneor. cap. 15. num 5. Kitzelius in exeges. de obligat. mut. cap. 6. num. 81. & seqq. Aur. d. dissertat. de jure monetar. cap. 15. axiom. 112. cum seqq. aliique qui hanc sententiam communem & veram perhibent. At verò non desunt itidem Viri præclarissimi, qui planè diversum sentiunt: ac pecuniam mutuò acceptam in eo demum valore, quem tempore contractus illa habuit, reddi debere, serió contendunt. Decius num. 56. Bologneius numer. 73. Donellus num. 11. & Philippus Matthæus pag. 3.. & seq. in d. l. 3 ff. de reb. credit. Anton. de Butrio. n. 3. & Panormitan num 32. in d. c. quantò. 18. de jurejurand. Molineus d. tract. de usur. quæst. 92. num. 694. & 701. Hippolyt. de Marsil. in l. qui falsam. 19. num. 118. ff. ad leg. Cornel. de fals. Bronhorst. cent. 1. ἀιαλισφαλῶν, assert. 64. edit. 1. Hotoman. illust. quæst. 15. circa fin. & in tractat. de usur. lib. 1. cap. 5. Moller. ad constit. Elect. Saxon. 28. num. 2. Petrus Frider. Mindanus. lib. 2. de mandatis judicial. cap. 63. sect. 8. & seq. Sixtinus in tract. de regalib. lib. 2. c. 7. num. 148. & seq. Antonius Tessaurus decis. Pedemont. 174. num. 2. Henning. Arnisæus de jure majest. lib. 1. c. 7. rubr. de potestate in rem nummar. 3. pag. 428. Covarruv. d. tract. de veterum numism. collat. §. unic. num. 3. vers. Cæterum, &c. Wesenbec. in Paratitl. ff. de reb. credit. num. 12. ad fin. Menochius lib. 2. de arbitr. jud. quæst. cap. 207. num. 9. & 10. Iosephus Ludovici commun. conclus. 10. §. dubitatio. & §. sed quicquid. pagin. 17. Nicol. Everhardi consil. 189. num. 16. Fichard consil. Lat. 30. num. 5. & consil. Germ. 47. n. 4. Tiber. Decian. respon. 11. num. 92 vol. 1. Modestin. Pistoris consil. 27. num. 35. & seqq. vol. 2. [illegible] Gylman. rerum Cameræ judicatar. lib. 1. decis. 16. n. 17. Iohannes Koppen. decis. jur. 2. num. 1 & seqq. Hackelman. Disput. illustr. 9. thes. 4. lit. E. Doctor Marta tom. 3. digestorum novissimorum: tit. solutio. cap. 15. 18 20. & 22. fol. 313. cum seqq. Richter d. Disputat. 2. th. 11. lit. f. pag. 52. cum seqq. D. Besold. d. tract. de mutuo. c. 9.

num.

num.9. D. Beer. in tract. de jure monetar. cap.2. n.163. & seqq. Kubach. cent.2. quæstion. illustr. politico-jurid. decur.7. quæst.7. pag.487. cum seq. Treutler. consil.114. volum.2. Arumæus Exercit. Iustin.12. thes.11. Matth. Stephan. cent.3. quæst.24. Hœnon. Disputat.13. controvers.5. Stuckius part.1. Exercitat. Iustin. decad.10. assert.2. lit.g. pag.379. Hunnius d. Disput.14. thes.11. Aleman. d. consultat.8. quæst. princip.2. pag.603. cum plurimis seqq. Mynsinger. centur.4. observat. 1. ubi hanc sententiam, tanquam veriorem, & juri atque æquitati magis conformem, in Camerâ Imperiali crebriùs obtinuisse scribit. Eique nuperrimè suum calculum addidit Berlichius *d. part.2 conclus.36. num.5. & seqq. nec non decis. aur.152. num.1.* ubi simul exponit: si alius sit valor monetæ tempore primæ obligationis, & alius tempore constituti, utrum tempus inspici debeat. *pag.584. & sequentibus. Quibus novissimè addatur Ioan. Wolfgangus Hillerus in Responso juris*, vber die Frag: Ob ein Schuldner seinen Glaubiger/ der jhme vor diesem mit guter gangbarer/ vnverruffter Reichs-Münz Lehensweiß außgeholffen/ mit jetziger im schwanggehender / geringhältiger oder gesteigerten Münz / rechtmeßig bezahlen könne. *edit.2.*

211 Eademque sententia non levibus nititur rationibus & fundamentis: quorum primùm petitur *ex d. l. cùm quid. 3. in fine. ff. de reb. cred.* ubi Pomponius respondet: in mutuo id actum intelligi, ut ejusdem generis, & eâdem bonitate solvatur, quâ (tempore nimirum contractûs, sive mutui facti) datum sit. Quòd si verò, secundùm præsentem monetæ æstimationem, non illam, quæ tempore mutui contracti fuit, solutio facienda esset; non tantundem, sed plus minusvè, quàm est acceptum, redderetur: id quod à mutui naturâ quàm maximè abhorret: quippe in quo hoc tacitè actum intelligitur; ut non solùm in eodem genere, sed eâdem quoque bonitate solvatur, qua datum est. *d. l. 3 ff. eod. tit.*

212 Alterum fundamentum dependet *ex l. Rutilia Polla. 69. ff. de contr. empt.* ubi apertè Proculus statuit, in contractibus eam æstimationem inspiciendam esse, quæ fuit tempore contractûs. Cui assentiri videtur Africanus *in l. cùm quis. 22. ff. de obligat. & actionib.* nec non Innocentius, ejus nominis III. *in prædicto c. olim. 20. de censibus.* non obscurè tradens, ad tempus contractûs, quo denarii Papienses promissi sunt, respiciendum: & Gregorius IX. *in d. c. penult. ibi. solutione priorum pecuniæ* (quod ad tempus contractûs refertur) *vel si non sit in usu, æstimatione pensionis antiquæ. &c. ext. dicto tit.*

213 Tertium fundamentum tale est: Omnis obligatio, quæ ex datione pecuniæ oritur, ratione æstimationis certa est. *l. nummis. 2. vers. cùm certa sit. ff. de in lit. jurand. l. 1. in princ. ff. de condict. triticiar. l. ideò. 3. vers. pecuniarum quoque. ff. de eo, quod certo loco, &c.* Ergo ex mutuatione monetæ istæc obligatio, quæ initio contractûs certa fuit, haudquaquam variari, & incerta fieri; sed in temporis contractûs certitudine persistere ac permanere debet, *argum. l. fundum Cornelianum. 28. vers. præsens æstimatio ff. de novationib. & l. hominem. 37. ibi, æstimatio ejus ad id potius tempus, &c. ff. mandati.*

214 Quartum fundamentum sumitur à naturâ mutui: quippe quæ periculum rei mutuò acceptæ ad debitorem transfert, non tam quòd ipsius gratiâ mutuum contrahitur, quàm quòd is rei mutuò acceptæ dominus factus est: ac proinde si ullum periculum hoc casu versaretur; illud nulli alii, quàm ipsi debitori, tanquam domino, adscribendum esset, *hoc principio nostro. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. ff. commodat. & l. pignus. 9. C. de pigneratit. actione.*

215 Quintum fundamentum ex eo constat: quòd si diminutio valoris thalerorum sive aureorum mutuò datorum creditoris damno cederet, veluti fieri oporteret, si non contractûs, sed solutionis tempus attendendum esset: hoc absurdum sequeretur, creditori officium suum damnosum esse debere, dum videlicet ex eo, quòd debitori credendo benefecit, damno afficeretur. Contra verò debitor non solùm usurâ temporis frueretur; sed & lucrum faceret ex eo, quòd pluris aureos sive thaleros expendit, in ea nimirum æstimatione, quæ tempore contractûs fuit: cujusmodi iniquitatem ipsa ratio adversatur; quippe quæ dictat, ne quisquam ex suo officio, quod ejus, cum quo contraxit, non etiam cōmodi sui causa fecit, damnum patiatur. *leg. sed si quis. 7. ff. testam. quemadmod. aperiant. leg. si servus. 61. §. quod verò. 5. ff. de furt. l. si verò. 12. §. si mihi. 9. ff. mandat. leg. absentia. 140. ff. de regul. juris.*

216 Sextum fundamentum depromitur ex causa mutui finali. Cùm enim mutuum eum in finem sit inductum, ut necessitati commodisque proximi per illud subveniatur: est profectò, quòd debitor cōmodum ejus, quod accepit mutuum, habeat tantisper, dum moræ argui non potest: tantum abest, ut si valor monetæ interim auctus fuerit, damnum hoc ad ipsum debitorem redundare debeat. Quemadmodum & vice versâ, si valor pecuniæ mutuò acceptæ imminutus sit, iniquum ducendum non est, si debitor suppleat id, quod valori pristino, qui videlicet tempore contractûs fuit, interim decessit: cùm eum pecuniæ valorem creditori restituat, quem acceptū protinus suos in usus convertit. D. *Philipp. Matth. ad d. l. 3. ff. de reb. credit. pag. 40. Bronchorst. d. centur. 1. assertion. 64. edit. 1.*

217 Postremum fundamentum desumitur à verosimili contrahentium mente: quorsùm nunquam non recurrendum: præsertim verò in contractibus. *leg. sed Celsus. 6. §. ibi, potiùs id, quod actum, quàm quod dictum, sequendum. & leg. fistulas. 78. in princip. ff. de contrah. emption. leg. in conventionib. 219. ff. de verborum significat. leg. ultim. ibi, cùm sit justum, voluntates contrahentium magis, quàm verborum conceptionem inspicere. Codic. quæ res pignori obligari poss. l. unic. ibi, ne propter nimiam*

subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur. Codic. ut actiones & ab heredibus,
218 *&c.* Et cum mens patet, de verbis parùm curandum, *leg. 1. & tot. titul. Codic. plus valere, quod agitur, quam quòd simulatè concipitur. Philipp. Decius in leg. semper in stipulationib. 34. num. 3. vers. verba non sunt curan-*
219 *da, &c. ff. de regul. juris.* Verba quippe se habent, ut corpus & superficies: mens verò, ut spiritus & anima, *teste Augustino, canon. sedulo. 12. Distinction. 38. Roland. à Valle consil. 70. num. 56. volum. 3.* Cæterum contrahentes ad nummi (quatenus, lege & æstimatione publica, nummi) valorem; non nummi corpus seu massam respexisse; eundemque valorem in obligationem deduxisse censentur. Quoniam verisimilius est, eos consensisse in id, quod præsens fuit, quàm quod sub incerto esse potuit. *leg. si ita esset. 7. versic. quia præsens tempus semper intelligeretur, &c. ff. de aur. & argent. legat. dicta leg. 1. in fine principii. ibi, usum dominiumque non ex substantia, sed quantitate, &c. ff. de contrah. empt.* Quare firmiter concludendum: bonitate monetæ extrinseca, quæ in valore consistit, immutata, ad tempus contractus, quæ tùm æstimatio monetæ fuerit communis, respiciendum;
220 & secundum eam solutionem faciendam esse: & consequenter incrementum monetæ, eo casu, debitoris lucro; decrementum contrà ejusdem damno cedere. Atque hanc conclusionem pluribus aliis argumentis, nec non tum Cameralibus (quibus in dubio tenaciter inhærendum) tum aliarum præjudiciis novissimè confirmavit Jacobus Alemannus *d. consultat. 8. quæst. princip. 2. pag. 604. & plurimis subsequentibus.* nec non Hillerus *prædicto Responso jur. num. 7. & seqq.*
221 Cui nihil detogat textus *in l. cum certum. 9. ff. de auro & argent. legat.* ubi Modestinus respondit: si certum auri vel argenti pondus legatum, & non species designata sit, sed genus, ut fit in mutuo, puta si quinque pondo legata sint: non materiam, sed pretium sive æstimationem præsentis temporis præstari deberet: cujusmodi tempus præsens vix intelligi potest de tempore alio, quàm quo solutio facienda est. *Etenim* verba ista (*præsentis temporis*) haud quaquam de tempore solutionis, sed tempore, quo testamentum est conditum, exaudienda sunt, *per leg. uxorem. 41. §. testamento 4. ff. de legat. 3. & d. l. si ita. 7. ff. de aur. & argent. legat.* ubi tam Scævola, quam Paulus æstimationem rei legatæ in dubio ad tempus conditi testamenti referri volunt: quòd verisimilius sit, testatorem verba sua intellexisse de alia æstimatione, quàm præsens vidit & scivit: cum futurâ monetæ mutationem ne divinare quidem potuit, *argument. l. Iulianus. 6. ibi, nec adventitii casus computandi sunt ff. qui & à quib. manumissi liberi non fiunt. Pinel. ad rubric. Codic. de rescind: vendit. part. 1. cap. 3. numer. 23.*
222 Nihil item obstat, quòd aliud sit res ipsa, & aliud ejusdem æstimatio: & id præstari oporteat, quod in obligatione est, *argument. l. si ita fidejussorem. 42 ff. de fidejussorib. & l. fin. C. de fideicommissariis libertatibus.* Atqui res, sive ipsa centum (*exempli gratia*) aureorum seu thalerorum corpora in obligatione consistant. Hæc igitur, quantumvis eorum æstimatione mutatâ, præstari debeant. *Nam respondetur,* hoc argumentum falsò inniti principio; quoniam præsupponit, aureum æstimari ex materia potius & auro, quàm ex valore imposititio: ac nummis creditis, non principaliter potestatem & valorem, sed corpora certa aureorum esse credita: quod superiùs sufficienter refutatum est *ex dict. l. 1. ff. de contrah. empt.* & indicatum, nummum sub ratione quantitatis in mutuum deduci: adeoque non corpora aureorum, sed ipsum valorem mutuò dari. Hic igitur si restituatur, recipit creditor, & quòd in obligatione fuit, quodq; ipsi debebatur.
Sic quoque nihil negocii facessit *prællegata l. creditorem. 99 ff. de solutionib.* ex qua infertur, quòd quemadmodum creditor nummos in aliam formam recipere non cogitur, si damnum aliquod inde passurus est: ita nec pecuniam numeratam in æstimatione majori, quàm expendit, accipere teneatur: cum haud sine damno id sit facturus. *Creditor* enim damnũ nullum patitur, quando eandem pecuniæ æstimationem recipit, quam expendit. Nec cuiquam iniquum videbitur, auctæ æstimationis commodum creditori adimi: cum initiò spontè usu pecuniæ sese abdicarit, contentus parem ejus æstimationem postea recipere: eoque æquius hanc, si quæ est, jacturam creditor feret, quòd etiam spem commodi habet. Etenim si imminuta fuisset pecuniæ à se datæ æstimatio: debitor defectum illum similiter supplere teneretur; ita ut creditor eandem illam pecuniæ æstimationem, quam erogavit, habere posset. Et alias insuper tritum est, ex fortuito dubioque eventu neutrum læsum censeri, *argument. leg. si pater. 12. Cod. de inofficios. testament. leg si elei. 21. Cod. de locato. Philipp. Matth. ad dict. l. 3. Codic. de reb. credit. pag. 42.* Ad plura alia argumenta, quæ in contrarium moveri solent, prolixè respondet Alemannus *d. consultat. 8. quæstion. princip. 2. pag. 701. & seqq.* Et eorum dissolutio haud difficulter ex subjectis responsis juris inclytæ Facultatis Juridicæ Tubingensis, colligi petique poterit. Sed & de istis monetalibus controversiis aliquot quæstiones novissimè diligenter explicuit Johannes Kitzelius *in tract. de jure monetar. clas. 2. 3. & 4. pag. 78. & multis seqq.* 223
Illud tandem singulariter hic notandum: quòd licet casus fortuiti, in re debitâ incidentes, nullo planè judicio, & à nullo debitore præstentur. *leg. si ex legati. 23. ff. de verbor. obligat. l. quæ fortuitis. 6. C. de pignerat. act. l. 1. C. de commodat. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ibique Delrio cap. 21.* nisi in illâ restituenda moram commiserit. *l. quod te mihi. 5. ff. de reb. credit. l. si in Asia. 12. §. fin. ff. deposit.* vel culpa casum fortuitum præcesserit. *l. si ut certo. 5. §. quod verò. 4. ff. commodat.* vel nominatim etiam aliud inter contrahentes cautum 224

cautum sit. *l. 1. §. si convenit. ff. deposit. l. cùm quid. 3. ff. de reb. credit. d. l. si ut certo. 5. §. 2. vers. aut si hoc ab initio convenit. ff. commodat. l. jurugentium. 7. §. sed & si quis. 15. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. reg. jur.* attamen
215 hoc secus sit in certi condictione sive actione mutui, à qua casus fortuitus, quo res mutuò sumpta amissa est, debitorem liberare nequit. *§. item is, cui. 2. vers. & is quidem. infr. hoc tit. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & act. l. incendium. 11. C. si certum petatur.*
226 Ejusque perspicua est ratio: quoniam is, qui debet ex mutuo, genus debet. *l. 2. in pr. & d. l. 3. ff. de reb. credit.* Quod autem in genere debetur, perire non potest. Nec enim genera quid sunt materiale, sed quid intellectuale, quod passionem non recipit, *notante Gothofredo ad d. l. incendium. 11. in verb. non exuit. C.*
227 *si cert petat.* Praeterea ille, qui rem mutuò accepit, ejus protinus dominus est effectus, *ut constat ex fine hujus principii.* At rem domino suo perire, certo certius est. *l. pignus. 9. C. de pigneratit. action. latè Berc'olt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 7. numer. 26. cum seqq. & Kitzelius in exeges. de oblig. mutui. cap. 7. n. 45. & aliquot seqq pag. 261.*

Porrò ut prædicta omnia clarius elucescant: placet hic subjicere unum atque alterum Facultatis Juridicæ Tubingensis, super re nummaria seu monetali confectum consilium sive responsum: & primum quidem Anno 1622. Mense Decemb. consulenti cuidam datum.

Facti species.

228 Es hat weiland Herr N. D. beeder Rechten Doctor/nun in Gott ruhend/in Anno 1591. bey einer fürnehmen Statt des Heiligen Römischen Reichs/ Sechtzig gute und wichtig Goldgülden/Jährlicher pension, mit zwelff hundert Goldgülden/ auch gut an Golde und Gewicht/ zwar anfänglich erkaufft/ doch ist die hierüber aufgerichte Verschreibung/nachgehends in Año 1607. cassiert, und an deren statt ein Newer Gülltbrieff/ zweytausend Gülden capital besagend/ auffgericht/ und darinnen bedingt worden / daß von gedachtem Hauptgut Jährlich ein hundert Gülden / jeder zu Funffzehen Batzen / oder Sechtzig Kreutzer gerechnet / wie sie in erwehnter Statt gäng vnnd gäbe/ entrichtet/ wie ingleichem/ fahls die Herrn Güllreichere diese Güllt wieder an sich lösen wollen/ solches mit zwey Tausent Gülden/ an denen Sorten/ wie sie dannzumahl in selbiger Statt geng vnd geb seyn werden beschehen solle/ &c.

Weil dann anjetzo wolbesagte Herrn Güllreichere/ des Seeligen Herrn Güllkäuffers nachgelassnen Erben/ solches Hauptgut auffgekündet/ vnd vermuhtlich entweder geringhältige Sorten / oder doch die gute Stuck in solchem hohen Wehrt zuerlegen sich anmaassen möchten/ wie anjetzo in vielen Orten des Römischen Reichs/ vnd auch in jhr/der Herrn Güllreicher Statt/ solche dieser Zeit in gemeiner Bezahlung verschoben werden: Vnd derowegen wir eines benandten/ billich ersuchet worden / diß Orts ein in Rechten wolbegründte Decision zuertheilen. Als hat vns solches zuverweigern / in keinem weg gebühren wöllen: Haben demnach in vnserm versambleten Collegio, dieses Werck mit gehörigem Fleiß erwogen / vnd einhellig darfür gehalten:

Ob gleich sonst bey den Rechtslehrern ein sehr 229 zweiffelige Frag/ (& de qua variè, confusè & perplexè Juris utriusque Interpretes scripserunt) wann in wiederlösung dergleichen Güllten/ der Sorten vnd selbiger werth oder güte halber/ Streitt entstehet/ ob als dann das tempus contractûs, oder solutionis anzusehen: vnd zumahl in gegenwertigem Fahl/ die Herren Güllreicher jhnen selbsten singulari pacto prospicirt, vnd außgedinget/ daß sie mit solchem Gellt/ wie es dazumahl (da nämblich die Ablösung beschicht) geng vnd geb / diesen Zinß wieder an sich kauffen mögen? Quo in casu, tempus solutionis inspiciendum esse, 230 communiter ferè receptum est: pactoque contrahentium in qualitate solutionis omnino standum esse, Bartolus docet, *in l. Paulus. 99. in fin. ff. de solutionib.* Debent enim ea, de quibus inter debitorem & creditorem conventum est, observari. *Albert. Brun. de augment. monetæ, in 2. præsupposito. num. 10. Ant. Sola, ad constit. Sabaud. tit. de pact. inter empt. & venditor. casu 17.* Hincq; dicit Laudensis *in tract. de monet. num. 12. in fin.* quòd Practicantes debeant attendere conventionem partium, in monetâ restituendâ, &c. Daß dessen jedoch alles ohn angesehen/ die Herrn Güllreicher mit selbigem Müntz vnd werht so anjetzo der Orten von wenig zeithero eingerissen/ der Vrsach halber solche Wiederlösung nicht erstatten können / in bedenckung / dieses durch zuvor vnerhörte confusion des Müntz-wesens/ ac ita de facto, & quasi vi majore, wider aller rechtgesinter vnd verständiger Oberkeiten wunsch vnd willen beschehen/ auch nirgend in dem Römischen Reich (also noch weniger in der Herrn Güllreicher Statt/ so wegen guter Policei vnd Ordnungen vor andern berühmet) lege vel statuto, aut edicto perpetuo angenommen / sondern einig vnd allein per conniventiam necessariam, ad certumque tantum tempus (biß auff weitere Verordnung) gedultet/ auch mit allem fleiß dahin getrachtet wird/ wie solche schädliche Vnordnung chest abgestelt/ vnd wiederumb etwas Richtigkeit in die Müntz gebracht werden möchte. Derohalben gegenwertiger 231 zeit Sortten / vnd selbiger Valvation für ein recht Landes: oder Stattwehrung/ (quæ temporis aliquem tractum successivum, probabilemq; durationem omninò requirit, & intendit / in keinen weg zuhalten ist. Vnd obschon in gemeine Bezahlungen/ auch käuffen vnd verkauffen/ solche angenommen werdē: geschicht

jedoch selbiges alleinig darumb / weil hingegen alle Wahren / auch ligend und fahrende Güter / in jhrem Werht / wie ebenmässig alle Handwerck mit jhrem Verdienst / drey oder vierfach auffschlagen: man also auff diese weiß ad aliquam proportionem seu æqualitatem inter pretium & rem emptam, &c. gelanget. Dahingegen / wann in wiederlösung der Gültten / einer / so vorzeiten gut Gellt und schwere Gulden außgeliehē / anjetzo geringe / oder höchstgestaigerte Taller / und dergleichen Sortten annemmen müste / selbiger contra omnem Justitiæ commutativæ rationem, nicht das Viertheil dessen / so er hingeben / wieder empfinge. Id quod non solum charitas Christiana & canonica, ipsaque naturalis ratio, ac sensus communis notoriè detestatur: sed & Juris civilis Interpretes
232 abnuunt uno ore. Etenim monetas esse calculandas ac æstimandas, non prout Mercatorum abusus introduxit, sed prout quantitas metalli ferre solet, tradit Caspar. Anton. Tessaurus *tract. de augment. moneta. n.41.* Licet enim pecunia soleat à communi usu recipere æstimationem: communis tamen cursus à vero valore haud ita longè aberrare debet: *ut ibidem innuit modò laudatus Tessaurus. Et graviter hac de re disserit Iohan. Mariana, Theologus è Societ. Iesu in tract. de Instit. Regis cap. 8. lib. 3. fol. 269. & Bodinus lib. 6. de Republ. cap. 3. à princip.* Absonum ideo & nullum esset statutum (præsertim Principis, aut Reipublicæ inferioris) si nummum ita iniquè æstimaret: ac proinde secundùm talem absonam æstimationem creditoribus suis satisfacere vellet.
233 Et quòd in monetâ, perpetua inspici æstimatio debeat; non ea, quæ ad certum tempus inducitur, vel toleratur; evincunt quoque ea, quæ habet Martinus Laudens. *in d. tract. de monet. n. 13. vers. si autem esset reprobata. &c.* Dn. Ernestus Cothman. *consil. 34. n. 82. & seq. vol. 1.* Et est textus hanc in rem expressus *in l. 1. in princ. ibi, publica ac perpetua æstimatio. ff. de contrah. empt. l. 3. ibi, cùm certa sit nummorum æstimatio. ff. de in lit. jurand.* Consentit quoque *l. 3. ff. de eo, quod certo loco, &c.* Sicque pro nummo (sive für ein Wehrung) haberi illa æstimatio nequit, quæ perpetua haud existat. Ac quòd ipsis in terminis nostris mutatio numismatum, quæ modico tempore duravit, vel duratura est, nullo pacto consideranda sit, nec ejus ratio debeat haberi, Bartolus tenet, *in d. l. Paulus col. penult. ff. de solutionib.* quem communiter alii sequuntur; *ut fatetur Panormitanus adductus & approbatus à Didaco Covarruv. in collat. veter. numi. m. c. 7. n. 4. ad fin. qui tamen regulariter tempus solutionis,*
234 *in redituum reluitione pertinaciter urget.* Quò etiam confert elegans Pauli JC. responsum *in l. pretia rerum. 63. §. fin. ff. ad leg. Falcid.* ubi inquit: Non ex momentis temporum, nec ex eâ, quæ ratò accidat, caritate, pretia constitui. Multò minùs ergo incerta illa nummi, indiesq; varians expensio, pro verâ æstimatione haberi debet. Et ita cùm justè veremur; valoris augmentum, vel decrementum propediem rursus mutatum vel abrogatum iri: tum etiam ex mente eorum Auctorum, qui aliàs dicunt, respiciendum esse hoc nostro in casu ad solutionis tempus, potiùs attendi debet pretium & bonitas nummorū, quales ii fuerunt tempore contractûs celebrati. Et sanè præsentis temporis vilis moneta, probiorisque iniqua æstimatio, durabilis præsumi nullo modo debet. Quippe diu durare moneta vilior, in eodem statu propterea non potest: quia difficultates commerciorum, & id genus alia quàm plurima incommoda, ex monetæ deterioratione, quantumvis publicè institutâ, suboriuntur: semperq; ita metuendum est, ne brevi, vel in totum vilior illa tollatur, vel edicto publico valor extrinsecus restringatur; vel si neutrum horum eveniat, ipso Populi tacito consensu aliud introducatur. *Andr. Kohl exer. 18. n. 1. vers. quintò, quia cùm moneta &c.* Proinde omnino contra bonam fidem foret: si quis timens, imò prævidens talem necessariam monetæ depretiationem, annuum censum, quem diu solvit, & porrò etiam aliàs soluturus esset, maximo cum emptoris detrimento redimere vellet. 235

Welchem allem kein Hinderung geberen solle / daß in der Hauptverschreibung obangedeuter massen / solche Müntz bey der Ablösung angedingt / die der Zeit geng und geb seynd. Dann die contrahentes (utpote quorum verba in proprio & juridico sensu intelligi debent) dieses für kein recht gangbar vñ gebe Müntz oder Wehrung vermuhtlich gehalten / so nicht perpetuo edicto, auch nicht billicher massen / sondern per abusum introducirt, & ad tempus toleriret wird: cùm maximè in omni obligatione & dispositione, utcunque verba generalia & prægnantia sint; semper tamen per jura vulgata, ipsumq; rectæ rationis instinctum, exclusus censeatur is casus, per quem alterutri parti summa iniquitas, & damnum evidens suboritetur: præsertim si eo de eventu, nullo modo cogitare, eumq; providere contrahentes potuerunt, *arg. l. cum Aquiliana. 5. ff. de transactionib. ubi Dd. & Afflictus Decis. 403. n. 4.* Nemo autem negare potest: præsentem rei monetariæ depravationem non solùm injustam planè, ac perniciosam: sed & in Imperio Romano-Germanico inauditam prorsus esse; similemq; in nullis ferè rerum gestarum monumentis inveniri. 236

Dem allem nach wir noch der beharrlichen Meynung seynd / das dieser unbeständig / und zumahl des Heiligen Römischen Reichs vortrefflichen Satzungen gar zu widerlauffende / auch gemeinem Wesen so hochschädliche Werth der groben Sortten / und selbigem nach sich regulirende geringe Müntzen / in diesem Fahl von den contrahenten weder verstanden oder gemeindt / noch auch von rechtswegen von den jetzigen Gülltenhabern / wider dero willen angenommen / sonder dieses Hauptgut länger verzinset werden; oder doch die Herrn Gülltreicher die Ablösung in solchen Sortten und Werth / wie sie vor dieser laidiger ungebürlichen Staigerung der Müntzen / in jhrer Statt gangbar gewest / vornemmen müssen.

Quem-

Quemadmodum suprà decisivè continetur: ita nos Decanus & reliqui Professores Facultatis Iuridicæ in Academia Tubingensi, secundùm ea, quæ nobis in suprascriptâ Facti specie ad consultandum proposita fuerunt (solâ veritate & justitiâ præ oculis habitâ) unanimiter sentimus, consulimus, & juris esse respondemus: salvo tamen semper meliùs sentientis judicio. In quorum fidem consuetum Facultatis nostræ Sigillum apprimi curavimus, Actum in Collegio nostro, secundo die Decembris, Anno Christi suprà millesimum, sexcentesimum, vigesimo secundo.

Secundum Amplissimi Collegii Juridici Tubingensis Consilium, super re nummariâ seu moneta compositum, mense Junio, Anno 1623.

Facti Species.

237 Man hat an einem Ort/ von vnterschiedlichen Personen/ die sich angebotten Gelt herzuleihen/ vnd solches anzunemmen/ fleissig angehalten vnd gebitten/ ein starcke Anzahl tausent Gulden in Annis 1621. vnd 1622. vnd eben wie das Gelt hochgestiegen vff Jährliche pension fünff vom Hundert/ zu damahlen bevorstehender vnd besorgender Noht/ aufgenommen/ vnd seind die Ducaten zwar zu 10. 14. 15. die Goldgulden zu 10. 11. die Thaler aber zu 8. Gulden vnd dann ein gute Anzahl Tausent gulden an Barreutern/ Amberger/ vnd dergleichen Sechsspätznern außgezehlet/ die obligationes aber alle vff Rheinische gulden in Müntz/ wie die Beylagen A. B. C. vnd D. zuerkennen geben/ gerichtet vnd gestellet worden.

Nun begibt es sich/ daß in diesem 1623. Jahr/ als man an gedachtem Ort solche Müntz noch den mehrern Theil bey einander gehabt/ von den Fränckischen/ Bayerischen vnd Schwebischen Craiß-Müntz Ständen vnd Probations Rhäten/ die grobe/ guldene vnd Silberne Müntz-Sorten hoch herunder/ als nemblich der Ducaten zu 2. gulden 20. Kr. der Goldgulden zu 1. gulden 44. Kr. der Thaler aber vff 1. gulden 30. Kr. devalviret, die Barreuter/ Amberger/ vnd dergleichen Sechsspätzner aber gantz vnd gar verruffen vnd verbotten worden. Dahero dem Ort/ da solchs Gelt auffgenommen worden/ ein vberauß grosser Schad vnd fast gäntzlichs Verderben bevorstehet/ wann man jetzt den Creditoribus die Bezahlung/ so vieler Tausent gulden leisten/ vnd jhnen den Ducaten/ Goldgulden vnd Thaler/ welche man so hoch/ wie obvermelt/ eingenommen/ nach der geringen Valvation wiederleisten solte: Als zum Exempel/ wann einer an hundert Ducaten jeden per 15. Gulden gerechnet/ funffzehen hundert Gulden hergeliehen/ ob man denselben nach obgesetzter devalvation anjetzt 642. Ducaten vnd 2. Gulden Müntz/ vnd also vmb 542. Stuck vnd 2. Gulden mehr/ als empfangen vnd hergeliehen worden/ bezahlen müste.

Gleiche Proportion hatt es auch mit den Goldgülden/ als wann einer an hundert Stucken/ jedes zu 10. Gulden gerechnet/ Tausent gulden hergeliehen/ muste/ man demselben/ nach dem Absatz/ da jetzt der Goldgülden vff 1. Gulden 44. Kreutzer æstimirt, Fünff hundert sechs vnd siebentzig Stuck/ 96. Kreutzer/ vnd also hundert Stuck/ die erlegt worden/ vier hundert sechs vnd siebentzig Stuck/ sechs vnd neuntzig Kreutzer/ mehr als man hergeben/ bezahlen vnd richtig machen. Hat einer fürs Dritt/ an hundert Stuck Thalern/ jedes zu acht Gulden/ Achthundert Gulden hergeliehen/ müste man demselben/ nach der devalvation, da der Thaler vff ein Gulden 30. Kreutzer gesetzt worden/ für ein Hundert: Fünff Hundert dreissig drey Stuck/ vnd ein Drittheil/ vnd dreissig Kreutzer/ vnd also vmb vier hundert/ vierdthalben vnd dreissig Stuck mehr/ als hergegeben worden/ wieder contentiren vnd bezahlen.

Wann dann hierdurch/ wie obgemelt/ der debitor nicht allein ultra dimidium, sondern auch ultra quadruplum vnd quintuplum mercklich lædiret/ vnd in eusserstes Verderben vnd Schaden gesetzt würde; Als treibt jhn die Noht sich vber nachfolgende Fragen Rechtens zuerholen. 238

Erstlich/ ob nicht der Creditor, vnangesehen in den obligationibus der Specierum, darinn er das Gelt hergeliehen/ auch des hohen valoris nicht gedacht/ sonder alles dem damaligen hohen Anschlag nach/ auff Rheinische Gulden in Müntz gericht/ jedes Stuck Sorten an Ducaten/ Goldgülden/ vnd Thaler/ in dem valore, wie sie hergeliehen worden/ als den Ducaten zu 10. 14. vnd 15. Gulden/ den Goldgulden zu 10. 11. vnd den Thaler zu acht Gulden/ vngeacht der jetzt erfolgten/ vnd noch vielleicht ferner erwartenden devalvation, in der Bezahlung wiederumb anzunehmen schuldig vnd verbunden seye?

Vnd weil theils obligationes, wie literæ B. C. vnd D. außweisen/ auff etliche Jahr gestellet/ ob nicht dieselbe/ durch die erfolgte/ vnd vielleicht mehr erfolgende devalvation enervirt, vnnd die Creditores schuldig seyen/ jhre vor einem Jahr in hohem Werth hergeliehene Sorten/ auf die jetzige vnd künfftige devalvation, dem Rheinischen Gulden in Müntz nach reduciren vnd herunder setzen zulassen? vnd jhnen solches anzuzeigen/ damit die obligationes darauff de novo gestellet werden möchten?

Ob nicht auch die obligationes deren Creditorum, welche vor einem Jahr Barreuter/ Amberger vnd andere Sechsspätzner/ so anjetzt alle mit einander verruffen/ hergeliehen/ durch die Verruffung vnkräfftig gemacht worden? vnd von rechtswegen vnangesehen/ die obligationes auff etliche Jahr/ so noch nicht verflossen/ wie die Beylag mit B. C. vnd D. außweisen/ sich mit eben den Müntz Sorten/ so sie tempore contractus hergeliehen/ wieder alßbalden an Hauptsummen vnd Interesse contentiren lassen müssen?

Ob nicht auch die Creditores, so grobe Sorten an Gold vnd Silber hergeben/ die interesse in gleicher

Wehrung

wehrung/ als den Ducaten zu 10.14.15. Gulden/ den Goldgülden zu 10.11. Gulden/vnnd den Thaler zu 8. Gulden wiederumb anzunemmen schuldig vnd verbunden seyen? Oder ob man die Interesse, so nach der devalvation verfallen/ mit Thalern zu 1. Gulden 30. Kreutzer/ Ducaten zu 2. Guldē 20. Kreutzer/ Goldgülden zu 1. Gulden 44. Kreutzer richtig machen vnd bezahlen müsse?

5 Weil in etlichen obligationibus, wie litera B. zu erkennen gibt / die Creditores sich wegen der Hauptsumm vnd interesse also caviren lassen/ daß man jhnē dieselbe an guter Reichsmüntz/oder wie bey litera C. zusehen/an guten gangbaren vnd solchen Müntz-sorten/ wie alßdann das Gellt an solchem Ort gäng vnd güllteig seyn würde: oder wie beilag mit litera D. außweiset / an guter gangbarer vnd an diesem Ort gebräuchlicher Müntz/ bezahlen vnd richtig machen solle: Ob nicht vnangesehen solcher Clausel / der Creditor sich mit dem valore, wie er solches tempore contractûs hergeliehen / sowol an Hauptsummen vnd interesse contentiren lassen müsse? Vnd die Clausula weiter vnd ferner nicht wircke/ dann daß man jhme dz Gellt an Sortten/ die an dem Ort gangbar vnd gülltig / bezahlen solle? 6. Weil sich auch begibt vnd zuträgt/ daß etliche Creditores, welche den Thaler vmb 8. Gulden hergeliehen/ das davon verfallene interesse vff verschienen Liechtmeß mit fleiß nicht eingefodert/ sondern biß vff die jetzige merckliche devalvation, dadurch der Thaler vff 1. Gulden vnd 30. Kr. gefallen/ anstehen lassen/ wird gefragt/ ob man rechtswegen jhnen den Thaler nach 8. Gulden/oder nach dem jetzigen devalvierten werth per 1. Gulden / vnd 30. Kr. zubezahlen schuldig seye?

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

Demnach wir Decanus vnd andere Doctores der Juristen Faculteet bey gemeiner hohē Schul zu Tübingen / vber hie vorgesetzte speciem facti vnd dero angeheffte vnterschiedliche Fragen / vnser rechtliche Meynung zueröffnen/ gebührend ersucht worden/ solches auch in keine weg abschlagen sollen: Als haben wir dieses gantze Werck/ seiner Wichtigkeit nach (vnd weil es besonders ein merckliche consequentz vff sich haben thut / auch bey gegenwertigen zuvor vnerhörten Verenderungen der Müntzen / vnd selbiger valor oder werths / eben derogleichen Stritt sich ohne zweiffel noch mehr erzeugen werden) in vnserm versambletem Collegio reifflich erwogen / auch sowol die natürlich vnd Christliche Billichkeit als gemeiner beschriebnen Rechten Verordnung vnd Reichssatzungen alleinig vor Augen habend / soviel befunden/ daß ex parte der Güllkäuffer vnd Creditorum nicht vnscheinliche Behelff vff die Bahn gebracht/ vnd darauß geschlossen werden möchte / daß so viel die Erste hieroben proponierte Frag (ex cujus decisione reliquarum omnium resolutio dependere videtur) betreffen thut / der Herr Debitor oder Güllverkäuffere sowol den Zinnß / als auch ins künfftig/ das Hauptgut / zu zeit bestimbter Ablösung / an dero in der Verschreibungen benandter guter Müntzen vnd Wehrung abzustatten schuldig / auch sich dessen sine notâ fractæ & non servatæ fidei, in keinen weg verweigern möge.

Rationes dubitandi.

Dann erstlich die Creditores den lautern tenorem vns vberschaffter vnterschiedlicher instrumentorum, vnd zu denen sich der Herr Debitor vnwiderneinlich bekennen muß/ vor sich anzuziehen haben/ vnd darauß jhr intention paratissimâ liquidissimâque probatione fundiren oder belegen können/ angesehen/ in der Ersten Obligation mit litera A. gemerckt / vßtruckenlich gesetzet zufinden / das in des Herrn Debitoris Rent-Cammer/ Caji Sempromi Wittib Tausent Gulden Reinisch in Müntz/ je funffzehen Batzen oder sechtzig Kreutzer für einen Gulden gerechnet / vff gebührende Verzinsung angelegt/ solche Summa gellts auch hochgedachten Herr Güllverkäuffer also baar von jhr empfangen habe: darauff geredendt vnd versprechendt/ obbestimbte Tausent gulden (id est, Rheinisch in Müntz) hinfuro Jährlich zu verpensioniren. Die andere Verschreibung sub litera B. ist noch stärcker/ Angesehen / sie nicht allein jetzt gedachter in deme gleich/ daß der Herr Güllreicher bekennt/ vnd angichtig ist / Er habe acht Tausent gulden Rheinisch/ in Müntz/ etc. also baar empfangen / Sondern es wird zumahl darinnen versprochen/ dem Creditori oder seinen Nachkommen / die bemelte Acht Tausent gulden zur zeit verglichner Ablösung / an guter gangbarer Reichsmüntz zubezahlen.

Jngleichem ist die dritte Verschreibung/ mit litera C. notiert, vff Rheinisch in Müntz/ soviel die Anlehnung betrifft / gerichtet: insonderheit aber bedinget/ daß sowol der Zinß / als zur Zeit der Ablösung das capital, an guten gangbarn vnd solchen Müntz-Sorten/ wie alßdann/ vnd zu jeder Zinßzeit/ das Gellt bey des Herrn Güllverkäuffern Rent-Cammer im Einnemmen vnd Außgeben gäng vnd gülteig seyn wird/ bezahlt werden solle.

Die letste Obligation sub literâ D. beweiset ebenmäßig / daß der Güllreicher drey Tausent gulden Rheinisch in Müntz emfangen / auch solche nach bestimbter Zeit/ an guter gangbarer/ vñ bey seiner Rent-Cammer gebräuchlicher Müntz wieder zubezahlen / Jnmittels aber jährlich mit Rheinisch in Müntz zuverzinsen versprochen/ etc.

Nunc autem certi juris est: instrumentum facere probatam probationem non probandam, *Bald. in l. quoties. C. de judic.* & dicitur veritas apparens, *secundùm Baldum in l. Imperator. ff. de stat. homin. & in l. interest. in ult. notab. C. de solut. Curt. Iun. consil.* 109. *num.* 20. Instrumentum item reputatur facere rem certam. 240

certam. *Bartol. in l. 1. in princ. num.* 8. *ff. de novi oper. nunciat. Decius consil.* 302. *colum. fin.* & probationem manifestam, *Bald. in l. 2. colum. 2. C. quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores, &c. Paris. consil.* 104. *num.* 64. *part.* 1. *Natta consil.* 177. *num.* 1. *& consil.* 502. *num.* 8. adeò, ut contra tenorem instrumenti, probatio non admittatur, nisi per aliam scripturam *l. gene-*
241 *raliter.* 13. *C. de non num. pecun.* Et sic etiam verba; *dedit, ac consignavit* (angelegt / von jhme empfangen vnd eingenommen) quibus nempe Dn. Debitor utitur, numerationem & traditionem probãt, *Alexand. cons.* 146. *incip. videtur inspectu. num.* 9. *vol.* 1. Et ipsis
242 in terminis nostri casus, quando in Instrumento obligationis declaratio vel æstimatio pecuniæ invenitur: tunc illa declaratio & æstimatio attendi debet: *ut Bartol. in l. Paulus.* 99 (*aliâs incipit, debitorem sive creditorem*) *in fine. ff. de solutionib. & in l. si quis stipulatus fuerit decem* 57. *ff. eod. ut & in l. sed addes.* 19. (*aliâs.* 21.) *§. si dominus. ff. locati. Ancheran. in Clement. si beneficiorum.* 2. *circa finem. ubi etiam Imola. de decimis. post Baldum in consil.* 339. *incip. punctus quæstionis. vol.* 2. *aliiq; tradunt.*

Welches alles zum andern / diß Orts destomehr statt haben / vnd das dem lautern teutschen Inhalt obangedeuter Verschreibungen / sowol mit reichung des Zinß / als abstattung der Haupt summen / so viel die Sortten antrifft / nachkommen vnd gelebt werden solle / verschaffen thut: weil diese Verschreibungen denen darinn begriffenen Vmbständen nach / ein Fürstliche hohenstands Person von sich gegeben / auch diesem Versprechen trewlich vnd ohngefährde folg zuthun /
243 zugesagt / vnd sich verschrieben. Principes autem, aliique Magnates & publicæ personæ, ad fidem servandam cum primis adstringantur. *l.* 1. *& l.* 5. *ibique Dd. ff. de pact. ut & in l.* 1. *ff. de const. pec.* Inmassen mandann zugleich ex Meterano, Petro Matthæo, Rudolpho Boterejo, aliisque Historicis hujus seculi, sich zuentsinnen hat / zu was hohem Vnglimpff Königlicher Majestät in Hispanien / Philippo Secundo, es gedeutet worden / daß selbiger den Genuesischen Kauffleuten jhren auch vnbillich gesuchten Vortheil / vnd wucherlichen Angrannitz abgeschnitten: Weil solches mit etwas Abbruch der Obligationen oder Verschreibungen / vñ selbiger klaren Inhalts beschehẽ.

Zum dritten / kan diß Orts für die Creditores mit sonderbahrem Schein eingewende werden / daß sie gute / vnd derzeit gangbar gemeine Gulden hergeliehen / darumben auch jhnen so viel Gulden / an Sortten vnd dero valor, wie solche jederzeit im Schwang gehen /
244 wieder außgezehlt werden solle: cùm moneta secundùm temporum & regionum placita vel morem censenda sit & æstimanda, *argum. l. si servus.* 40. *§. ult. ff de legat.* 1. (weil fürnemblich der Herr Debitor diese Haupegüter / wie in facti specie erwehnet / zu damahl bevorstehender vnd besorgender Noht / & ita utiliter auffgenommen / auch die erhebte Sortten für so viel Gulden / als er selbige empfangen / wider außgeben tonnen. Idque si forsan non factum fuit: haud creditoribus, sed sibimet ipsi imputare debet. Et etiamsi floreni sint in solutione, ac ex partium conventione thaleri, vel aliæ grossæ monetæ in æstima-
tionem fuêre deductæ: tunc monetæ mutatio non 245
attenditur; sed tot sunt floreni reddendi, quot in obligationem deducti fuerunt, *argum. c. quanto.* 18. *ext. de jurejurand Bartol. in d. l. Paulus.* 99. *ff. de solutionib. Boër. decis.* 327. *numer.* 10. *Covarruv. de collat. veter. numismat. c.* 7. *§. unic. conclus.* 7. *Gabriel. Roman. commun. conclus. lib.* 3. *t. de solut. conclus.* 2. *n.* 8 *Menoch. consil.* 49. *n.* 10.

Darzu dann fürs vierte auch dieses kompt / daß die Creditores nicht eben ein gewissen Gewinn / wann jhnen gleich die Verschreibungen dem Buchstaben nach gehalten würd / zugewarten: sonder es gar wol dahin hätte gelangen mögen / ja es kan sich noch begeben / daß zur zeit schuldiger Ablösung die Sortten noch höher gehen / oder ärger werden / dann sie zur der Anlegung
gewesen. Semper enim tempus minuit monetam: 246
priorque melior reputatur posteriore, *Wehner. in pract. observat. de verb. significat verbo,* Goldgulden / *à principio, fol. nobis.* 230. Vnd wie jüngst vorgewesten / auch noch in viel Orten vnabgestellte Stangerung vnd Vnordnung der Müntzen zuvor nie erhört / auch von keinem Verständigen niemahl vermuthet worden: Also kan vielleichten über etliche Jahr noch ein grössere Zerrüttung erfolgen / vnd die vorgenommene Verbesserung des Müntzwesens den vorhabenden Zweck nicht erraichen / oder in die Harr keinen Bestand ha-
ben. Quod enim semel factum: iterum, & adhuc 247
pluries fieri potest: ac semper in Mundi theatro eadem fabula agi solet: in pejusq; indies cuncta ruunt, retròque sublapsa referuntur. Et inde bonæ leges ex malis moribus natæ, rarò durationem habent: sed à causa impulsiva, malitia nempe hominum, quæ iis ansam dedit, tandem superantur: & plerunque doctâ plus valet arte malum.

Wann dann dieses der Creditorum vermeinte lucrum nit gewiß / sondern ex incerto eventu dependiret, vnd obverstandner massen / daß zur Zeit des contracts geweste verwirrete Müntzwesen bey der Ablösung noch verbren oder ärger seyn können: Als folget
hierauß / quòd ex incerto hoc eventu dependens læ- 248
sio, nullo modo debeat considerari. *Dd. in l.* 1. *ff. de in lit. jurand. Cynus in l. fin. §. sed neq;. C. communia de legat Bartol. in l. inter stipulantem.* 83. *§. sacram.* 5. *& ibidem Zasius n.* 18. *ff. de verbor. obligat.* Et incer- 249
titudo facit licitum, quod aliàs illicitum est, *Gail. lib.* 2. *observat. num.* 8. Inmassen dann eben in terminis mutui, der jenige / so Wein oder Korn mit dieser condition außleyhet / daß jhm solches im folgenden Herbst oder Ernd in gleicher mensur wieder erstattet werde / solches in dero Güte / wie es GOtt der HErr wachsen läst / zuempfahen hat / *argumento. l. omnia.* 7. *& l. vinum.* 22. *ff. de reb. credit. si cert. pet. Dd. ad l.* 3. *ff d. tit.*

Vnd letzlich möchte ebenmässig gesagt werden / daß die enderung des Müntzwesens den creditoribus

desto weniger schaden / oder der Verschreibung einen Abbruch gebehren solle: Weil im Fall man diese mutationem rei mutuatæ nicht pro incerto eventu, sed
250 pro indubitato contingenti halten wolte: Alsdann der Herr Debitor oder Gültreicher / vnd dessen Rhät / solches gewist / oder wissen können vnd sollen / derowegen tanquam voleures & scientes sich keiner læsion zubeklagen haben: cùm volenti injuria non fiat, *per jura vulgata*.

RATIONES DECIDENDI.

251 Dessen jedoch sämptlich / vnd was sonsten weiters zu behueff der Creditorum fürgebracht werden möchte / (vnd wir in guter Obacht gehabt / aber geliebter Kürtze halb allhero zusetzen vnterlassen) vnangesehen / seind wir der endlichen einhelligen Meynung / das vnverhindert selbiger Wort vnd Clausularum, so in den vorermelten obligationibus zufinden / nichts destoweniger zur Zeit der Ablösung vnd bey raichung der Zinsen / die Sorten in dem hochgestaigerten Werth / wie sie außgeliehen / hinwiederumb auch von den Creditoribus an: vnd eingenommen werden müs-
252 sen. Etenim mutatione monetæ factâ: cùm, ut plerunque fit, dubitari soleat: anne tempus solutionis, num verò contractûs attendendum sit? communissimè responderi consuevit; sive mutata sit moneta extrinsecâ in bonitate, hoc est, In der valvation oder æstimation, daß sie nemblich jetzo mehr oder weniger gilte / als zuvor; sive intrinseca, hoc est, materia, pondere & qualitate, im Korn / Gehalt vnd Gewicht: semper secundùm eam bonitatem faciendam esse solutionem, quam habuerunt nummi tempore contractûs. *Gail. lib. 2. observ. 73. n. 7. Sixtin. de Regalib. c. 9. n. 177. fol. nobis 158. Borcholt. de feud. ad c. unic. quæ sint regalia. n. 62. & 58. Mynsing. cent. 4. observ. 1. Zas. lib. 1. singul. resp. 1. num. 25. Thessaur. decis. 174. num. 1. Ioan. Koppen. decis. 2. Cothman consil. 36. per tot.* Idque sequitur quoque Cameræ Imperialis, stylus, Gestalt same dann in dem jenigen consilio oder Responso juris, welches Johann Wolffgang Hillerus, U. J. D. in hac ipsa materia, ohne längsten zu Augspurg trucken lassen / nicht allein viel præjudicia, sonder zumahl in einem andern deme beygefügten Bedencken *num. 10. & seqq.* etliche vnterschiedliche Cammergerichts Vrthel vnd Mandata von Wort zu Wort erzehlet / so sämptlichen dahin gehen / daß ein Creditor sein außgeliehen Gellt / in eben selbigen Sorten / vnd dero Werth / oder andern Müntzen / doch in allweg gleicher Güte zuerfordern befugt / auch in keinen Weg in ringern Sorten anzunemmen schuldig / also indifferenter das tempus contractûs oder der Anleihung anzusehen / vnd selbigen nach die Bezahlung reguliert oder gerichtet werden solle. Generaliter itaque attenditur ac consideratur valor, qui fuit tempore contractûs; tantusque reddendus est, quantus tempore contractûs, legis, aut sententiæ fuit constitutus; quem quis tum pecunia habebat: sive postea illa crescat, sive decrescat in valore. Utrumque enim cedere to æque potest in dettimentum aut commodum tam debitoris, quàm creditoris: atque adeò ex naturâ rei utriusque æqua conditio est: ut Theologus & Jureconsultus maximi nominis Ludovicus Molina *in tract. de justit. & jur. tom. 2. disput. 312. num. 3. & seqq.* deducit. Quemadmodum etiam egregius 253
& subtilis Jureconsultus Johannes-Petrus Surdus *tom. 2. consil. 120.* irrefragabiliter edocet: quòd, etsi solutio secundùm conventionem fieri possit de monetâ currente tempore solutionis: attendi tamen valor libræ, qui erat tempore contractûs, & secundùm illum fieri solutio debeat: itaut, si tempore conventionis tredecim libræ constituerent aureum, & nunc de monetâ novâ, quæ est vilior, & magis ære commixta, decem & septem requirantur: tunc teneatur debitor solvere decem & septem pro tredecim antiquis: cùm nempe communis conclusio sit, 254
quòd ubi moneta facta est deterior in intrinsecâ bonitate, vel in pondere: solutio fiat de monetâ antiquâ, vel de nova ad valorem antiquæ. *Bartol. in d. l. Paulus. numer. 6. ff. de solutionib. & in l. cùm quid. 3. numer. 17 ff. de reb. credit. si cert. pet.* Et hanc quoque dicit magis communem Alexander *ibi, numer. 16.* & Socinus *in consil. 298. vol. 2.* ait, ita communiter tenere Legistas & Canonistas. Consentit Brunus *in tract. de monet. in 1. part. num. 1.* Hocque procedere etiam ibidem Surdus dicit in monetâ indeterminatâ: ut sunt floreni, libræ, &c. ita ut nihilominus solutio fieri debeat secundùm æstimationem antiquæ. Hincque concludit, quòd dari non possint centum libræ de pecunia contaminata, loco centum librarum antiquarum, quæ erant preciosiores. Et insuper quoque Surdus censet; quando conveniunt partes, quòd solutio fiat de monetâ currente tempore solutionis: tunc nihilominus novam pecuniam solvendam esse secundùm valorem antiquæ, eamque reduci ad æstimationem antiquæ, tantumque solvi debere de novâ, quantum necesse est ad æquandum valorem antiquæ. Namque talem clausulam vel conventionem aliud nil operari, quàm quòd debitor non cogatur solvere de pecuniâ antiquâ, sed possit de novâ. Allegat. *post alios multos*, it idem Oldradum *in consil. 150. numer. 3. vers. ad secundum. &c.* qui dicit, stante statuto, quòd solutio possit fieri de certâ monetâ, eam debere reduci ad æstimationem antiquæ: 255
quia statuti intentio fuit non augere, vel minuere obligationem, sed demonstrare, de quâ monetâ solutio fieri debeat. Et quæ hactenus ex Surdo recensita sunt; ea pariter singulari responso comprobat idem Surdus *tom. 3. consil. 368.* ubi inter alia *num. 16.* scribit: si æstimatio grossæ pecuniæ est aucta, & minutæ bonitas intrinsecùs est mutata, licèt non sit mutatus valor: tunc si ex decem florenis mihi debitis poteram tempore contractûs habere tres aureos; nunc autem plures floreni requiruntur: teneberis mihi solvere tot florenos, cum quibus possim emere tres aureos; quemadmodum potuissem tempore contra-

contractûs. Cùm verò aurei valor creverit absque vitio monetæ inferioris: tunc interesse non considerabile esse, putat. Quòdque hoc etiam procedat, si floreni sint in obligatione: præter ea, quæ hactenus ex Surdo sunt relata, sequenti quoque consideratione roborantur. Nam etsi florenis (sicut in Italiæ plerisque locis, libris) tanquam imaginariis, & numeralibus, ut ita dicamus, monetis, aliarum monetarum pretium calculetur; hique floreni, quoad baciorum ac cruciferorum numerum, semper immutabiles maneant: ii tamen floreni, relatione factâ ad currentes monetas, intrinsecam quodammodo recipiunt bonitatem: & hac inspecta intrinseca bonitate, imaginarium admittunt decrementum vel incrementum: In dem nämblichen die Gülden/ so an schlechten ringen Müntzen außgezahlt werden/ anitzo bey weitem nicht so gut seyn/ als da dit minuta moneta weit besser gewesen. Consentit Caspar. Anton. Tessaurus *in prædicto Tract. de augm. monet. part. 1. numer. 27. 44. &c.* ubi inter alia dicit: animadvertendum esse, quot floreni illius monetæ, quæ ingreditur sive efficit florenum, tempore contractûs constituerint Ducatum (vel Thalerum) & quanti nunc illa moneta argentea in florenis æstimetur: ac juxta illam æstimationem, dandum esse floreni valorem in alia moneta, tempore solutionis currente. Et ita quoque intelligendus est Anton. Faber *in tract. de var. nummor. debit. solut. cap. 9. vers. postremò hoc unum requiro, &c.* Ex quo loco colligitur: tum demum in obligatione librarum totidem libras esse reddendas, si libræ intrinsecus nec auctæ, nec diminutæ sint. Si-
256 militer respondet Alciatus *consil. 155. in fin.* Si obligatio consistat in libris vel florenis: quòd libræ vel floreni solvi debeant illius bonitatis, cujus erant floreni tempore contractûs. Idemque repetit *cons. 586. in principio*: & adstipulatur Cephalus *consil. 31. numer. 12. vers. nec est verum, &c.* Ex cujus traditione colligi potest: si non solverentur floreni secundùm bonitatem, quæ erat tempore promissionis: quòd tunc plus vel minùs, ratione subsecuti augmenti vel decrementi solveretur, quàm in stipulationem deductum fuit. Hancq; sententiam item communem dicit Anton. Tessaurus *decis. Pedem 174. num. 6. vers. sed adverte, &c.*

Zum andern/ und weiln jetzt außgeführter massen/ der Creditor kein ärgere oder schlechtere Gulden/ dann Er außgestrichen/ anzunemmen getrungen werdē mag: Also ist ebenmäßig und im Gegenspiel wol folgig zu schliessen/ daß Er zugleich keine bessere oder schwerere/ dann er hingeliehen/ zuerfordern berechtigt seye/ der Debitor oder Gülltreicher auch dahin mit recht oder
257 fuegen nicht angehalten werden möge. Contrariorum namque eadem est disciplina. *can. hospitiolum. 32. Distinct. l. 1. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. initio Instit. eod. l. qui accusare. 8. ff. de accusationib. l. & si contra. 35. ff. de vulg. & pupill substitut. l. Pomponius. 4. §. sed & si. 2. ff de procuratoribus. l. fin. in princip. ff. de legat. 3.* Idque maximè procedit, quando par eademque utrobique ratio existit, *argument. l. si quis negotia. 23. ff. de negoc. gest. l. eâ lege. 51. ff locati. Nicol. Everhard. à Midelburg. in locu legalib. loc. à contrario sens. num. 8. & seq.* Ac item natura correlati- 258
vorum est; ut dispositum in uno ex ipsis correlativis, censeatur dispositum in alio. *Hippolyt. de Marsil. singular. 398. incip. tu scis, &c.* ubi dicit, quòd regula (quæ est: quòd illud, quod non dixit lex, nec nos dicamus) haud habeat locum in correlativis. Licèt enim lex tantùm faciat mentionem de uno correlativo: tamen idem censeri in alio constitutum.
Nunc autem debitor & creditor correlativa sunt: & 259
ergo, quemadmodum in eo omnes hodie ferè conveniunt Jureconsulti; quòd pro florenis, in bona & proba moneta veteri expensis, nemo cogatur accipere monetam ærosam & novam, aut occasione hujus novæ improbæque monetæ Thaleros, Ducatos, &c. ex mero abusu, ratione extrinsecæ & putativæ bonitatis, nimiùm auctos: *quod & roboratur per textum in c. cùm olim. 19. ext. de censibus.* ita è contrario, & adhuc magis dicendum est; debitorem non posse cogi, ut pro tali ærosâ, vel nimiùm aucta moneta, quam accepit, solvat creditori bonos, ad veteremque normam redactos nummos.
Partes enim debitoris, tanquam Rei, multò magis 260
favorabiles sunt, quàm creditoris: & ideo (quemadmodum infrà latiùs deducetur) pacto quidem fieri potest, ut in minùs vel in mitiorem partem debitor sit obligatus; non verò, ut in deteriorem.

Und diese unsere decision wird auch per expres- 261
sum textum, ac in terminis terminantibus nostri casus loquentem, befestigt/ nempe *per c. cum canonicis. 16. ext. de censib.* ubi Pontifex Max. rescribit: non posse debitorem cogi, ut meliorem monetam solvat, quàm quæ ab initio fuit constituta; sufficereque, si solvat æstimationem illius, quæ fuit tempore contractus. Et sanè debitor restituendo ean- 262
dem quantitatem & qualitatem, quam accepit, promissioni suæ satisfacit, ac obligatio tollitur, *initio tit Inst. quib. mod. tollit. obligat.* Id & sequitur Alemannus *consultat. 8. quæst principal. 2. in decidend. ratione. 13. pag. 624. & seqq. & pag. 627. 703. vers. respondetur. & pag. 755. §. ex his ergo, &c.* Et pariter Oldradus de Ponte *consil. 250. num. 1.* respondet: solutionem fieri debere de vili illa monetâ, quæ currebat tempore contractûs, vel de novâ (scilicet meliore vel majore) habito respectu ad valorem illius vilis monetæ: debitoremque pecuniam meliorem, quam solvit, tanquam indebitam repetere & condicere posse. Sic quoque Joannes Köppen *decis. num. 4.* expressè concludit: creditorem non petere posse meliorem pecuniam, quàm dedit mutuò. *Et tractat hanc quæstionem pluribus ex professo Auctor consilii sive quæstionis secundæ D. Wolfgangi Hilleri adjunctæ, Augustæ edita.*

Zum dritten / vnd ob schon gesagt werden möcht / daß was bißhero deducirt, allein auff diesen Casum zuverstehen sey/da nichts widrigs paciscirt; in nostro casu aber sey insonderheit bedingt / daß selbige Sortten an dem Zinß / vnd wann die Ablösung in künfftig beschicht / erstattet werden solle / welche jederzeit gäng vnd geb seyn werden / 2c. So ist doch hingegen zuwissen / vnd bey gegenwärtiger Sach gar wohl in

263 acht zunemmen : quòd debitor in mutui contractu non possit in plus obligari : quia mutuum est contractus stricti juris, qui re contrahitur. Unde si res, hoc est, pecunia, non intercedit : mutuum haud subsistit : nec restituendum est, quod datum non fuit.

264 Hinc traditum invenitur : si dem tibi mutuò decem, & paciscar, ut viginti mihi debeantur & restituantur : non nasci obligationem ultra decem. Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est. *l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pactis.* Item, si tibi dem decem, ut undecim debeas amplius, quàm decem condici non posse, Ulpian°, ex sententiâ Proculi, respondit, *in l. si rogasti. 11. §. 1. ff de reb. credit. si cert. pet.* Facit *l. hactenus. 11. in fine. ff. de constitut. pecun.* Et propterea Impp. Diocletian. & Max. *in l. cum ultra. 9. C. d. non numer pecun.* hunc in modum rescripserunt: *Nihil ultra hoc, quod accepisti, fortis à te nomine Præses provinciæ exigi patietur.* Nam natura mutui non patitur, ut plus petatur, quàm datum, & per consequens in obligatione fuit. Unde quidam ex vetustioribus Juris Interpretibus dicere non dubitarunt : citiùs stellas de coelo casuras, quàm ut mutuum in plus contrahatur. *Iason & Zas. ad dictam. l. 11. de reb. credit.* Neque etiam id, quod supra numerationem, promissum est, alio quàm mutui jure deberi potest ; puta ut usura, aut ut dono datum, vel vi pacti : *quod jam laudati Authores docent.* Pariter insuper ut in plures florenos, quàm quos accepit, non se potest debitor obligare :

265 ita nec quoque in meliores. Nam & tunc in effectu solveret plus, quàm accepit. Et pertinet huc, quod Ludovicus Molina *d. tract. de just. & jur. tom. 2. disput. 312. numer. 11.* scribit : *Quamvis usura non sit, mutuò dare cum onere, ut pecunia ejusdem rationis solvatur cum eâ, quæ mutuò datur : esse tamen usuram, mutuò dare cum onere, ut mutuatarius reddere teneatur pecuniam rariorem, & meliorem in hominum æstimatione : ut mutuare auream, quando illius est magna abundantia, cum onere, ut aurea vel argentea reddatur: eò, quòd gravamen illud injustè ultra sortem apponatur.*

Nun seynd die jenige contractus, davon diß Orts gehandlet wird, mehr pro mutuo, dann pro emptione-venditione reditûs annui zuhalten. In bedenckung / solche auff kein gewiß Gut / darauß selbiger Zinß gereicht würde / gerichtet : zumahl auch darinnen / contra naturam annui reditûs dem Glaubiger die Wiederforderung zu seinem freyen belieben gestellet wer-

266 den. Textus autem canonici juris, *puta Clement. ex-ivi. de verb. signific at. ut & cap. 1. & 2. in Extravagant. de empt. & vendit.* illum tantùm verum annuum reditum vocant, qui nempe ita fundiarius est, ut periculum cum fundis commune sortiatur : quique redimibilis tantùm est ex parte venditoris. Hosque reditus, si verum fateri velimus, probat solùm canonicum jus; eosque etiam aliam ab usurâ, in mutui contractu stipulatâ, rationem habere judicat. Ejusmodi verò reditus personales sub generali hypothecâ omnium, & sic incertorum bonorum, ac etiam ad certum tempus constitutos, de quib° nobis nunc est sermo, nec novissimis Imperatorum Germanorũ constitutionib° pro emptione & venditione annuorum redituum haberi, docet Colerus, *de process. execut. part. 1. cap. 10.* Similiterque Henricus de Gandavo, *quodlibet 18. quæst. 22.* Gregor. de Arim. & Salicet. *ad Auth. ad hæc. in fine. C.* de usuris, hanc redituum emptionem nominetenus tantùm ab usurâ differre; & ideo solùm eam ob causam inventam putant ; ut rei exosæ aliud nomen constituatur.

Vnd wann schon dieser contractus nicht ex naturâ jureque mutui zu determiniren, sondern für ein rechten Güllkauff / & ita pro contractu bonæ fidei zuachten : köndte doch hierwider der Herr Güllverkäuffer das remedium *l. 2. C. de rescind. vendit.* nützlich ge- 267 brauchen / indem Er nemblich / wie in ipsa casus figuratione außgeführt / weit über das Halbtheil verunachtheilt / ja kaum den sechsten Theil dessen / was er wider geben müste / empfangen hat. Die Creditores auch / wann man jhnen allein drey oder vier Jahr den Zinß an gutem Gellt raichen solt / Ihr Hauptsummen / contra æquitatis & utriusque Juris rationes, novissimasque Imperii constitutiones, widerumb empfahen / vnd zumahl noch darzu das capital fünff oder sechsfach zubegehren / secundùm tenorem der obligationen, berechtigt weren / 2c. Welches alles gantz vnchristlich zuhören / Ja mehr denn aller Juden Wucher wäres vnd keiner / der nicht gar an dem Mammon hangt / seinen Nechsten also zuübervortheilen sich gelüsten lassen / wollen geschweigen / seiner hohen Obrigkeit ein solch vngleich Vortheilig zumuthen thun wird. Vnd bestehet die læsion, auch dieser Creditorum vortheilig gesuch vnd vnchristlicher Gewinn / nicht in incerto dubioве eventu, sonder es haben gleich in ipso tempore contractûs die Creditores gewißt / se captare lucrum certum, weil sie entweder diese Sortten nicht so hoch eingenommen / oder selbiges / was sie verkaufft / viel höher / dann es sonst werth / hingeben / vnd dieses ringe oder hochgestaigerte Gellt darauß gebracht / auch vnzweifflich zuermessen gehabt / daß dergleichen Gellt / so in keinem Ort des Römischen Reichs / für ein beständige Landswehrung gehalten / sondern allein per conniventiam & abusum, iniquitatemque, & miseriam præsentium temporum tolerirt worden / in die Harr nicht wehren könne : weil fürnemblich Reichs- vnd Landkündig gewest / daß dieses allein nicht allein in den heylsamen Satzungen des heiligen Römischen Reichs höchlich vnd bey grosser Straff verbotten / sondern zumahl von dem hochlöblichen Kayser-

Kayserlichen Cammergericht viel unterschiedliche pœnal mandata, sowol wider die Ständ / welche den Reichs-Ordnungen ungemeß müntzen / als auch die Müntzer und Müntzgenossen selbst außgegangen. Hingegen ist der Herr Debitor gleich in ipso contractûs tempore damit lædirt und höchlich vernachtheilt worden / weil dergleichen verbottene geringe Interims-Müntzen / oder gute Sortten in hochgestangertem werth / & ita hancee temporalem & provisionalem, minimèque perpetuam monetam, welche auch allein für current oder lauffende Schulden / und zu all täglichen geringen Außgaben eingeführt / Er Herr Debitor in verkauffung einer beständigen Gült oder Zinses angenommen / die er zumal nimmermehr nützlich gebrauchen / oder er als gutes Gellt anlegen können / In bedenckung / männiglich wissend ist / daß umb solch geringes Gellt / oder hochgestängerte Sortten / kein liegend Gut erkaufft / oder ein alte Schuld mit gutem
268 Nahmen bezahlt / Ja die Victualien, Wahren und alles anders / dem alten rechten Wehrt nach geschätzt und gestangert / also dieser imaginarius valor, quoad rei veritatem, niemahl in acht genommen worden. Et ita hæc valoris extrinseci auctio nemini lucrum; sed omnibus certum damnum, caritatem, aliasque difficiles molestias creat; veluti Imperii & circulorum Acta testantur, quòd semper Ordines conquesti sint, daß die Staigerung allen Obrigkeiten / Hospitalien, und armen Häusern / auch jedem privat Personen hochschädlich sey / indem die Jährliche Intraden dadurch unerträglich defraudirt sich befinden / daß auch alle Wahren durch diese Hochnachtheilige Staygerung der groben Müntz in einen unerträglichen Auffschlag und Tewrung gerahten / indem nach der
269 Müntz die Wahren gestangert werden / ꝛc. Et jure itidem communi constat: crescente nummorum valore, crescere pretia rerum, quæ nummis sunt comparandæ. *l. 2. C. de veteris numismatis potestate.*

Letztlichen / und weil in facto für gewiß præsupponiert wird / daß für diese Obligationes, lauter anjetzo verrüffte Sechsbätzner / oder doch den Ducaten zu zehen / vierzehen und funffzehen / und der Goldgulden zu zehen und eylff / der Reichsthaler aber zu achtgulden außgeben worden: doch solche Obligationes sampt-lich auff Rheinische Gulden in Müntz / und also / daß die Creditores in der Anleihung gut Gellt geben haben / gesetzet wird / thut auch dieses hierauß folgen / daß der Herr Debitor (weil das biennium noch nicht verflossen) exceptionem non numeratæ pecuniæ für-
270 schützen / und mit guten Fugen sagen kan: daß er selbiges Gellt / oder so viel und gut / als in der Obligation gesetzt / nicht empfangen: Darumben Sie Creditores, wann sie ihre Zinß und künfftigs Hauptgut ebenmäßig an gutem Gellt haben wollen / zuvor ihrer ring außgeben Gellt widerumb suppliren, und ad normam probæ monetæ der Verschreibung gemeß bringen sollen. Namque *in l. si quasi, 7. C. de non numer.*
271 *pecun.* ita expressè cautum est: *Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quæ numerata non est: per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat: vel exceptione non numeratæ pecuniæ adversus agentem uti potestis.* Ac quamdiu numeratio non intercessit: censetur cautio seu instrumentum esse sine causa penes creditorem: & ideo repeti potest, etiam condictione sine causa. *l. 1. & l. penultim. ff. de condict. sine caus. l. ultim. & passim. C. eod.* 272
Cumque (ut jam modò deductum est) mutuum non contrahatur, si res, id est, pecuniæ numeratio deficiat: & igitur, eùm vel omnino nihil, vel minus, quàm in syngraphâ continetur, ad debitorem pervenit, eâque ratione ex principali negocio, hoc est, ex mutuo & literarum obligatione, in majorem summam, quàm te ipsa numerata sit, nulla efficax obligatio constituatur; consequens est, exceptionem non numeratæ pecuniæ competere, in quantum minus, quàm in literis continetur, datum fuit. Estque hæc exceptio adeò favorabilis; ut procedat, 273
etiamsi confessio mutui recepti fieret in judicio apud Acta, *Bald. in Instit. de liter. obligat. in ultim. colum. & idem in l. sive apud acta. 28. C. de transactionib.* Eandemque exceptionem etiam procedere ajunt: quando quis diceret, se recepisse pecuniam facto, tantùm spe futuræ numerationis literis se obligasse. *Bald. in l. si ex cautione. 3. in l. colum. in fin. C. de non num. pecun.* Hincque exceptioni itidem concedunt locum: etiamsi in scriptura interveniat stipulatio. Nam licèt non nascatur ex literis obligatio, sed ex ipsa stipulatione: tamen in eâ habet locum effectus ille obligationis literarum: quia qui in tali scripturâ, mediante stipulatione, confessus est: poterit se tueri, ne cogatur ad solvendum, saltem exceptione in factum. *l. cum ultra. 9. C. de non n. pec.* aut etiam exceptione doli. *l. palam. 2. §. circa. 3. ff. de doli mali & met. except.* ex eadem æquitate, ut qui literis obligatus est, tuetur se exceptione pecuniæ non numeratæ. *§. 1. Inst. de lit. obligat.*

RESPONSIONES AD DUBITANDI RATIONES.

Und dieser unserer decision, daß nemblich die Creditores die Sortten / in so hohem werth / wie selbige von jhnen außgelegt worden / sowol bey raichung der Zinß / als Abstattung der Hauptsummen wieder annemmen müssen / sol im geringsten einigen Abbruch nicht gebehren / daß hieoben in primâ dubitandi ratione, der tenor und lauter Inhalt der Verschreibungen urgirt, und daß der Herr Güllverkäuffer sich zu guten Sortten verbunden / eingewendet worden / angesehen hierauff erstlich geantwortet werden kan / daß die Creditores sich solcher Verschreibung derentwegen nicht behelffen können / weil darumben (gestaltsame in ultimâ decidendi ratione außgeführt) notoriè und der bekandtliche Ungrund begriffen / daß benandtlich der Herr Güllverkäuffer oder Debitor jetzstrittige Summen an guten Sortten und Rheinische Müntz empfangen / welches Widerspiel sie Creditores, præ- 274 275

sertim

sertim in tam recenti facto, nicht werden verneinen oder in Abred sein können/ derowegen solch jhrer obligationen sich vielmehr zubeschämen/ dann zubehelffen haben. Darauß dañ ferner erfolgt/ daß wañ schon der Debitor seines theils gute Sortten an statt der geringen zugesagt/ solcher Contractus doch/ utpote usurarius & simulatus, ipso jure nichtig vnd von Vnwürden/ die Creditores auch diesen jhren Contract, damit der Herr Debitor so weit vberführt oder vernachtheilt/ salva conscientia & honestate nicht urgiren oder bestreitten können. Et nec tantum, quid

276 promissum fuit, attendi debet; sed & quid justè & secundum æquitatem exigi possit: sicque invalidus est contractus, sapiens usuratiam pravitatem: adeò, ut nec juramento roborari validè satis possit. *c. tuas dudum. 13. extr. de usur. Mascard. de probat. volum. 1.*

277 *concl. 447. n. 33. & seqq.* Usurarius namque faciens contractus usurarios, contemnit Deum audacius: naturam expressius: scripturas deterius: & jura diutius, ut Alex. de Imol. *in cons. 49. v. 4.* scribit. Propterea etiam Constitutiones Imperii de usurariis contractibus, in Comitiis Augustanis, *Anno M. D. & postea, anno M. D. XXX. ac Anno M. D. XLVIII.* promulgatæ, contractus usurarios reprobant; adeoque supremis, mediis, & infimis judicibus serio mandant: ne super ejusmodi contractibus judicent,

278 neque executionem faciant. Quin & contractus usurarius, sententiâ firmari non potest: & sententia ista non transit in rem judicatam. *Ant. de Butr. cons. 28. ubi add. Caballini. verb. judicatam.* Et certè nostri casus contractus omninò pro simulatis & usurariis sunt habendi: quia aliud actum, aliud conceptum sive rescriptum fuit. Debitor enim recepit pravam, vel iniquissimè æstimatam monetam: hoc verò omissum non solùm, sed & aliud scriptum fuit; non item valet pactum, quod contra justitiam con-

279 tractûs factum apparet. Unde si pecunia deterior Debitori per Creditorem mutuò sit data, ut melior restituatur: non erit hujusmodi pactum admittendum: sed, uti usuram sapiens, veniet reprobandum: *prout in specie tradunt Hostiens. in summa, de usur. in fin. & Rodolph. de usur. q. 45. & 46.* Ideoque pactum illud de reddendâ probâ monetâ loco ærosæ, aut improbè æstimatæ, pro nullo haberi debet: cùm (ut suprà in Decidendi rationibus deductum fuit) mutui naturæ repugnet: & idcircò pro usurario debeat haberi; quia ejus vigore multò plus acciperent cre-

280 ditores, quàm ipsi numeraverant. Pacta verò illicita, & contra naturam contractûs, reddunt contractum usuratium & suspectum, *Cavalcanus decis. 32. part. 2.*

Belangend die ander Dubitandi rationem, ob wol ein Fürst/ oder andere hohen Standspersonen billich jhr versprechen in gute Obacht nemmen/ vnd besser dann die/ so gemeines Stands/ halten sollen: Jedoch ist hingegen auch ebenmässig vnd in allweg billich/ daß jhnen die Vnterthanen kein derogierlichen vnbillichen Contract zumuten/ vnd da solches contra utilitatem publicam, in fraudem & detrimentum fisci, & ærarii principalis beschehen/ vnd ein Fürst oder Obrigkeit zu einem solch schädlichen Contract, besonders von seinen Vnderthanen hinderführt worden/ daß solcher rescindirt vnd vernichtet werde: idque sine labe, & absque principalis reputationis detrimento, omninò fieri potest: cùm ejusmodi personæ propter negotiorum multitudinem, variasque variorum suggestiones, faciliùs decipi, & ad contractum aliquem sibi damnosum persuaderi possint. Hancque eandem ob causam plurima in jure nostro fisci privilegia prodita non solùm sunt: sed & donationes im̃odicæ à Principe factæ, tàm à successore, quàm ab eo, qui donavit, revocari possunt, *Hippol. à collib. in princ. c. 33. latè & nervosè, P. Gregor. Tholozan. de Republ. lib. 3. c. 8. à n. 1. usq. ad 12. Iohan. Parladorius lib. 7. rer. quotid. c. fin. part. 1. §. 7. n. 4. Bodin. de Rep. lib. 6. c. 6. n. 656.* Licèt aliàs donationes, à Principibus factæ, etiam absque insinuatione valere dicantur, quamvis sum̃am quingentorum florenorum excedant. Sed & princeps contra contractum, ex quo læsus est, restituitur pariter, ut minor, *arg. l. Respubl. 4. C. quib. ex caus. major. in integr. restituant. ibiq. Doctores.* 281 282 283

Ingleichem mag auch die dritte Dubitandi ratio nichts wiedriges verschaffen. Dann obwol Gulden für Gulden auffgenommen worden/ vnd fürgewende werden möchte; Daß der Herr Gülltverkäuffer solche wiederumb nützlich vnwordē/ oder dergestalt außgeben sollen vnd köñen: deßhalben an Zinß vnd Hauptgut/ non obstante monetæ mutatione, hinwiederumb Gulden für Gulden erstatten solle: So ist doch hierauff mit Bestand zu respondiren, daß er Herr Gülltverkäuffer oder Debitor, nicht gute Gulden/ sonder böse widerrechtliche/ niemaln in dem heiligen Römischen Reich approbirte, auch in keinem Ort desselbigen/ für ein beständige Lands: oder Stattwehrung angenom̃ene Müntzen empfangen. Derowegen aller dieser Doctorum (quorum aliquot noviter refert ac sequitur Franciscus de Crucifissi *in allegationib. super variatione valoris monetar. pag. 9. & 10.*) traditio, qui contra communiorem sententiam, non tempus contractûs, sed solutionis inspiciendum censent, quique putant, debere cogi debitorem tot solvere florenos, quot accepit, idque in monetâ tempore solutionis currente, Nicht auff vnsern gegenwertigen/ sondern von einem solchen Fall zuverstehen/ da einem zur Zeit der Anlehung ein benandte Summa Gulden/ an damahlen guter gencmer/ vnd für ein beständige Wehrung gehaltner Müntzen eingehendigt wird/ solche aber lento temporis gressu vnd fast ohnvermerckt sich endern/ also zur Zeit der Ablösung besser vnd böser befunden wird. De quâ re plura Auctor in prædicto consilio sive quæst. 2. D. Hilleri responso annexâ. 284

Hingegen aber ist diese Meynung/ quòd semper & indifferenter tempus contractûs, eaque moneta, quæ tunc fuit, vel alia in parili bonitate debeat reddi, naturali æquitati, contractusq; mutui naturæ vielmehr ähnlich/ wie ex Decidendi rationib⁹ zusehen. Etenim 285

stante

ſtante illâ, non plus vel minus recipit creditor; nec aliud, quàm accepit, debitor reddit; weil ſonderlich das Wort (Gulden) nicht pro certo aliquo nummo, ſondern potiùs pro menſurâ nummorum zuhalten. Et ita huc pertinet, quod vir acutiſſimi judicii, gnariſſimusque naturalis & Chriſtianæ æquitatis, Ludovic. Molina *in tract. de juſt. & jur. tom. 2. diſp. 312. n. 7.* his formalibus verbis ſcribit: *ſi ex mutuo, aut ex quocunque alio contractu vel titulo debitus ſit modius tritici, & poſtea menſura varientur, ſive quoad incrementum, ſive quoad detrimentum, ſolvendus eſt modius tritici illius quantitatis, cujus erat, antequam menſura acciperet variationem. Quoniam nec major, nec minor quantitas, quàm quæ ante eam variationem debebatur, ſolvi debet.* Ita pariter magis monetæ quantitas & qualitas, quæ florenum facit, quàm ipſe floren⁹, tanquam menſura, qua quaſi pecunia menſuratur, inſpici debet. Vnd weil nun vielmahl erwehnter maſſen der Herr Debitor kein gut Gellt oder ein beſtändige Landswehrung empfangen: alſo hat er ſolches auch in keinen Weg nützlich außgeben oder wol anlegẽ können/ wie die kündtliche Erfahrung bezeuget/ vnd berait oben erwehnt. Auch haben inſonderheit die einhälbige Sechsbätzner an ſo groſſen Summen nirgend ohne euſſerſten Schaden vndergebracht werden mögen. Zu dem wann gleich der Gläubiger darthun köndte/ daß ſein Schuldner mit den entlehneten geringhaltigen oder geſtaigertem Gelt/ ſo viel oder mehr Nutz geſchafft hätte/ als er mit der abgeſetzten vnd zur Zeit der wie-
286 derbezahlung gangbarer Müntz thun köndte: Seynd doch angeregte vnd andere dergleichẽ conſiderationes extra formam & naturam mutui contractûs, ſo ohne das ſtricti juris iſt/ gehen denſelben auch nicht an: vnd iſt in mutuo diß allein zubetrachten/ was vnd wieviel außgegeben/ fürgeſtreckt vnd gelihen worden/ auch iſt daſſelbige allein/ vnd weder mehr noch weniger/ beſſer noch ärger/ zubezahlen vnd zuerſtatten. Vnd wann angezogne Vmbſtänd in mutuo in Acht zunemmen/ der Richter ſich auch darnach zu reguliren ſchuldig ſeyn ſolte/ würde darauß folgen/ daß man nicht anzuſehen/ was gelihen worden (daß doch die recht außtrucklich wollen) Sondern was der Schuldner mit dem Entlehneten außgericht habe oder nicht: darauß aber diß abſurdum folgen würde/ daß man dem Gläubiger für ſein außgelihen Gelt nichts zugeben ſchuldig ſein ſolte/ wann der Schuldner mit dem empfangnen Gelt
287 kein Nutzen geſchafft hätte. Intellectus autem vel interpretatio ea, quæ non eſt apta rei, & abſurda ſecum adfert, admitti non debet. *Simon de prat. de interpret. ult. vol. lib. 2. ſolut. 1. Auctor d. conſilii ſive quæſtionis ſecunda*, D. *Hilleri conſilio adjecta.*

Aus jetz deducirten fallet auch die vierte ratio zu boden/ bey welcher fürgegeben worden/ daß die ex parte des Herrn Debitoris prætendirte læſion ex incerto eventu dependire, vnd das Müntzweſen wol noch mehr verwirrt vnd ärger werden könnten: Angeſehen/ hierauff gründlich zu antworten iſt/ daß männiglich gewünſchet/ vnd kein Vernünfftiger anderſt erachten oder ſchlieſſen könen/ dann das diß verwirrete Müntzweſen in die Harre nicht beſtehen/ ſondern geändert/ oder alle commercia zerrüttet/ vnd conſequenter ipſa humana ſocietas zergehen/ deplorabiliſque Reip. everſio erfolgen müſte.

So beſtehet nicht weniger des Herrn Debitoris Vernachtheilung/ ipſiſſimaque contractûs tempore apparens læſio darinnen: weil er nicht nur böſe/ ſondern allein temporalem & per conniventiam tantum tolerirte, vnd nirgend perpetuirte, alſo in effectu faſt
kein Müntz oder Gellt empfangen; cum nempe mo- 288
neta definiatur ea, quæ perpetuam habet æſtimationem *l. 1. in princ. ubi omninò videndus eſt Gothofredus. ff. de contrah. empt. l. 3. ff. de in lit. jur. & conſimilib.* Et
denique, quamvis quidam velint: futurum tempus 289
non conſiderandum eſſe in læſione, propter dubium eventum: tamen Erneſtus Cothmanus *conſ. 53. n. 93.* contrarium aſſerit rectè: quia læſio, in re præſenti faciliùs evitari poteſt, propter ſcientiam. Ubi autem læſio pendet ex futuro: tunc faciliùs decipimur, hiſque incogitanter magis renunciamus.

So irret auch letztlich nicht/ daß der Herr Debitor 290
dieſen jhme anwachſenden groſſen Schaden gewiſt oder wiſſen ſollen. Namque in pari conditione fuerunt ipſi Creditores: & tunc potior & favorabilior eſt cauſa ejus, qui certat de damno vitando. So iſt auch ſolch der Creditorum Geſuch uſuræ crimine & iniquitate inficirt: ideoque ipſo jure nullum. Talis namque creditor plus petere, imò in caſtra fœneratorum improborum concedere videtur. Et in terminis noſtræ quæſtionis ita argumentantur Henning. Gœden, *in conſil. de cenſib. num. 5.* & Ant. Teſſ. *deciſ. pedemont.* 174. *num.* 2. quem ſequitur Alemau. *ſuprà d. conſult.* 8. *quæſt. princ. ſecund. in* 6. & 9. *Decid. ra-*
tion. pag. 607. & *ſeq.* 611. & 614 Etenim quocunque 291
tempore mutuum celebratum eſt: id quod datum, in eadem quantitate, qualitate & bonitate, & neque plus, neque minus, quam reverà datum fuit, reſtitui debet, etiamſi expreſsè fuerit conventum, ut plus eſſet in obligatione: *quod ſuprà aliquoties tactum fuit.* Et alia etiam ratio eſt in eo, qui vinum mutuò dat eâ conditione; ut recipiat, quod collectum fuerit proximè futuro autumno; etiamſi optimum, vel admodum generoſum foret. Id enim procedit, ſi mutuans dedit bonum vinum, non aquâ dilutum, vel aliter corruptum: & quod ſaltem (ut vulgò loqui ſolem⁹) Kauffmans Gut iſt. Hic verò domin⁹ debitor monetam accepit ære infectam, & legibus Imperii, improbatam æſtimationem.

Secunda quæſtio.

Die ander Frag decidirt ſich ex reſolutione der Er- 292
ſten für ſich ſelbſten/ vnd haben wir allein bey ſelbiger zuerwehnẽ/ daß der Herr Debitor diß ſein befugt Vorhaben/ nemblich die zuviel hochempfangne Sorten ad juſtam normam in Rheiniſche Müntz zu redigiren, den Creditoribus fürderlich vnd mit Vmbſtänden in Schrifften/ oder Mündlich eröffnen laſſen/

vnd

vnd sich ohneingestelt/ auch solenniter protestiren sol-
le: daß Er sich weiter oder ferners nicht verbunden zu
seyn erachte / zumahl sich mit raichung der Zinnß vnd
Ablösung der Hauptsummen solcher proportion nach
293 reguliren wolle. Welche protestatio sive jam in præ-
sentia Creditorum sive coràm Notario & testibus
facta, à creditoribus postea insinuata, Dn. Debito-
rem satis securum reddere videtur. Gestaltsame dann
auch in casu exceptionis non numeratæ pecuniæ zu-
geschehen pflegt/ *per text. in l. si intra. 8. vers. sin autem
questus. cum vers. seq. & ibi gloss. ac Dd. in verbo,
Querimoniam. C. de non num. pec. Et in eod. tit. in l.
in contractibus. 14. §. in omni. 4.* Imp. Justinianus
inter cætera ait: cui competit querela vel exceptio
non numeratæ pecuniæ, ei licere denunciationibus
scripto missis querelam non numeratæ pecuniæ
manifestare ei, qui numerasse eam, vel alias res de-
disse in instrumento scriptus est: eoque modo istud
remedium vel exceptionem ex temporali perpe-
tuam reddi.

Tertia quæstio.

294 Belangend die dritte Frag/ allda gezweifelt wird:
ob die jenige Creditores, so Barreuter/ Amberger/ o-
der andere ringhältige Sechsbätzner hergeliehen/ wel-
che der Reichsordnung ganz zu wider gemünzt/ deß-
halben auch löblich vnd billich der Orten allerdings
verbotten vnd verrüfft worden/ anietzo solch nichtsgel-
tende Münz wieder annemmen/ oder ihrer Forde-
rung ganz verlustige seyen: Könten wir vnsers theils
ex æquitatis & juris rationibus, So bey der Ersten
quæstion passim angedeutet worden / anderst nicht
schliessen / dann daß sie Creditores mit gutem Gelt/
doch habito respectu extrinsecæ bonitatis, illius jam
reprobatæ monetæ, zu contentiren, vnd nämblich
zum Exempel/ wann zur Zeit der Anlehung für einen
Reichsthaler acht Gulden/ solcher geringen Sechs-
bätzner communiter eingewechßlet: man jhnen anie-
tzo allwegen acht Gulden mit einem einigen Reichs-
thaler abzulegen verbunden/ Sie auch nicht oder wei-
ter nicht zubegehren berechtiget seyen.

Vnd hat sich dieser decision kein Theil von Billig-
keit wegen zubeschweren/ angesehen / die Creditores
das Gelt so gut es zur Zeit der Anlehung gewest/
wieder empfangen / der Debitor aber eben diß / vnd so
viel er selbiges Nutzen köntten oder sollen / wieder er-
295 stattet. Quamvis enim, quando antiqua moneta est
in totum reprobata, ob illius deteriorationem qui-
dam velint, debitorem omninò liberatum esse ab
obligatione, quasi per interitum speciei, *per l. quod
te. 5. ff. de reb. cred. si cert. pet. & in l. minorum. 3. C.
in quib. caus. in integr. restitutio neces. non est. Lau-
dens. in tractat. de monet. num. 14. Imol. in c. quanto.
numer. 1. ext. de jurejur. Petr. de Bellapertica. in d. l. in
minorum. 3. C. in quib. caus. in restit. necessar. non est:*
Jedoch ist der Billigkheit vnd gemeinem Schluß der
Rechtsgelehrten mehr ähnlich: ut debitor loco re-
probatæ solvere debeat vel novam, ad æstimationem
illius antiquæ: cùm sufficiat, idem restituere in ge-
nere, & in eadem bonitate: *Bart. in d. l. Paulus.
quem secuti sunt Andr. de Isern. in tit. quæ sint reg. in
verb. moneta. Hostiens. Ioann. Andr. Abb. & Ant. de
Butr. in d. cap. quanto. de jurejur. Alberic. de statut.
quæst. 103. p. 1. Petr. de Anchor. in clem. si benefi iorum.
de decim. Anton. Gamma, decis. Lusitan 374. Papiens.
in form. libell. action. Hypothecaria, super verb. rela-
xandum. num. 3. Ias. in l. in emphyteuticariis. 2. C. de
jure Emphyt. numer. 91. vers. si verè illius cursus sit re-
probatus. Dominic. Cardinal. Tuschus tom. 5. Pract.
conclus. lit. M. concl. 349. num. 50. 51. & seqq. Nicol.
Boër. decis. 327. incip. hæc quæstio sæpè evenit. num. 12.
Anton. Gabr. in com. concl. tit. de solut. concl. 1. num. 4.
Ioan. Bologn. in l. cùm quid. 3. ff. de reb. cred. si cert.
pet. num. 17. Bald. in l. indubitati. 16. C. de non num.
pec. numer. 6. sub fin. vers. aut est mutata propter uti-
litatem aliquam. Tiraq. de retraict. lignag. §. 1. gloss. 18.
verb. lesuris que la chose. numer. 29. & de retract. con-
vent. §. 4. gloss. 2. num. 2. sub fin.*

Quæstio quarta.

Weil bey der ersten Frag zur genüge außgeführt 296
worden/ daß der Herr Debitor wegen des Hauptguts/
höher vnd weiter nicht/ dann wie Er selbiges empfan-
gen/ obligirt; auch solches mit Reichsthalern zu
Acht/ wie nicht weniger die Ducaten vnd Goldgul-
den in dem gestaigerten Werth/ wie er selbige einge-
nommen/ wiederumb abzulegen befügt seye: Als fol-
get hierauß für sich selbst / daß er Herr Debitor die
Zinnß / non obstante devalvatione, anderer gestallt
nicht/ dann in solch hohem Werth zu raichen gezwun-
gen werden könne. Usura enim & annuus etiam re- 297
ditus nihil aliud sunt, quàm accessio ad sortem sive
quantitatem principalem, *per leges & authoritates,
quas adducit Borcholt. in tr. de usur. cap. 1. numer. 24.
& cap. 2. numer. 6. Pet. Frid. Mindan. consult. Saxon.
lib. 1. quæst. 8. num. 49.* Atqui indubitatum est: ac- 298
cessorium sequi naturam sui principalis, *c. accessoriũ.
42. de R. I. in 6. & ibid. Dyn.* Idemque juris est in
accessorio, quod habet principale. *l. & per jusjuran-
dum. 13. § si fidejuss. rs. 7. ff. de acceptil.* etiam si acces-
sorium sit dignius, quàm principale. *Rom. cons. 330.
num. 13. in fin & ibid. apostill in verb. digna.* Accedit, 299
quòd à primordio tituli, h. e. contractûs, posterior
debeat formari eventus: & qualia sunt principia, ta-
lia censeantur principiata, & è contrà. *Fernand Vasq.
lib. 1. contr. illustr. cap. 47. numer 10. Auctor consilii si-
ve quæstionis tertia, D. Wolfgangi Hilleri responso sub-
jecta: ubi hanc quæstionum pluribus prosequitur.*

Quæstio quinta.

Diese Frag thut nicht weniger ex resolutione der 300
ersten dependiren / indeme daselbst angezeigt worden/
daß die Clausula, deren in dieser fünfften Frag ge-
dacht/

dacht/ dem Herꝛn Debitori nicht zuwider seye/ Angesehen / diese Clausula ein wucherlichen Gewin den Creditoribus, da sie nach dero intention verstanden/ schaffte/ derowegen ipso jure pro nullâ zuhalten ist.

Quæstio sexta & ultima.

301 Obwoln bey dieser Frag/ wann der Herꝛ Debitor nach jetz beschehener devalvation der Müntzen / gute Sortten/ vnd dieselbige in ringem Werth geben/ auch damit die Zinß abrichten müste/ sich allerhand Zweifel erangen/ vnd geschlossen werden möchte: daß auch selbige Zinß/ So ante devalvationem verfallen/ vnd nicht abgefordert worden / an guten Sortten erstattet
302 werden müssen: quippe cùm *per l. creditor 102. ff. de solut.* mora creditoris in non accipiendo pecuniam, si interim moneta deprecietur, creditori non exigenti nocere haud videatur: præsertim, si depositio & obsignatio non intervenerit ex parte debitoris: Weil jedoch nullo habito respectu devalvationis sive depreciationis monetæ, die Sortten in eâ bonitate & æstimatione, wie sie außgeliehen / wiederumb angenommen vnd verzinset werden sollen/ gestaltsame in primâ quæstione zu verhoffter Genüge demonstrirt worden: als wird hierdurch auch diß Orts sämptlich aller Zweifel benommen / vnd bleibt es beschlüßlich nochmaln darbey / daß die Creditores gleichwohl jhr Hauptgüter vnd Zinß an guten gangbaren Sortten / doch in so hohem Werth / wie sie es außgeliehen / wie ingleichem die anjetzo verbottene Sechßbätzner/ in eadem proportione an gäbigen Stücken / als ein Reichsthaler für acht oder zehen Gulden/ wie sie damahlen gegen einander außgewechßlet worden/ zuempfahen / vnd absque nota usurariæ pravitatis, weiter nicht zubegehren berechtiget seyen.

Quemadmodum suprà scriptum & decisum est: ita Nos Decanus & Doctores Facultatis Iuridicæ, in inclytâ Academiâ Tubingensi, secundùm ea, quæ nobis in præmissâ facti specie proposita fuere (solâ veritate & justitiâ præ oculis habitâ) unanimiter sentimus, consulimus & Iuris esse respondemus: salvo tamen semper cujusq; rectiùs meliùsq; sentientis judicio. In quorum omnium fidem consuetum Facultatis nostræ sigillum huic Responso appendi curavimus. Actum in Consilio nostro, duodecimo die Iunii, Anno salutis humanæ, supra millesimum, sexcentesimum, vigesimo tertio.

Tertium Consilium à Magnifico Collegio Facultatis Juridicæ Tubing. super re nummaria conscriptum, mense Junio, Anno 1623.

Casus seu facti species.

303 Es hat Julius Titius, zu Sultzbach wohnend / den 1. Novemb. Anno 1617. Mævio, Bürgern vnd Handelsman in Nürnberg 13000. Gülden an lauter Goldgülden/ das Stuck zu 2. Gulden/ vmb Verzinsung 1. vom 100. auf 4. Jahr lang in Nürnberg vorgeliehen/ wie allda hierüber ein ordentliche Verschreibung ist auffgericht / vnd die wieder Erstattung in Nürnberg guter Marcks Wehrung versprochē worden/ ehe aber des letzten Jahrs Termin/ der 1. Novem. Anno 1621. herbey kommen / vnd Immittelst gedachter Mævius gestorben ist / haben dessen hinderlassene Erben durch jhren Handels-diener den Darlehner ersucht / jhnen berührtes capital verschriebner gestalt noch auff ein Jahrlang / vnd also biß auff den 1. Decemb. Anno 1622. in handen zulassen / solches auch erhalten. Nach dem aber den 20. Decemb. bemeltes 1621. Jahrs zu Nürnberg die grobe Gellt-Sortten auf gewissen valor seyn gesetzt/ ein Decret derentwegē promulgirt, vnd darinn verordnet worden / daß auff folgenden terminum Trinitatis, als den 16. Junii, Anno 1622. kein Burger oder Inwohner allda die Bezahlung anderst/ als in dem bestimbten Werth/ in specie den Thaler auff 3. Gulden 15. Kreutzer geben vnd annemmen / Insonderheit aber kein Debitor befugt seyn solle/ vor angesetztem termino Trinitatis jemand sein Gelt gefährlich vnd in fraudem creditoris auffzukünden/ damit der Gläubiger/ so gut Gelt hergeliehen / vber vorigen Schaden nicht mehrers zuentgelten habe / wie die Beylag N. 1. mit mehrem außweist. Hat hierauff der Mævische Diener/ aus Befehl seiner Herꝛn/ den 9. Februarii, Anno 1622. sich nacher Sultzbach erhebt/ dem Darlehner angezeigt wie seine Herꝛn die Handlung zuverkauffen/ vnd alle Schulden abzuzahlen in Vorhabens seyen / derowegen von jhme zuwissen begehrn/ ob er sein capital vnd Zinß lieber an 6. Pätzner oder Reichsthalern / das Stuck zu acht Gulden annehmen wolle. Wie nun darauff kein Erklärung erfolgt ist / hat besagter Diener andern Tags grosse Freundschafft simulirt, vñ seine Reden so scheinbarlich formirt vñ wiederholt/ beneben aber obberührten Decrets vnd desselben publication mit keinem einigen Wort gedacht/ sondern daß selbige verschwiegē/ also daß sich der Darlehner einiges Nachtheils nicht versehen / mehr auff die Zahl des Güldens/ als was derselbe ist/ gesehen/ den Thaler für acht Gulden angenommen/ für 13000. Gulden guter Marckswehrung 1625. Reichsthaler zu Nürnberg erhebt/ hingegen die Verschreibung vonhanden geben/ vnd über diß/ wie jhme alda vorgeschriebē worden/ nach außweiß der Beylag N. 2. den 21. Februar. quittirt/ hernach aber den 2. April, erst obberührtes Decret, vnd darauß so viel in Erfahrung gebracht hat/ daß nach dem Termino Trinitatis ein ander Zahlung/ nach Inhalt bemeltes Decrets zu Nürnberg hätte müssen geleist werden / als hat der Darlehner darfür gehalten/ wie er dergestalt gantz gefährlich hindergangen worden sey/ derowegen gleich den 3. April. darauff an die Mævische Erben geschrieben/ sich hierüber zum höchsten beschwehrt / jhnen das noch vneröffnete Gelt wieder angebotten / mit begehrn / die Bezahlung nach dem ersten Novemb.

Anno 1622. zurichten/ Es hat aber jhnen weder eins/ noch das ander gelegen seyn wollen / vnd bitten sich hierüber zu Recht.

304 Wann nun besagte Summ von 13000. Gulden/ tempore contractûs, ratione bonitatis intrinsecæ, in die 8666. Reichsthaler/ nach der leichten lauff aber/ den Thaler zu 8. Gulden 69328. Gulden gemacht haben/ davon allein 1625. Reichsthaler oder 13000. Gulden wider seyn geliefferi worden: Als befindet sich der Abgang an 7041. Reichsthaler / vnd an schlechten Gulden 56328. Gulden r. welches bey dem Darleyher/ anderst nicht/ als pro enormissimâ læsione, wo nicht zugleich pro doli specie manifestâ gehalten wird/ Vnd zwar vmb so vielmehr/ dieweiln anjetzo außbricht/ daß die Mævischen den Goldgülden höher nicht/ als zu 2. Gulden im Nahmen des Darleyhers per tertiam personam, so solches Gelt erlegt/ empfangen/ vnd doch jederzeit vorgeben haben / wie das Stuck per 2. Gulden 4. Kreutzer geliefferi worden sey/ darauß nun auch ein vnwarhafftes arg: vnd hinderlistiges Wesen vber die 833. Gulden erscheinen will.

Diesem nach wird im Rechten gefragt: Erstlich/ ob in gegenwertigem Fall extensio Remedii l.2. Cod. de rescindend. vendit. nicht statt finden möge?

Zum andern/ wo damit nicht hinauß zulangen seyn würde/ ob der Darleyher sich mehr gedachtes Decreti, ratione loci, in quo debitum contractum est, gleich sowohl als ein Burger oder Inwohner zu Nürnberg/ von Zeit seiner Wissenschafft/ behelffen/ die Mævische Erben calliditatis beschuldigen/ vnd so kein ander remedium hierauß erscheinen solte/ actione de dolo wieder zu seinem Capital gelangen/ oder zum wenigsten mit Vrtheil vnd Recht so viel erhalten möge/ als er empfangen hätt/ wann mehr berührte Summa von 13000. Gulden den 1. Novemb. Anno 1622. Jhme nach Jnhalt des Decrets zu Nürnberg erlegt worden wehre?

Christo Duce, & Auspice Christo.

DEmnach wir Decanus vnd andere Doctores, zu der Juristen Facultät gemeiner hohen Schul Tübingen gehörig/ gebührend ersucht worden/ daß wir auff hievor gesetzten casum, vnd dem beygefügte zwo quæstiones oder Rechtsfragen (die doch vnsers Ermessens vnabgesondert füglich erörtert werden mögen) vnser vnparthevische Meynung entdecken/ vnd mit etwas außführung der fürnembsten decidendi & dubitandi rationum auff das Papier bringen sollen: Als haben wir/ weil es vnsers officii vnd Beruffs ist/ vns dessen in keinen weg entbrechen mögen/ darauff auch alle Vmbstände dieses facti in vnserm versambleten Collegio reifflich erwogen/ vnd befunden/ daß primâ facie dem creditori, vnd jetzigem Consulenti mächtig starck im weg zustehn/ auch alle Mittel/ dieses zwar offenbahren Schadens / vnd nicht geringer Vnbilligkeit / sich vmb etwas wiederumb zuerholen/ 305 zubenehmen scheinen thut.

RATIONES DUBITANDI.

Dann für das erste/ hat der Creditor sein außständige Schuld an so hochgesteigerten Sorten nicht allein angenommen/ sondern noch darüber den habenden Schuldbrieff hinauß gegeben/ vnd in einer der Debitorum Institori, oder Dienern zugestellter Quittung/ mit seiner Hand vnd Pittschafft bekennet/ daß er jhm gebührende Dreyzehen Tausent Gulden Hauptgut/ sampt dem Interesse/ zu seinen sichern Handen/ ohn einigen Abgang vnd Mangel paar empfangen habe/ seye auch damit allerdings wohl content, vnd zehle die Debitores auff ein gantz vollkommen vnd beständig Vnd in bester Form/ quit/ frey/ ledig vnd loß/ mit versprechen/ hinfüro vnd zu ewigen Zeiten/ derentwegen weiter nichts zuerfordern/ getrewlich vnd ohne gefährde/ rc. Welche Wort gar emphatica, vnd einer sonderbahren Würckung / beneben ohne das in Rechten versehen: quòd si solvatur id, quod debetur, vel aliud loco illius, consentiente creditore; 306 omnis tollatur obligatio, tam rei principalis, quàm fidejussoris, *Angel. post text. in princip. Inst. quib. mod. tol. obligat.* Indeque correi debendi, in solidum obligati, uno solvente, omnes liberantur. *§. ex hujusmodi. 1. Instit. de duob. reis stipulandi, &c. l. 2. & 3. §. 1. ff. de duob. reis constituend.* Estque solutio probata, 307 quando debitor instrumentum debiti penes se habet cancellatum. Debitum enim eo ipso præsumitur fuisse solutum: habetque debitor exinde exceptionem taciti pacti: nisi creditor possit contrarium edocere. *l. si chirographum. 24. ff de probationib. l. Labeo. 2. ff. de pact. l. pecunia. 14. & l. seq. C. de solutionib. & liberationib. c. penult. ext. ut lite pendente, &c. Andr. Gail. lib. 2. observ. 87.* Ac cùm confessio solutionis (nos vulgò Quittung vocitamus) nec præ- 308 stetur, neque debeatur, nisi omnibus persolutis, *l. dissoluta. 2. C. de condictione ex lege, &c.* idcirco postquam ea facta ac reddita fuit, intelligitur super rationibus conclusum, solutum ac transactum; ideoque est acquiescendum, *l. unic. ubi Dd. C. de errore calculi,* licet postea plus deberi comperiatur. *Wesenbec. consil. 3. num. 6. & consil. 47. num. 42.* Quòdque Quietatio data debitori, per triginta dies inducat veram solutionis probationem, textus est *in l. in contractibus. 14. § super cæteris. 1. C. de non num. pecun.* & tunc amplius exceptio non soluti debiti haud competit creditori *Lanfranc. de Orian. in sua praxi. cap. de confession. num. 22.*

Zum andern/ vnd ob schon der Creditor fürwenden möcht / daß er gleichwohl obverstandene Quittung von sich gegeben/ hab er doch an seiner Forderung nicht solches Gelt/ wie er außgeliehen / vnd jhme consequenter wieder erstattet werden sollen/ empfangen: so

so ist jedoch jhme Creditori dieses starck entgegen / daß er sein außgeliehen Gelt auff ein gewisse Anzahl Gulden gerichtet / auch darfür so viel Gulden / als er hingeliehen / wieder empfangen. Daß er aber die Sortten höher / dann man jhm selbige sonst etwan liefern müssen / angenommen: hat er solches seiner facili-
309 tati zuzumessen. Et ita id, quod semel ei placuit, amplius eidem displicere non potest: ac multa, quæ prohiberi, vel recusari potuissent, jam facta, vel acceptata valent, & rescindi non possunt: præsertim ne lites multiplicentur: rerumque ac factorum aliqua tandem certitudo esset. Dannenhero auch ein hochweiser Rhat der berümbten Statt Nürnberg / in einem sonderbahren Decret, de Dato den 13. Maij, An. 12. vernünfftig geordnet / was von Interesse Geldern auffgekündt oder bezahlt worden / es darbey allerdings sein Bewandnuß haben solle / &c. Welches dann zumahl fürnehmer Rechtslehrer Meynung gemeß zu seyn scheinet. Ac in hunc sensum allegari posset decisio Antonii Fabri *in Cod. tit. de solut. defin. 25.* ubi dicit: quòd condemnatio totius debiti, salvâ imputatione soluti, non restituat obligationem augmenti monetalis pro parte, quæ in executione judi-
310 cati soluta invenitur. Et placuit communiter quoque: non tam eum valorem inspici debere, qui edicto constitutus est, quàm qui communi hominum usu & commercio frequentatur. *Faber dicto tit. definit. 11.* Parum enim est, legem esse, si ea non observetur, & in desuetudinem abeat. *l. de quibus. 32. in fin. ibiq; Dd. ff. de legib.*

RATIONES DECIDENDI.

DIssen jedoch / vnd was anders mehr dergleichen fürgewendt werden möchte / vnangesehen / seind wir einhellig der endlichen Meynung / ohne Zweiffel der Christlichen / Natür: vnd rechtlichen Billigkeit gemeß zuseyn: daß der Debitor die vermeyndlich beschehene solutionem in keinen weg für sich anziehen / oder deroselben behelffen könne / Sondern was dem Creditori von rechtswegen noch außständig / er nichts
311 destoweniger zubegehren berechtigt seye. Licèt quippe solutio naturalis & verus modus sit tollendæ obligationis. *l. penult. ff. de solut.* attamen solutio, quæ obligationem tollat, talis esse debet, ut solvatur id, quòd debetur, *initio tit. Instit. quib. mod. tollit. obligat.* & uti creditor non debet damnum habere ex mutuo: ita debitor non debet lucrum sentire ex solutione facta; sed ille id ipsum præcisè consequi, quod revera exposuit; hic, quod accepit. *l. Paulus. 99. ff. de solutionibus. l. cùm quid. 3 & ibi notat. ff. de*
312 *reb. credit.* & aliud est solvere: aliud, solutum confiteri. *gloss. & Bartol. in l. spadonem. 15. §. ratiocinatio. 7. ff. de excusati nib. tutor.*

Darumben man dann bey dieser gantzen Sach / folgende zween Puncten zuerwegen / vnd benandtlich fürs erste zu indagiren: Ob der Creditor weniger dann er davon rechtswegen zubegehren vnd zufordern gehabt / empfangen. So dann fürs ander / fahls sich befinden solte / daß der Creditor ein namhaffts weniger / dann jhm gebührt / wiederumb zuhand bekommen / also durch angenommene Bezahlung zum höchsten lædirt / vnd vernachtheilt / ob Er sive mediante beneficio *l. 2. C. de rescind. vendit.* zu dem Seinigen wieder gelangen / sive generalitatis æquissimi illius edicti, *si qua alia mihi justa causa, &c.* sich zugetrösten / oder wider die jhm vorgeschriebene / auch mit sondern clausulis gespickte Quittung restitutionem erlangen / vnd folgends was jhme gebührender massen noch außstehet / wiederumb fordern könne. Worauff dann die resolution der proponirten zween Fragen für sich selbsten erfolgen wird.

Belangend derowegen den ersten Puncten / kan bey 312
selbigem nicht gezweiffelt werden / dann daß der Creditor mit beschehener Bezahlung / vber die massen / vnd zum höchsten lædirt sey worden / da anderst in facto richtig / daß er diese dreyzehē Tausent Gulden an sechs Tausent fünffhundert Goldgulden / einen zu zween Gulden gerechnet außgeliehen / Darfür aber anjetzo mehr vnd weiter nicht / dann ein Tausent sechs hundert / zwantzig fünff Reichsthaler eingesteckt. Welches ein solch kundbare vnzweiffelliche vnd dergleichen læsion ist / so die Gegentheil selbst ohne fernere Außführung behertzigen / dem Glaubigern nicht in Schaden stecken lassen / diesen Vnchristlichen Gewin mit jhres Nächsten so mercklichem Nachtheil in keinen weg 314
begehren / sondern ad liberandam animam & conscientiam, selbiges vnferrig Gut selbsten & ultrò non requisiti wieder herauß geben sollen: cùm peccatum non remittatur, nisi restituatur ablatum. *can. 1. caus. 14. q. 6.* ubi in hunc sensum referuntur verba B. Augustini: si nempe restitui potest. Quia sicut aufferre alienum, peccatum est mortale: ita & detinere alienum. Hancque restitutionem requiri ante omnem pœnitentiæ partem, Juris quoque canonici Doctores scribunt. *Francisc. de Platea in tract. de restitut. in princ.* Atq; ut tenens adulteram non est pœnitentiæ 315
capax, sed irrisor: ita & detinens alienum voluntate simul & facto. *Summa Astensis lib. 5. t. 19.* dicens, quòd restitutio est de necessitate salutis: quia est actus justitiæ commutativæ, ad quam observandam omnes sunt obstricti.

Vnd diese des creditoris læsion, auch der debitorum vnrechtmäßigen Vortheil noch mehrers außzuführen / wird erstlich von allen Rechtslehrern nunmehr für vnstrittig gehalten: Daß kein Schuldner seinem Glaubiger / der jhme mit guter gangbarer / vnd zumahl in dem Reich paßirlicher Müntz zu seinem Nutzen vnd frommen gedienet / oder hiebevor außgeholffen / mit dieser Zeit im Schwang gehender vberstaygerter Müntz bezahlen könne / angesehen / in mutuo pro formâ & requisito necessario gehalten 316
wird; ut nummi crediti in eâdem bonitate, quâ dati sunt, restituantur, *l. cùm quid. 3 ff. de reb. credit. si cert. pet. princip. tit. Instit. quib. mod. re contrah. obligatio.* Et etiam proprietas mutui est, ut iden: & tantun-

tantundem reddendum sit, quantum datum fuit. *l. mutuum damus. 2. in princ. & d. l. cùm quid. 3. in fin. ff. de reb. credit, &c.*

Nun hat der Creditor diß Orths die Goldgülden in gar leidenlichem Werth außgelihen / es haben auch die Debitores ohn allen Zweiffel jhnen selbsten ein mercklichen Nutzen damit geschafft/oder schaffen können / hingegen aber hat der Creditor die Reichsthalern in so hochgestaigertem Werth eingenommen / daß er solche nirgend widerumb vnterbringen / oder nützlich anlegen können / in Ansehen / solche Stangerung wieder alle Reichs Abschied/auch in keinem Ort perpetuâ lege approbirt, sondern allein per tolerantiam & conniventiam eine Zeitlang geduldet worden. Zumahl niemand anderst darfür gehalten / oder erachten können / dann daß solche Vnordnung in die Harr nicht wehren/sondern ehest ein merckliche deval-
317 vation vorgenommen werden müsse. Derohalben dann ferner dise gestangerte Sorten in keinen Weg für die Versprochne/ vnd dem creditori à debitore verschribne gute Nürnbergische Marckswehrung zu achten: cùm quippe pecunia perpetuam debeat habere æstimationem: & ea, quæ ad tempus tantummodo recepta vel approbata est, für ein Land: oder Statwehrung mit nichten gehalten werden mag.
318 Tolerantia enim ex prohibitis non facit licita: ac proinde in judicium deducta, non sustinetur. *Cravett. consil.* 86. *numer.* 7. Insuper tolerantia talis ad contractus præteritos, quique temporis successivum tractum habent, porrigi haud debet: sed solùm, necessitate ita urgente, ad momentaneos (ut ita dicamus) contractus, qui indies celebrantur, continuòque perficiuntur, spectat. Et quòd item tolerantiæ non plus, quàm legi tribuere debeamus; hæcque præterita neutiquam includat, evincunt tradita Gailii *lib.* 2 *observ.* 9. *subn.* 3 & Ant. Fabri *in tract. de var. num. debiter. solut. c.* 4. *post medium.* Helst derowegen in hoc casu: multa per patientiam tolerantur;
319 quæ si deducta fuerint in judicium, exigente Justitiâ, non debent tolerari. *c. cùm jam dudum.* 18. *ext deprehendu.*

Jugleichem ist vnzweifflichen Rechtens: daß die Bezahlung an solcher Müntz vollzogen werden solle / dabey der Glaubiger keinen Schaden zugewarten/besonders so hingegen der Debitor oder Schuldner einē grossen augenscheinlichen Gewin haben thäte. *d. l. Paulus.* 99. *ubi Dd. communiter. ff. de solutionibus.* Nun ist offenbahr / daß bey grossen Handthierungen (wie zweiffels frey sie Debitores habē) diese Müntzstangerung nicht in acht genommen/sondern alles dem Thaler / vnd dessen alten Werth nachgerechnet / vnd
320 verkauffet wird. Crescente etenim nummorum valore, statim rerum pretia crescunt. Derowegen vnd weil die Debitores, oder jhr Vorfahr / vmb die entlehnete Siebendhalb Tausent Goldgülden / so viel Wahren erkaufft/welche sie (den Thaler per 8. Gulden gerechnet) aniezo nicht vmb Sechtzig Tausent Gulden wiederumb hingeben würden: Als ist ohn fernere mühsame Außführung billich vnd offenbarlich recht: daß bey einem solch mercklichen Nutzen/sie den Creditorem gar nicht mit dreyzehen Tausent schlechten Gülden abfertigen sollen oder können. Et- 321
enim nemini officium seu beneficium suum damnosum debet esse. *l. sed si quis.* 7. *ff. testamenta quemadm. aperiant.* & nemo ab altero petere debet, ut cum suo detrimento sibi faciat benignè: sed potiùs qui beneficio mutui est affectus, ad remunerandum, non ad onerandum, naturaliter est obligatus. *l. sed etsi.* 25. *§. consuluit.* 11. *ff. de petit. heredit.* Donell. *ad d. l.* 3. *num* 5. *ff. de reb. credit. &c.* Et quid, quæso, tam hominem 322
decet, quàm pro beneficiis gratiam habere, & referre studere? præsertim cum natura ipsa nos ad gratitudinem invitet: & bestiæ suo exemplo eandem nobis commendent? Ac porrò etiam jure civili hi, 323
qui de damno vitando certant, favorabiliores sunt illis, qui solùm de lucro captando contendunt. *l. nemo prædo.* 126. *in fine ff. de reg. jur. Cothman. vol.* 2. *resp.* 78. *num.* 36. *& vol.* 3. *consil.* 95. *num.* 29. *Pantschman. quæstion. pract. part.* 2. *quæst.* 21. *num.* 158. Naturâ 324
namque æquum est: neminem cum alterius detrimento & injuriâ fieri locupletiorem. *c. non debet.* 22. *&c. locupletari.* 48. *de reg. jur. in* 6. *Cothman. d. vol.* 2. *consil.* 21. *numer.* 191. *& duob. seqq. Hartman. Pistor. lib.* 2. *quæst.* 41. *num.* 8. Et detrahere aliquid alteri; & hominem hominis incommodo suum augere lucrum, magis contra naturam esse censetur, quàm mors, quàm paupertas, quàm dolor, &c. *auctore Cicerone.*

So ist fürs ander/noch mehr ad speciem præsentis casus zukommen/ gantz vnbillichen vnd fast von niemand widersprochnen Rechtens: quòd, si monetæ 325
probæ extrinsecus sive impositius valor, vel non auctoritate publicâ, vel ob minutioris monetæ intrinsecæ bonitatis deteriorationem fuerit auctus: tunc ea solvenda sit in illa æstimatione, quæ fuit tempore contractûs. Quod bene docet Albertus Brunus *de augment & diminut. monet. part.* 6. ubi sic scribit: *Equidem illam monetam, quæ in bonitate intrinsecâ mutata fuit, quod attinet: certum est, quòd eâ non rectè fiat solutio: cùm non liceat de deteriore monetâ in bonitate intrinseca solvere. Sed majus dubium est: an debitor possit solvere de antiqua moneta currente tempore contractûs, quæ nunc autem plus valet computatione instituta ad valorem, qui nunc currit? Nego: sed inspiciendum est tempus contractûs: idque ideò; quia valor antiquæ monetæ non mutatæ in bonitate intrinseca auctus fuit propter deteriorationem minoris monetæ magis æreæ, seu magis ære contaminatæ: cùm deterioratio minoris pecuniæ sit causa augendi valorem extrinsecum majoris pecuniæ, vel melioris. Et sic per consequens subest mutatio in bonitate intrinseca: quo casu attenditur tempus contractûs.* Hactenus Albertus Brunus: qui etiam subjicit; se ita consuluisse & obtinuisse. Idem quoque evincit Renet. Budel. *de re monet. lib.* 2. *cap.* 2. *numer.* 27. Ac si minuta moneta, tempore solutionis æquè bona in ligâ seu

ratione

ratione intrinseci valoris non est, ut antiqua, ad quam taxatio facta est, aut grossæ valor extrinsecus ob hujus minoris depravationem crevit: tunc & dissentientes in hoc conveniunt; quòd æstimatio illa taxata sit solvenda, vel in monetis currentibus tempore contractûs, vel in eâ, quæ tempore solutionis est, ad rationem tamen valoris, qui tempore contractûs erat. *Barth. Socin. consil. 298. lib. 2. Alciat. consil. 155. & consil. 587. Gratus consil. 12. & seq. Surd. cons. 268. & consil. 392. num. 13. Gratian. disceptat. forens. cap. 51. num. 20. & Bertazol. tract. clausul. 30. glos. 9. numer. 21. Quod & tradit Sixtinus, de regalibus. libr. 2. cap. 7. numer. 155. vers. addo, &c.*

326 Et porrò communiùs concludunt: in dubio videri grossam monetam in valore extrinseco auctam: quia minor moneta magis indies ærosior fit. Ita docet Gratus *d. consil. 12. num. 53. & consil. 13. num. 39.* ubi hanc præsumptionem elicit a communiter accidentibus: & ait, solita haberi pro probatis. *Cephal. consil. 37. num. 0. Menoch. consil. 49. num. 3. Surd. consil. 438. aliiq, per eos citati.*

327 Deinde, etsi florenus consideratus solummodo, ut est imaginaria pecunia, propriè non recipiat intrinsecam vel extrinsecam bonitatem: respectu tamen ejus, per quod constituitur, verè ita considerati, dicique potest; ut bonitas, quæ de partibus prædicatur, etiam de toto; quæ de integrantibus, etiam de integrato; quæ de constituentibus, etiam de constituto enuntietur. Sicque cùm usualibus florenis, in contractum deductis, addi plerunque soleat, So viel oder so viel Gülden/ jeden zu 15. Batzen oder 60. Creutzer geraittet/ &c. certè ad eosdem bacios vel crucifsros respici videtur. Habere autem cruciferos, bacios & semibacios certam ac determinatam bonitatem, manifestum est aus dem Müntz edict. de Anno 1559. §. zum siebenden/ &c. Cùm itaque is, qui florenum imaginarium debet, rectè dicatur debitor 60. cruciferorum, seu 15. baciorum: sic eodem modo ac si in obligatione solùm positum esset; tot vel tot cruciferos, quot floreni resoluti constituunt, deberi: illi secundùm bonitatem intrinsecam temporis contractûs sunt præstandi, uti rectè argumentatur Surdus *consil. 368. numer. 11. vers. 4.* Atque eâ ratione, & in consequentiam mutationem bonitatis intrinsecæ vel extrinsecæ etiam in genericâ pecuniâ plurimi constituunt Doctores, *Alciat. cons. 155. Socinus cons. 321. vol. 3. Capra cons. 29. Calcan. cons. 14. Rubeus cons. 17. aliique à Surdo d. consil. 368. ut & cons. 406. numer. 7. & 8. ac quoque consil. 220. numer. 15. laudati:* contrariamque considerationem esse solùm verbalem, non substantialem, tradit *Faber. d. tractat. de var. num. debitor. solut. cap. 12. in med. & cap. 21. in med.*

328 ubi quoque ait: bonitatem florenorum metiendam esse ex bonitate specierum, ex quibus conficiuntur; ac si florenorum species aliqua esset conflata ex 12. solidorum bonitate intrinsecâ. Atque ad jam dicta respexit etiam Molineus *in tract. de usur. num. 749.* dum scribit: Si pecunia in genere abstracto debeatur; attendi & exigi juxta communem sententiam, intrinsecam bonitatem temporis contractûs. Sed & Cameram Imperialem (quæ juris veritatem æquitatemque, non cerebrinam, sed verâ juris analogiâ subnixam, semper sectatur) 329
secundùm hanc opinionem in currentibus casibus judicare, diversa edocent præjudicia, quæ & in terminis imaginariæ monetæ versantur. Atque plura ex tomis sententiarum Cameral. Battii collegit Andreas Knichen *in Comment. de Sax. non provoc. jur. cap. 5. numer. 595.* Quibus accedunt recentiora: quæ omnibus, qui Spiræ praxi Camerali operam dant, notissima existunt: & indies ferè mandata de solvendo, in eum sensum decernuntur.

Ingleichem/ vnd wann einer schon ein solche Wehrung anzunemmen in der Verschreibung setzen läst/ 330
die jederzeit oder tempore solutionis gibig seyn wird: ist doch solche clausula ad hanc insolitam & injustam, nullibi approbatam, ac præter omnium opinionem exortam depravationem, ac consequenter inde causatam auctionem monetæ, in keinen weg zuziehen. Nec enim verba contractûs ad incogitata, qualia sunt exorbitantes monetarum depravationes & mutationes, atque ex iis apparenter subsequens immensum augmentum, trahi debent. *Calcan. consil. 15. numer. 16. Purpurat. consil. 522. Post Guidonem Papa, Socinum, Pinelum, & Solam. Surdus cons. 454. numer. 17.* Quare contrahentes periculo mutationis gravioris, aut futuro damno non præsumuntur se subjecisse. *Rub. consil. 17. Surd. cons. 406. numer. 3.* præsertim hoc rerum statu considerato, ubi eâ ratione credita ad nihilum penè reducerentur. Nam suum remittere, jactare aut 331
donare nemo præsumitur. *l. cùm de indebito. 25 ff. de probationibus.* In hac igitur clausulâ, verba (*in valore, qui tempore solutionis usualis erit*) intelligenda sunt de valore extrinseco, qui suis constat legitimis requisitis (ubi nimirum ille valor non nimium injustus, ac etiam perpetuus, non temporalis tantùm est) cùm quælibet locutio in suo proprio signi- 332
ficatu sit accipienda. *l. quicquid astringenda. 99. ff. de verber. obligat.* & ut non includat publicis legibus adversantia, *Surd. cons. 182. num. 3. & seq.*

Drittens/ daß auch der Reichsthaler pro 8. Gul- 333
den niemahlen für Nürnbergische gute Marckwehrung gehalten worden/ ist offenbahr/ vnd gibt eines Wohlweisen Rahts Decretum, de Dato den 39. Maij, Anno 1621. solches vberflüssig zuerkennen/ als darinnen gesetzt zubefinden/ daß die/ von Tag zu Tag auffwachsende Staygerung der groben Gülden vnd Silbern Müntzen/ wolgedachter Raht/ als des heiligen Reichsordnung zuwider/ niemahls gebillicht/ sondern mit ernstlichen mandaten, derselben nach höchstem Vermögen abzuwehren/ sich bemühet. Gestaltjame dann eben selbiges in dem Decreto, den 20. Septemb. ejusdem anni, auch mit mehren Vmbstän-

den wiederholet werden. Mag derowegen dieser ab-
usus für kein consuetudinem oder herkommen ange-
334 zogen werden. Namque ad consuetudinis validita-
tem, præter tacitum populi consensum, etiam præ-
scriptio seu diuturnum tempus. l. diuturna. 33. ff. de
legib. c. ultim. in fin. ibi, & legitimè sit præscripta. ext.
de consuetud. & actuum æqualitas ac frequentia. l. 1.
C. quæ sit longa consuetud & rationabilitas insuper re-
quiritur. d. c. ult. circa fin. ibi, nisi fuerit rationabilis.
ext. de consuetud. Gail. lib. 2. observ. 31. num. 1. Myn-
sing. resp. 10. num. 32. decad 2. nec non respons. 32. de-
cad. 2 Ernest. Cothman. lib. 1. resp. 13. num. 15. Quæ
requisita deficiunt in hoc casu simul cuncta.

335 Wann dann auß jetzt deducirtem ohnwidersprech-
lichem erscheinen thut / daß der Creditor durch diese
solution oder annehmung der Sortten in zu viel ho-
hem Werth / gleich illo ipso tempore solutionis in
keinen Weg nur ultra dimidium lædirt, sondern nicht
den vierdten Theil dessen/ so jhme hieoben erwiesener
massen nach Recht vnd Christlicher Billigkeit wegen
gebühret / hätte empfangen / er Creditor auch tam in
jure communi, quàm statutario (ipso inscio, & pau-
lò ante solutionem promulgato) sich weit geirret/ zu-
mahl von den debitoribus nicht ohne gefährde hinder-
gangen / vnd zu annehmung dieses vbersteigerten
Gelts beweget worden: als folget hierauß / daß der
Debitor ohn allen zweiffel / vnd von rechtswegen /
contra acceptam illam iniquam solutionem, datam-
que quictantiam, vnd darinn begriffner renunciation
gehabten juris zu restituiren, oder wiederumb in al-
ten Stand / inque vetus jus, quod habuit tempore
illius solutionis, zusetzen seye. Quamvis enim in a-
ctu liberatorio communior sententia haud admit-
tat remedium l. 2. C. de resc. vendit. verior tamen
sententia est; tam ex parte debitoris, plus solventis,
quàm ex parte creditoris minus accipientis, quam-
libet læsionem ob errorem esse emendandam: nec
etiam expectari debere, an excedat dimidiam par-
tem ejus, quod solvendum erat, arg. l. 1. & l. 7. ff. de
jur. & fact. ignorant. l. error. 7. C. eod. & utrobique
Dd. Idque etiam in terminis tradit Arius Pineius
ad d. l. 2. part. 1. c. 4. num. 7. & seqq. C. de rescind.
vendit. Concedenda ergo est restitutio hoc nostro
in casu creditori, ex clausulâ illâ generali, verèque
salutari, si qua alia mihi justa causa esse videbitur. l. 1.
in fin. ff. ex quib. caus majores, &c. vigore cujus ubi-
cunque æquitas suggerit, & id specialiter jure pro-
hibitum non reperitur, Judex arbitrio suo resti-
tuere potest, Sfort. Oddus in tract. de in integr. resti-
336 tut part. 1. quæst. 8. art 6. Et quamvis error juris qui-
busdam non videatur justa causa restitutionis. Bar-
tol. in l. divus. 33. num. 2. ff. de re judic. & in l. cùm fi-
deicommissum. 7. num. 4. ff. de confessis. attamen si jus
esset obscurum & implicitum, & quilibet etiam pe-
ritissimus errare posset, vel saltem subsistere: tunc
restitutio concedi solet. Sfort. Oddus jam modò lau-
337 dato loco. Quòdque error juris intricati excuset,
tradit Capycius dec. 69. num. 39. Errorque juris du-
bii, æquiparatur errori facti. Curt. consil. 6. fol. 77. vo-
lum. 4. & fol. seq. col. 2.

Nun ist aber gleichwohln bey allen / so von dieser
Sach nicht parteyisch / sondern ohne affect, adulation
oder eignen Nutz vrtheilen / fast gar vnzweiffelichen
Rechtens: daß keiner so gut Gelt außgeliehen / an
dessen statt wiederumb zu hochgesteigerte Sortten
annehmen müsse: weil jedoch vnderschiedliche Obrig-
keiten vnd Ständ dergleichen Außlösungen sich an-
gemasset / zumahl etliche Rechtsgelehrte sich befun-
den, die dergleichen beginnen billichen wollen / vnd zu
diesem end allerhand argumenta oder Behelff auffge-
sucht: also hat leichtlich der Creditor irr gemacht / vnd
dahin gebracht werden mögen / daß er sich von den
Debitoribus oder jhrem Anwaldt vbereylen / vnd zu
solch schädlicher Zahlung bewegen lassen; welches
aber jhm billich diese restitutionem verschaffen / vnd
nicht schädlich seyn solle / weil fürnemblich (wie auch
hieoben angezeigt) er de damno vitando, adversarii
verò de lucro captando certiren thun. Quo in casu 338
ei, qui damnum passus est, haud nocet ignorantia
juris l. error. 8. & l. regula. 9 ff. de jur. & facti igno-
rant. Idque notavit etiam Hippolytus de Marsil. in
practica sua crimin. §. nunc videndum. numer. 17. vo-
lens, quòd in tantum ignorantia juris non noceat in
damnis evitandis: ut, etiamsi causa esset lucrativa,
quæ tamen haberet originem à causâ onerosâ, ea non
debeat obesse, per gloss singul. in l. si donaturus. 9. §.
fin. & ibi Bald. ff. de condictione causa data. &c.

Ferner hat der Creditor auch einer ignorantiæ
paulò ante solutionem promulgati decreti sich zube-
helffen / indem er nemblich / wie in casus figuratione er-
zehlet / vermög Nürnbergischen Decrets, den 20. De-
cemb. de anno 21. die grobe Sortten auffs wenigst
(Nam nec ad tantum valorem, vigore decreti inter-
pretativi de An. 23 den 13. Maij, tenebatur) kaum
vmb das dritte Theil so thewer / als von jhme beschehen /
annehmen dörffen / welches er aber in keinem weg
gewüst / vnd jhme / wie leichtlich zuvermuthen / gäntz-
lich verborgen gewesen. Forensis autem potest pe- 339
tere restitutionem in integrum, ex clausula illa ge-
nerali, adversus statutum, quod ignoraverit. Iohan.
Andr. ad rubr. ext. de consuetud. Ias. in l. quamdiu.
5. in fin. C. qui admitti ad bonor. possession. poss. Quod-
que forensis restituatur propter ignorantiam juris
municipalis alicujus loci, si inde fuerit læsus, omnes
communiter tenent. Innocent. & alii in rubr. ext. de
donat. & post eos Alexand consil. 37. numer. 23. lib. 2.
Hippolyt. de Marsil. in l. fin. numer. 78. ff. de jurisdict.
Molin. d. tractat. de usur. sub numer. 747. vers. tum
quia, &c. Roland. à Valle consil. 42. numer. 26. lib. 3.
Cephal. consil. 146. n. 39. lib. 1 Gabriel. Roman. in tit.
de consuetud. conclus. 2. num. 18. Namque ignorantia, 340
quæ etiam prudentissimos fallit, quin sit justa causa
restitutionis, non dubium est. l. 1. §. 1. ff. de itin. actu-
que privat. & ibi Bartolus. Sed talis hæcce reputatur
cap. 1. de constitut. lib. 6.

Noch

Noch weiter / vnd in bedenckhung / der Creditor
durch diese angenommene Bezahlung nicht nur weit
vber daß halb theil / & ita enormissimè læderet / son-
dern kaum den fünfften theil dessen / so jhm von rechts
341 wegen bezahlt werden sollen / empfangen : Alß ist er
auch hanc ipsam propter enormissimam læsionem,
ex sæpe dicta clausula salutari & generali, desto vn-
zweiffliger zu restituiren. Talem enim enormissi-
mam læsionem omnia jura, eorumque Interpretes
abhorrent, & nunquam non adversus eam restitu-
tionem concedunt; *l. in contractibus. 3. ubi Dd. C.*
342 *quibus ex caus. majores in integr. restituant.* Quippe
ubi enormis læsio adest, ibi dolus adversarii inter-
venisse putatur; qui semper locum restitutioni fa-
cit. *l. si superstiti. 5. C. de dolo malo. l. 2. C. præd. mi
nor. juncta. l. 1. C. si ad vers. vendit. pignor.* Et ita Dd.
communiter tradunt, *Ripa consil. 4. num. 8. Nevi-
zan. caus. 22. n. 18. usque ad finem. Maurit. in tract.
de restitut. c. 380.* qui loquitur de dolo præsumpto,
resultante ex hac enormi læsione, de qua agimus.
*Mascardus, post multos alios, conclus. 532. num. 25. &
343 seq.* ibique *num. 31.* dicit; hoc procedere, etiamsi
expresse fuerit renunciatum enormissimæ læsioni:
aut (ut in nostro casu) etiam fuisset solennis apocha
data: nam tunc nihilominus agere posse, aut restitui
debere ita læsum.

Welches dann destomehr in gegenwertigem fall
statt haben soll / dieweil nicht allein ein dolus re ipsa
allhie / sondern auch ex proposito enthalten / in deme
nemblich der Creditor durch der debitorum diener
(qui hoc factum vel jusserunt, vel ratum habuerunt
vel adhuc dum detinent id, quod ipsorum minister
callidissima fraude extorsit: sicque se doli, à suo
ministro commissi, participes fecerunt, *arg. l. si quis,
cum aliter 36. ff. de verb. obligat.*) listiglich hinder-
gangen / vbereylet / vnnd mit verschweigung deß berait
zu Nürnberg publicirten widrigen decrets mit ei-
nem erdichten fürgeben / daß seine Herrn den handel von
sich lassen wollen / sein zwischen den zihlen beschehē vff-
künden beschehen / zu annemmung dieser hochbestaiger-
ten Sorten listiglich verlaitet oder beredet worden.
Da hingegen / wann jhme Creditori dieses Decretum
wissent gewessen / oder angezeiget worden / er ohn zweif-
felich den Sachen besser nachgedacht / andere zu rhat
gezogen / vnnd aufs wenigst den Thaler anderst nicht
344 dann per 3. Gulden 15. Kr. angenommen hette. Nunc
autem certi juris est: adversarii dolum & callidam
machinationem justam præbere causam in integrum
restitutionis, *per textum in c. ex litteris. 4. ext. de in in-
tegr. restit. & l. Divus. 7. §. 1. ff. eod.* ibique ratio poni-
345 tur, quare non detur hoc casu actio de dolo, sed re-
stitutio: quia scilicet illa famosa est. & non conce-
denda, nisi demum omnia alia remedia cessent. Ac
ita sine scrupulo tenendum, ait Sfortias Oddus *d. tr.
de restit. part. 1. q. 12. artic. 1.* Idque procedit etiam
tunc, cùm dolus adversarii non in committendo, sed
in omittendo duntaxat consistit. *Oddus d. quæst. 11.
art. 2.* Nuhn ist dieses abgeordneten dolus nicht allein
dahero abzunemmen / weil er das Nürnbergische De-
cret, darinn die Reichsthaler allein vmb 3. Gulden /
15. Kreutzer gewürdiget / gewist / vnd dem Creditori
nicht eröffnet / sondern er ist dannenhero fürnemblich
a manifesto dolo nicht zu excusiren, weil er contra
juris statutarii, benandtlich erst angedeuten decrets,
apertam prohibitionem, ante terminum aufgekünd /
oder die solutionem zu seiner Herrn mercklichem Ge-
winn / vnd ohnwiderlichen Nachtheil des creditoris,
anticipirt. Jam verò nemo negare potest; dolosè a- 346
gere eum, qui contra juris prohibitionem aliquid a-
git, sibique vel suis lucrum captat. *Mascard. conclus.
532. num* 10. *& num. 47. ac 52.* Et porrò quando a-
liquis cum alio contrahens, tacet aliqua, quæ si ex-
pressisset, alius verisimiliter contractum non fecis-
set; præsumitur dolus contra talia tacentem: & ta-
li contrahenti subveniri debet in odium tacentis: ut
responsum fuit ab Alexandro, *consil. 109. viso processu
inter Antonium. num. 10. & seq. lib. 4.*

Nun hat der Debitorum Diener / vnd auch sie selb-
sten / das Nürnbergische Decretum de Anno 1621.
d. n. 20. Decembris (darinnen gesetzt vnd gebotten /
daß kein Debitor befugt seyn solle vor darin angesetz-
tem termino Trinitatis, jemand sein Gelt gefährlich
vnd in fraudem creditoris auffzukünden / damit der
Glaubiger so gut Gelt hergeliehen / nicht vervortheilt
werde / etc.) vnstrittig gewist / aber zu jhrem aignē Vor-
theil verschwiegen. Hingegen ist dem creditor der te- 347
nor dieses Statuti gar nicht wissende gewest. Idque in
casu necessitatis, ipsius juramento probari potest:
cùm ignorantia sit res in animo sita. *latè Mascard.
conclus. 82. per totam.* Eaque ignorantia creditoris
exinde etiam probabilis omnino fit: quòd aliàs suū
jactasset, inconsulteque prodegisset; id quod nullo
modo præsumi solet. Darumben dann auch der Cre-
ditor, sobald er dieses Decreti Inhalt in Erfahrung
gebracht / noch vor Außgang des Monats (qui ex ju-
ris dispositione ad revocandam apocham sive quie-
tantiam, *ut suprà in 1. decidendi ratione probatum est,*
benambset ist) sein widrige Meynung erklärt / auch
daß er mit solcher vermeynten Bezahlung nicht zufri-
den seyn könne / protestiret. Noch weiter erscheinet
dieses Dieners dolus dannenhero / weil er (wie in ca-
sus figuratione gesetzt) grosse Freundschafft simulirt,
seine Reden gar scheinbarlich gesetzet / vnd dann jhne
creditorem zu annemung der vnbillich & contra De-
cretum Senatûs Norimbergici fast dreifach erhöchter
Reichsthaler / inducirt oder beredet. Nam quòd ex 348
his persuasionibus præsumatur dolus ex proposito, re-
spondet Proculus, *in l. cùm quis. 31. & ibi Bartol. ff. de
dolo.* & tradidit etiam Glos. 2. *in l. apud Celsum 4. ff. de
doli mali, & met. except.* Ille v. hisce in casibus dicitur
persuasor, qui aliquid persuadet ad sui commodum, ut
docuit Bartol. *in l. non solum. 11. §. si mandatu. 3 co-
lum. 2. num. 15. ff. de injur.* Imò unica persuasio, per 349
quam quis inducitur ad aliquid faciendum, habetur
loco coactionis & compulsionis, *per l. eum, qui. 5. C.
de apostatis. & l. 1. ante finem. C. de raptu virgin. cum
multis*

multu allatu à Cravetta in consil. 192. *sub numer.* 12. Ut & quando quis contra æquitatem scienter aliquid facit: tunc præsumitur in eo dolus. *Ita cavit Papinianus, in l. qui æquitate. 12. ff. de doli mali, & met. except.*

Es hatt aber diß orths der Debitorum diener contra juris statutarii prohibitionem, æquitatemque ipsam gehandlet/ indem er dem Creditori für sein gutes gelt / diesen hohen werth der Reichsthaler uffgetrungen / idque tempore prohibito, und da mann
350 vermög Decrets keinem uff künden solle. Prohibito autem tempore aliquid faciens, præsumitur esse in dolo, *Gratus respons.* 36. *num.* 2. *vol.* 1. und würdt dieses dieners dolus & calliditas auch dannenhero erwisen / weil er sich so solicitè quitiren lassen / dem Creditori selbst ein Quittung vorgeschriben / unnd selbiger starckhe & insolitas clausulas, quinimò etiam non veras, das nemblich er Creditor seine dreyzehentausent gulden ohn einigen abgang unnd mangel (cujus contraria veritas in propatulo est) empfangen in-
351 serit. Nunc autem insolita cautela arguit dolum, ut auctor est Baldus *in l. testamentum.* 17. *C. de testament. & cons.* 57. *vol.* 2. Cui accedit Gratus *resp.* 53. *num.* 10. *vol.* 1. atque Curtius Iun. *cons.* 178. *num.* 13. *part.* 2. & Bertrand. *cons.* 126. *num.* 10. *vol.* 3. Et
352 pertinet insuper huc omnino illud, quòd tam Theologi, qui casus conscientiæ tractant, quàm etiam Jureconsulti tradunt: si quis vendat merces suas pretio currenti, sciens, brevi alias ejusdem generis in magna copiâ superventuras, emptoribus id ignorantibus: eum contra justitiam peccare, atque ad restitutionem teneri, Conradus Summerhardt, eximius quondam Theologiæ in hac nostrâ Academia Professor, *in tr. de contract. q.* 62. & 63. quem sequitur Joannes Medina *in tr. de restit. q.* 3. Abundantia etenim illa brevi superventura, reverâ minuit pretium: idque si sciretur, re ipsa decresceret statim pretium, antequam merces illæ supervenirent. Ergo qui sciens vendit tunc pretio currenti, vendit ultra justum pretium: atque adeò contra justitiam peccat, restituereque tenetur. Præterea quoniam communis æstimatio, tunc currens, fundatur in errore ac ignorantia, quod tot merces accessuræ sint: ergo pretium justum attendi non debet tunc secundùm illam communem existimationem, sed secundùm rei veritatem. Si itaque talis scientia facti futuri contingentis, bonam perimit fidem: quid, quæso, dicerent æquitatis christianæ studiosissimi illi Doctores de eo Ministro, qui creditorem no-
353 strum ita circum venit? Eandem illam quæstionem tractat quoque Ludovicus Molina, *in tr. de justit. & jur tom.* 2. *disput.* 354. ubi casum consimilem proponit, huicque nostro magis congruentem; dum nempe scribit: intervenire peccatum contra justitiam cum restituendi onere, si quis sciens conditam esse legem, qua pretium frumenti sit minuendum; aut si pecuniarum valor sit deponendus: ut in Lusitania valor æreorum nummorum superioribus annis ferè in duplo lege publica meritò fuit imminutus: & ita propter scientiam ejusmodi legis, nondum promulgatæ, plus vendat frumenti cum aliorum jactura, qui illam legem ignorabant, quam alioquin erat venditurus: aut plures earum pecuniarum, cum aliorum similiter jactura expendat, quam seclusa ea scientia erat distracturus. Cumque hac sententiâ consentit etiam Bartolus *in l. quæro.* 39. *ff. de actionib. empt.* quem sequitur Covarruvias *in regula, peccatum. de reg. jur. in* 6. *part.* 2. *§.* 4. *num.* 6. ita etiam in exteriori foro judicandum esse asserat. Et eandem sententiam confirmat expressus textus *in l. si vina.* 15. *in fin. ff. de peric. & commod. rei vendit.* & adstipulatur meritò Pinelus *in l.* 2. *C. de rescind. vendit part.* 3. *cap.* 2. *num.* 21. eò quòd qui utitur scientia legis, antequam promulgetur, ad se ipsum ditandum cum aliorum jacturâ, utitur scientia rei, quæ omnibus debet esse communis, in aliorum detrimentum: ac proinde injuriam illis facit. Idem sentit præterea Alvarus Valascus *consultat.* 64. *in fin. num.* 8. *ubi plu-*
res refert. Alium adhuc casum, nostram decisionem 354
non parum roborantem, recenset idem Molina *dicto loco.* ita scribens: *Cùm fama esset, eos, qui in hac civitate Conchensi facultatem à rege obtinuerant cudendi nummos æreos, multùm eam facultatem excessisse: resque ad Regem esset delata, usque secrete correctori civitatis præcepisset, ut moneta domum clauderet, nec sineret ampliùs cudi monetas, aut quicquam ex eâ domo extrahi: idque antequam executioni mandaretur, ad cujusdam notitiam devenisset, qui in eâ domo ingentem massam æris, argento permixti, atque in laminas jam redacti, ut moneta inde conficerentur, habebat. Is massam illam sex millibus aureorum cuidam vendidit, qui rem prorsus ignorabat, multa causatus, cur venderet, quibus emptorem ad emendum adduxerat. Clausa autem subitò paulò post moneta domo dubitari cœpit: an contractus justus, validusque fuisset, tenereturque emptor periculum illud subire, & solvere pretium, quo massam illam emerat? Multi affirmanter responderunt: Ego tamen semper constanter dixi, contractum fuisse nullum neque emptorem pretium solvere teneri. Ducebar ego in primis; quoniam venditor usus fuerat ad vendendum, rejiciendumque in emptorem damnum ac periculum proprium, scientia decreti principis occulti, antequam executioni mandaretur. Deinde venditor non adduxit emptorem ad emendum sola mercis expositione ad vendendum: sed confictis multis, quibus illum ad emendum persuasit; ut eâ ratione damnum ac periculum, quod sibi imminebat, rejiceret in emptorem. Id autem non licere, atque fraudem ac dolum spectare, dubio caret.* Hactenus Molina.

Nuhn thuen wir allhie in weit stärckern terminis versieren / da benandtlich der Debitor nicht nur gewist / daß ein dergleichen Statutum oder edict im werckh/ oder bald publicirt möchte werden / darinnen die zu vil hocherstaygerung der Sortten gemäßigt werden möchte: sondern es ist dergleichen Decret bereits offendtlich ußgekhündt / unnd darumen noch

darzu

darzu verbotten worden / daß in fraudem vnd Nachtheil der Creditorum jemanden ein alte Schuldt / da er gut Gelt empfangen / ablegen oder auffkünden solle. Diesem prohibitivo Decreto entgegen / haben die Debitores durch jhren Dienern / dem solchen Decrets vnwissenden Creditori die Auffkündung thun / auch jhme die Sortten beraus offt erwehnter massen viel zu hoch einschwetzen lassen. Dem allem nach ist nichts anderst zuschliessen / dann daß dem Creditori, als welcher enormissimè lædirt / auch kaum das fünfte Theil / so jhme sonst gebührt / empfangen wie dann zu annemmung dieses Gelts callidâ fraudulentaque circumventione Debitorum hindergaugen vnd verleitet worden / das heylsame remedium restitutionis competiren vnd gebühren thue.

Worausser demnach ferner erfolgt / daß mediante hoc juris beneficio, der Creditor in denselbigen Stand wiederumb zusetzen vnd gelangen thue / darinnen er zuvor / & ante hanc acceptatam solutionem gewesen; Also nunmehr die Sach dahin gelangt / als wann diese Anzahl Reichsthaler erst heut zu tag
355 jhme præsentirt würde. Restitutio enim est prioris status vel juris redintegratio. *d. c. ex literis. 4. ext. de in integr. restitut. l. 1. C. de sentent. pass.* ac per judicium rescindens res eum statum assumit, quem jam induerat tempore læsionis. *Mauritius in tract. de restitut. in integr. cap. 4. num. 2.* Worausser noch ferner folgen thut / daß anjetzo der Creditor in keinen weg mit Reichsthalern per 3. Gulden 15. Kr. der Nürnbergischen valvation gemeß (weil selbige nicht auff Ablegung alter Schulden / da man gut Gelt empfangen / in krafft des letzten declaratorii Decreti, de Anno 1623. den 13. Maij ergangen / zuversichen oder zuziehen) contentirt oder abgefertigt werden könne: sondern solches per suprà satis latè deducta, & secundùm Norinbergense Decretum ultimum, an selbigẽ Sortten / oder gleicher Güte vnd Werth / wie sie tempore mutationis den Debitoribus behendigt worden / beschehen müsse.

RESPONSIONES AD DUBITANDI RATIONES.

Vnd halten wir vnnoth zuseyn / die hieroben gesetzte dubitandi rationes mit weitleuffiger Außführung zu hindertreiben / Angesehen / was in der ersten von zugestellter Quittung, herausgebung des Schuldbrieffs / vnd annemmung der Bezahlung eingewendt worden / solches dem Creditori derentwegen nicht nachtheilig seyn kan / weil er per supra satis luculenter deducta hierwider in integrum zu restituiren.

So mag ingleichem fürs ander dem Creditori obangezogen letzt Nürnbergisch Decret (darinnen geordnet / was seithero bezahlt worden / es dabey sein verbleibens haben solle) der Vrsachen nicht hinderlich seyn / weil solches Statutum auff gegenwertigen Casum nicht zuziehen / ubi solutio extra territorium Statuentis geschehen / *argum. l. ultim. ubi Dd. ff. de jurisdict.* Quòdque tale statutum extra territorium statuentium nullatenus, nullovè respectu locum habeat propter ejus exorbitantiam, censet Sfortias Oddus *d. tract. de restitut. in integr. part. 1. quæst. 15. artic. 1. num 30.* Et prætereа restitutio in integrum, præ- 356
sertim propter dolum adversarii competens, statuto tolli nequit: quia beneficium restitutionis in integrum dicitur fundatum in naturali æquitate, *secundùm Baldum in addit. ad Speculat d. tit. de restitut. col. fin. vers. item illud, &c.* Sed jura naturalia non possunt tolli aliquâ lege, vel statuto. *§. sed naturalia. 11. Inst. de jure natur. gent. & civ.* Cùmque hoc statutum non adimat restitutionem, sed tantùm roboret solutionem factam: nullatenus extendendum est extra proprium casum, de quo est conceptum. *Paris. consil. 13. num. 43. 44. & 45. lib. 1. Pet. Ant. August. consil. 38. n. 8. lib. 2.* Et ideo si statutum tollat restitutionem in integrum ex uno edicto, non intelligitur tollere ex alio competentem. *Paris. d. consil. 13. num. 45.* Ac si aliquid lege prohibeatur retractari: haud ideo intelligitur prohibita restitutio in integrum, per textum *in l. in causa. 16. ff. de minorib.* Licèt in contrarium allegetur à quibusdam, ut advertit Nevizanus *consil. 17. sub n. 7. lib. 1.* & inquit: quòd si Baldus aliter diceret, falsùm diceret. Et idem sequitur Socinus Senior *consil. 199. capio primum. colum. fin. lib. 2.* & Jason *in l. 1. ff. de jurisdict.* & plenè refert ac tenet Marsilius *in sua pract. crimin. §. opportunè. n. 58. & 59.* ac etiam Alexand. *in addit. ad Bartol. in l. 1. §. & parvi. ff. quod vi aut clam.* Ajunt etiam nostri Docto- 357
res: quòd statutum, adimens restitutionem, non procedat, quando statuentes, vel consuetudinis inductores recognoscerent Superiorem. *Aretin. in l. more. 8. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Nec item procedit statutum prohibens restitutionem in casu enormissimæ læsionis: quia propter præsumptum dolum adversarii, qui continetur in tali læsione, non valeret statutum, tanquam præbens causam doli committendi, & sic peccati. *Capoll. consil. 17. in fine.* Quin nec prohibitum intelligitur beneficium restitutionis in integrum, ex eo, quòd adversario plenissima securitas à lege est promissa, *argum. l. omnes. 4. in fin. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi promittitur plenissima securitas illi, qui possedit 40. annis: & tamen contra eum datur restitutio in integrum ex capite ignorantiæ, secundùm sententiam magis communem, *per notata Sfortiæ Oddi d. tract. de restit. in integr. part. 2. q. 90. artic. penult.*

Quemadmodum suprà decisivè continetur: ita nos Decanus & cæteri Professores Facultatis juridicæ in Academiâ Tubingensi, unanimiter sentimus & consulimus, nec non juri Justitiæque conformem esse, respondemus, &c. Actum in Consilio nostro, die 27. Junii, Anno 1623.

Quartum Iuris Responsum, à Collegio Facultatis Iuridicæ Tubing. super re monetali conscriptum, Mense Septemb. Anno 1623.

Facti species.

358 ES hatt ein fürnehme Statt des Heiligen Römischen Reichs/ verndiges Jahrs den Sommer vber/ auch erst verschienen Weyhenacht / als der Thaler der Orten noch zehen Gulden gegolten / etlich Tausent Thaler / jeden zu sechs Gulden / von zerschiedenen benachbarten Bürgern zu dem End vmb Verzinsung auffgenommen / damit für dero arme Burgerschafft benothigte Victualien, erkaufft werden mögen / auch sich vmb solch Gelt in vnterschiedlichen außgefertigten Hauptbrieffen dergestallt verschreiben / daß sie nemblich dem Güllkäuffern N. N. Gulden Reinisch in Müntz / guter genehmer vnverrüffter Landswehrung / jeden Gulden zu 15. Batzen oder 60. Kreutzer geraith / rechts / stehts / jährlichs gewisses Zinnß vnd Gellts zukauffen geben: daß auch solcher Kauff vmb N Tausent Gulden / obgemelter Wehrung zugangen vnd beschehen / &c. mit dem ferner Anhang / daß die Herrn Güllverkäuffere Macht vnd Gewalt haben sollen / nach Verscheinung der nächstfolgenden zweyer Jahren / hernacher in welchem Jahr sie wollen / obbestimpte N. Gulden Zinßgelt / mit N. Tausent Gulden obgedachter ohnverrüffter Landswehrung wiederumb zuerkauffen vnd abzulösen / wie nicht weniger dem Güllkäuffer frey vnd bevorstehn solle / nach den bemelten zweyen Jahren dz capital gleichsfalls wiederumb auffzufordern. Wann vnd aber ohnelangsten / in dem hochlöblichen Schwäbischen / auch benachbarten Krayssen mit gemeinem Schluß die Sorten den heylsamen des Heil. Reichs Ordnungen etwas näher gebracht / vnd nemlich der Thaler allein vmb anderthalben Gulden valvirt worden: Als

359 fallet diese gar præjudicierliche Rechtsfrag für / ob die Herrn Güllverkäuffere / sowol an raichung der Zinß / als künfftiger Abstattung des capitals der Thaler per anderthalben Gulden zuerraichē / oder aber die Güllkäuffere den Thaler per 6. Gulden / Jnmassen sie selbigen hievor / vnd bey erkauffung dieser Güll außgebracht / wiederumb anzunehmen schuldig vnd verbunden seyen?

Vnd weil wir Decanus, auch andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner hohen Schul Tübingen / hierüber vnser Rechtmessig / sowol Göttlichen / als Weltlichē / besonders aber des Heil. Römisch. Reichs Rechten vnd Ordnungen gemässes Bedencken / wie nemlich die Herrn Güllverkäuffere mit wiederablegung obangedeuter aufgenommen Hauptguts / vnd darvon verfallener Jahrszinsen / sowol jetzt / als ins künfftig sich zuverhalten haben / daß es gegen der Erbarkeit vnd höchsten Justitia zuverantworten / vnd ein mehrers von derselben jhnen nicht aufzulegen seye / fürderlich vnd auff das kurtzest zuertheilen / gebührend ersucht worden: Als haben wir solches in keinem weg abschlagen können. Vnd ob vns gleich vnverborgen / daß etliche berümbte Collegia fast dahin schliessen wollen / 360

daß selbige / so bey gewestem / vnd noch nicht aller Orten abgesetztem vnrichtigem Müntzwesen / ein Anzahl Gulden an guten Sorten / doch in hohem Werth aufgenommen / anjetzo nach dero Absetzung nichts desto weniger Gulden für Gulden / vnd zwar die Thaler / oder andere gute Sorten in dem Werth / wie sie tempore solutionis gewürdigt / außbezahlen müssen / Gestaltsame dann Herr Johan Wolffgang Hiller / in seiner genanndten Informatione juris & æqui, so vor wenig Wochen zu Augspurg / sumptibus Sebastiani Mylii getruckt worden / eben diese Meynung operosè mit etlichen Brocardicis ambidextris (quæ sc. eâdem facilitate contra eum retorqueri possunt) zubehaupten / sich vnternommen: dessen jedoch alles ohnangesehen / 361

seynd wir nach reiffer Erwegung aller hinc inde militirender rationum, der einhelligen Meynung / daß in genere vnd regulariter, Selbige / so die Müntzen in hohem Werth außgeliehen / solche in gleicher valuta vnzweiffelig wieder anzunemmen schuldig. Id quod in duob⁹ Responsis, itidem Augustæ Vindelicorum impressis (quorum unum prædicti D. Hilleri respōso juris, vber die Frag: Ob ein Schuldner seinem Glaubiger / der jhme vor diesem mit guter gangbarer / vnverruffter Reichsmüntz Lehensweiß außgeholffen / mit jetziger im Schwang gehender / geringhältig oder gesteigerten Müntz / rechtmessig bezahlen könne? in Octavo, *à fol.* 90. *usq;* 128. annexum: alterum verò in quarto, *sub titulo, Tria responsa juris, &c.* extat, & numero primum est) satis nervosè ac variis juris & æqui rationibus, necdum à Dn. Hillero enervatis, deductum & approbatum fuit. Consentit non solùm inclyta Universitas Helmstadiensis, quam D. Hillerus *in d. suâ informatione, fol.* 57. perperam pro se allegat: sed etiam Jurisconsultus quidam Anonymus, qui ad Volckmari & Hilleri responsa notas addidit, Spiræ impressas, *pag.* 99. nec non Henticus Petreus, in responso contra Ingolstadienses, itidem Spiræ impresso.

So eraigen sich auch bey hievor gesetztem / vns vberschafftem casu kein dergleichē particular Vmbständ / darumb wir von oberwehnter Meynung abweichen solten: Sondern vielmehr seynd diß Orts befindende Circumstantiæ also bewandt / daß zuversichtiglich auch jenige Rechtsgelehrten / die sonst einer widerigen Meynung seynd / sich diß Orts von vnserer Decision schwerlich absondern werden mögen.

Dann erstlich / ist nunmehr aller Rechtsgelehrten fast einhellige / auch von Ehrngedachtem D. Hillern starck bestrittene Meynung / daß in wiederablösung der Gülten / das tempus contractûs anzusehen / vnd indifferenter, es endern sich gleich die Sorten / quoad extrinsecam, sive intrinsecam bonitatem, nichts destoweniger solche in der proportion vnd Güte wieder vmb abzulegen / wie sie eingethon worden. Ac communiter ita Doctores sentire, patet ex Rubeo *consil.* 17. 362

Augu-

Angusola *consil.* 37. *lib.* 3. Purpurato *ad l. cùm quid.* §. *num.* 169. *& seq. ff. de reb. cred. si cert. petetur.* Sigismundo Scacc. *de commerc.* §. 2. *gl.* 5. *num.* 180. Quare Molineus *in tractat. de usur. sub n.* 749. hancce plusquàm comunem & præjudicatam vocat opinionem; & pro eâ se infinitos allegare posse, scribit. Idem tradunt Surdus *cons.* 406. *n.* 6. & Tessaur. *de augment. monet. part.* 2. *num.* 49. Consentit Petrus Heigius *ad princ. tit. Instit. quib. mod. re contrahit obligat. num.* 28. *& seqq.* ubi notantet inter cætera scribit: Licèt variè disputatum & tractatum sit; an, aucto, vel imminuto precio seu valore nummorum, periculum vel commodum creditoris, an debitoris sit: se tamen probabilius aut verius nihil invenire, quàm distinguendum non esse, utrùm agatur de monetæ bonitate extrinsecâ, vel intrinsecâ: Extrinseca enim bonitate mutatâ, seu valore & quantitate monetæ aucta, vel diminuta, justam esse solutionem & satisfactionem in eodem valore & precio, quo data illa fuit: Itaque ad tempus contractûs respectum habendum esse: similiter & intrinsecâ bonitate, sive materia & forma monetæ mutata, secundum tempus contractûs solutionem faciendam, vel si nô amplius reperiatur illa moneta, quæ data fuit, aliam æquivalentem, ad prioris æstimationem, restituendam esse. Cui eidem opinioni pariter etiam Augustissimi Cameralis Judicii infinita ferè præjudicia, & in eum sensum emanata Mandata (deren auch etliche in obgedachtes Herrn Millers priori responso, in octavo impresso, *à fol.* 73. *usque* 86. formaliter zufinden) wie nicht weniger der Ulmische Crayß Abschiedt den 13. Martii, Anno 1622. §. demnach sonderbahre Beschwerdt fürkommen / &c. adstipuliren, vnd durchaus mit vbereinstimmen thun / auch fürnemlich in erstermeltem Abschiedt gesetzt wird / daß es citra vitium usurariæ pravitatis nit wol anderst beschehen möge / &c.

363 Wie nun selbiger / so gut Gelt vñ in rechtem Werth hingeliehen / kein böses oder hochgesteigerte Sorten anzunehmē schuldig: Also kan oder sol hingegen ebenmäßig der jenige / so die Sorten in hohem Werth aufgenommen / mit nichten zu Abstattung guter Müntzen in viermahl ringerem Werth angehalten werden. Quòdque casus conversus, ubi nempe moneta minuta tempore solutionis, melioris est bonitatis, aut vilis & ærosa reprobata fuit, ac proinde necessariò moneta maior in valore extrinseco decrevit, suam quoque ex superioribus, vel invito D. Hillero, habeat decisionem (ut nempe debitor non teneatur per hanc meliorem monetam, aut majorem in eo valore, qui est tempore solutionis, solvere; sed satisfacere possit in aucto valore, qui tempore contractûs erat) non solùm evincunt tradita Baldi *cons.* 499. *in fin.* Oldradi *de Ponte consil.* 250. Rubei *d. cons.* 17. *n.* 2. Göden *consil.* 77. Anton. *Fabri tract. de solut. cap.* 6. §. *non igitur tegendus, &c.* Molinei, *d. tract. de usur. sub num.* 707. Cardinalis Tusch. *lit. M. conclus.* 349. *num.* 14. sed & in eum sensum videtur textus expressus *in c. tuas canonicus* 26. *ext. de censib.* ubi glossa ad verbum (*pecunia*) prudenter notat: quòd pecunia, quæ ab initio fuit constituta, & non nova, quæ melior, ab hisce Canonicis sit exigenda. Si enim moneta diminuta fuisset, illam recipere recusarent. Cùm 364 ergo minorem recipere nollent: majorem exigere non debent. Et confert huc, quòd contrariorum eadem sit ratio ac disciplina: quòdq; natura correlarivorum sit, ut dispositum in uno ex ipsis correlativis, etiam in alio dispositum censeatur. Et inde inter creditorem & debitorem æqualitas est servanda: & 365 quod uni in suo casu non licet, nec alteri in antithesi concedendum erit. *Alemannus consultat.* 8. *quæst. princ.* 6. *pag.* 808. & contractus claudicare non debet. *Fichard. consil. lat.* 30. *n.* 3. *& cons* 28. *num.* 5. *Ernest. Cothman. vol.* 1. *respons* 34. *n.* 154 Accedit, quod nemo id petere possit, cujus contrarium in casu contrario accipere recusaret. *l. pen ff. de solut. & l. si eâ lege.* 17. *C. de usur.* Imò semper partes Debitoris, tanquam Rei, favorabiles magis existunt, quàm creditoris, qui est Actor, *vulgatâ l. favorabiliores.* 125. *ff. de reg. jur.*

Vnd mögen wir gantz nit verstehen / mit was Recht oder Billigkeit jemands behauptē oder fürgeben könne, es sey gleichwol einer / so gut Gelt / vñ in gerechtem Werth außgeliehen / zur Zeit der Ablösung die gesteigerten Sorten anzunehmen schuldig / hingegen aber muste der jenige / so dergleichen vbersetzte Müntzen auffgenommen / zu Zeit der Ablösung gute vnd ringgeschätzte Stuck darfür geben / &c. Dann wann die es Letste aus dem Fundament behauptet werden möchte / weil der Debitor, so die Sorten hoch empfangen / solche dergestalt vnd für gut wiederumb außgeben können oder sollen, & ita tempore contractûs nicht lædirt worden: muste hierauß (posito, rem in facto ita se habere: quod tamen omnino negandum est, *ut infrà deducemus*) nothwendig folgen / daß selbiger / so gut Gelt außgeliehen / sich gar nicht zubeschweren hätte / wann jhme gleich die Sorten in hohem Werth zugestellt würden, in bedenckung / Er solche wiederumb für so viel Gulden ohnwerden könte / vnd ein vnchristlichē Gewinn suchen thäte / wann er die Müntzen in so ringem Werth habē wolte / daß er davon vier: oder fünfffachen Gewin haben möchte. Derowegen es nochmalen darbey verbleibt, daß jenige Doctores vnd Judicia, so vnzweiffelig darfür halten; quòd loco probæ & legitimè æstimatæ monetæ, reproba vel nimiùm aucta Creditori nullo modo possit obtrudi, auch nohtwendig der Meynung seyn müssen: quòd pro monetâ, in immenso valore creditâ, eadem in valore multùm diminuto, vnd zwar gleich in so kurtzer Zeit auff emander / nullo colore gefordert werden möge.

Vnd wird diese vnser decision fürs ander auch 366 dannenhero ohnwiedertreiblich bestärcket / weil die Creditores in vnd mit Außleyhung dieses Gelts in viel Weg contra Imperii leges, Ja da sie jhr jetziges Intent præfractè behaupten wolten / usurariè gehandlet / vnd sich deßhalben keiner beneficien vnd Gutthaten der Rechten zugetrösten haben / oder in Camerâ, si modò rem, ut gesta est, narraverint,

gedenckliche Procefs außbringen können: In deme be-
nandtlich sie Güllkäuffere den Thaler per 6. Gulden
außgegeben/ da doch selbiger weder in dem Allgemei-
nen Reichs/ noch in einigem Crayß Abschied/ jemahl
darfür passiert/ oder beständig angenommen worden.
Vnd obwohl diese Jahr hero etlicher Orten die gute
Sortien sehr hochgestiegen/ auch in dem Schwäbi-
schen Crayß der Thaler auff 6. Gulden gesetzt wor-
den: ist doch solches kundlich allein connivendo, &
ad tempus majoris mali evitandi causa, vnd weil man
der eingerissenen Vnordnungen nicht alsobald füglich
abhelffen können/ zumahl mit dieser außgetruckten
Andeutung beschehen/ daß es nicht darbey verbleiben/
sondern das Müntzwesen ehest müglich geendert/ vnd
verbessert werden müsse/ deßhalben der Thaler per 6.
Gulden auch der Zeit/ da Er also verschoben worden/
mit nichten pro monetâ legitimâ, oder für ein
Landswehrung zuhalten gewest; eò quòd in mone-
367 tis perpetua æstimatio, non ea, quæ ad tempus in-
ducitur, vel toleratur, attendi debeat, *per textum in*
l. 3. ff. de eo, quod cert. loc. l. 3. ff. de in lit. jurand. l. 1. in
princ. ff. de contrah. empt. ubi eleganter Gothofredus
ait: quòd nec quidem generalis æstimatio mone-
tarum pro verâ & perpetuâ æstimatione haberi de-
beat: sed ea demum pro perpetuâ æstimatione sit
admittenda, quæ nullo tempore mutabilis est: ne si
mutetur in horas, ipsis possessoribus nummorum
368 usus noceat. Et quòd numismatum valor, qui mo-
dico duravit tempore, nullo pacto sit considerandus,
argumento nobis est. *l. pretia rerum. 63. §. fin. ff. ad leg.*
Falcid.

Also das offtgesagt Güllkäuffere hiemit gar wi-
derrechtlich gehandlet/ indem sie ein solche Müntz o-
der valuta, so allein ad tempus introduciert, vnd nur
auff alltägliche Handthierung oder gemeine current
Schulden angesehen gewest/ den benöthigten Herrn
Güllverkäuffern in erkauffung eines beständigen
Zinses zu jhrem vnzweiffelichen Vortheil auffge-
trungen: Hingegen aber vermutlich diese Thaler nicht
so thewer empfangen/ oder doch auffs wenigst vnfehl-
bahr wissen mögen/ daß ein decrementum oder Ab-
fall der Müntzen (welcher dannenhero nullo modo
pro casuali zuhalten) ehest erfolgen müsse/ darumb
dann sie Güllkäuffere für ein sondere/ aber nicht pas-
sierliche/ vnd in des Heiligen Römischen Reichs Ab-
schieden gantz verworffene cautel der Güllverschrei-
bung einverleiben lassen/ daß die Herrn Güllverkäuf-
fere vor Verfliessung zweyer Jahren das capital
nicht wiederumb ablegen oder heimgeben dörffen: ei-
nig zu diesem End/ weil Güllkäuffere versichert wa-
ren/ daß vber solche Zeit damals für gewesste Vnrich-
tigken der Müntzen nicht wehren können/ etc. Wel-
ches vortheilige Gesuch ab usurariâ pravitate mit
nichten zu excusiren, dann weil selbiger/ so 10. per
100. loco Interesse jhme verschreiben läst/ pro noto-
rio usurario zuhalten: wie wolte immer selbiger
besser seyn/ der multò majus lucrum suchet/ vnd
zum Exempel aus 2000. Thaler/ 400. Thaler jähr-
lichen Zinß fordert: & ita consequenter für 2000.
Thaler fürgeliehen Hauptgut/ 8000. Thaler zur Zeit
der Ablösung begehren oder empfangen darff: Wann
auch gleich Güllkäuffere tempore contractûs usu-
rariè zuhandlen nicht gemeint gewesen: würden sie je-
doch eo ipso usuræ crimen begehen/ wann sie auff
gnugsame remonstration auff jhrem vnbillichen be-
gehren beharren solten. Dolo enim facit, qui petit 369
quid ex eâ stipulatione, ubi res dolum in se habet. *l.*
si quis. 36. ff. de verbor. obligat. Et in terminis nostri
casus, daß es nemblich re ipsâ ein usura sey/ wann ei-
ner besser Gelt/ dann Er außlehet/ jhme verschreiben
läst/ bezeuget der berümbte Theologus vnd Jurist/
Ludovicus Molina, *in tractat. de justit. & jur. tom. 2.* 370
disput. 312. ubi *numer. 12.* scribit: quamvis usura non
sit, mutuò dare cum onere, ut pecunia ejusdem ra-
tionis solvatur cum eâ, quæ mutuò datur: esse ta-
men usuram, mutuò dare cum onere, ut mutuata-
rius reddere teneatur pecuniam rariorem & melio-
rem in hominum æstimatione: ut mutuare æream,
quando illius est magna abundantia, cum onere, ut
aurea vel argentea reddatur: eo quòd gravamen il-
lud injustè ultra sortem apponatur.

Hingegen ist zum dritten offenbahr vnd am hellen
Tag/ daß die Herrn Güllverkäuffere höchlich lædirt/
vnd weit vber den halben Theil in diesem contract
vernachtheilet worden. Dann ob gleich sie vmb solch 371
Gelt für jhre dürfftige Burger allerhand victualien
erkaufft/ ja den Thaler vmb 10. Gulden außgegeben:
haben sie doch für solche victualien vier oder fünff fach
Gelt bezahlen/ vnd hernach von dem armen Mann
kein ander Gelt/ weder was der Zeit vnd Enden
gangbar gewesen/ wieder einnehmen könden/ daran
dann anietzo die Herrn Güllverkäuffere auffs we-
nigst die drey Viertel nachziehen müssen. Vnd wird
einmahl kein Verständiger läugnen oder widerspre-
chen können/ dann daß einer/ so besonders das nechst-
verflossne Jahr hero (da auch der gemeine Mann die
Augen etwas bessers auffgethon/ vnd was zwischen
dem rechten oder auffgesetztem temporal Werth für
ein Vnterschied sey/ erkennen lernen) sein Gelt vnd
victualien oder dergleichen/ hoch außgegeben/ wenig
oder vielmehr gar nichts gewonnen/ sondern hingegen
die Wahren desto thewrer erkauffen vnd bezahlen
müssen/ also dieser imaginarius valor, rei veritate in-
spectâ, niemahlen in acht genommen worden. Et ita
isthæc valoris extrinseci actio nemini aliquod lu-
crum, sed potiùs omnibus certissimum damnum,
caritatem perniciosam, aliasque molestias quàm
plurimas creavit: quod Imperii & Circulorum A-
cta, omniumque Ordinum querelæ testantur abun-
dè. Siquidem certum est, & quotidiana docet ex- 372
perientia: quòd, crescente auri vel argenti æstima-
tione, omnes res venales similiter augeantur in pre-
cio, & hoc modo carior indies fiat annona, resque
pecuniâ comparabiles, pecuniæ cursum sequantur.
Albericus in l. cùm quid. 3. ff. de reb. credit. & ibi
Purpu-

Purpurat. numer. 171. *& idem in consil.* 522. *numer.* 38. *Curt. ad d. l. cùm quid. numer.* 13. *vers. circa quæstionem, &c. Tessaur. decis.* 214. *num.* 1. *Ioan. Petr. Surd. consil.* 368. *num.* 27.

Dannenhero gäntzlich zuverhoffen/ es würden offt vnd vielgedachte Creditores oder Güllkäuffere auff
373 diesen vierfachen Gewin nicht beharrlich tringen: cùm semper & ubique boni gravesque viri lucrum, alterius cum jacturâ conjunctum, sordidum inhonestumque putârint, ut in individuo ex Decio decidit Cephalus *consil.* 25. *numer.* 8. *vol.* 1. & post eos Fridericus Pruckman. *consil.* 29. *numer.* 51. *lib.* 1. Quò confert & illud, quod ex Johanne de Anan. docet Jason *ad l. penultim. numer.* 5. *in fine. C. de pact.* quòd is, qui se in judicio virum bonum profitetur, deceptionem etiam infra dimidium nullâ fronte excusare possit. Idemque comprobat Pruckmannus *consil.* 29. *numer.* 26. *vol.* 1. Insonderheit aber weil diese Auffnahm ein Rempublicam oder gemeine Statt betreffen thut / kan selbige wider diesen schändlichen
374 contract, facilimâ operâ restitutionem in integrum erlangen. *l. Respublica.* 4. *C. quib. ex caus. maior. in integr. restituant.* ubi habet textus: Rempublicam uti minorum jure: ideoque restitutionis in integrum auxilium implorare posse. Cujus legis dispositionem Castrensis ibidem ad quamvis Rempublicam refert, etiamsi simplex fuerit municipium. Nam *(secundum illum)* pariter, ut Respublica, suos habet administratores, & per eos regitur. *Latè Iohan. Mauric. in tractat. de restitut. in integr. cap.* 417. *& Sfortias Oddus. de restitut. in integr. part.* 1. *quæst.* 18. *art.* 9. *& seq.* ubi hoc item ad omnes villas, castra, & Universitates quascunque extendit.

Vnd irret nicht / daß allhie gesagt werden möchte/ es seyen vnter denen Creditoribus auch Weiber vnd Wittiben/ welche im Rechten ebenmäßig favorisiret.
375 Namque respondetur primò: privilegiatum non uti privilegio suo contra pariter privilegiatum, eo demum in casu, si privilegiatus restitutionem implorans, fuerit in lucro, aut si uterque damnum es-
376 set passus, *Oddus d. part.* 1. *quæst.* 18. *art.* 4. 5. *&* 6. In nostro verò casu notorium est: hasce viduas lucrum cum maximo damno Reipublicæ appetere. Deinde juris est expressi: privilegiatum contra privilegiatum indifferenter restitui, quando privilegium impar & magis potens habet. *l. verùm.* 11. *§. penultim. ff. de minorib.* 25 *ann.* Quia tunc potentius privilegium præfertur inferiori. *Caccialup. in l. omnes populi.* 9. *num.* 122 *ff de justit. & jur. Crot. in l.* 1. *num.* 22. *ff. solut. matrim. latè Decius in c. in præsentia. numer.* 170. *& seq. ext. de probat.* Et in specie minorem ac Rempublicam mulieri præferri, tradit Oddus *d. part: quæst.* 18. *artic.* 8. *num.* 47. *& seqq.*

Wann dann die Sachen jetzt außgeführter massen in Warheits Grund bewendet / auch auff den Nohtfall diese vnsere Meynung noch mit mehrern Rechts-gründen / æquitatisque rationibus bestärckt werden köndte: als folget ferner wolschließlich hierauß/ daß der Tenor der jetzigen Verschreibung / so die Herrn Güllverkäuffere von sich gegeben/ den Güllkäuffern gantz keinen Behelff bringen möge. Dann erstlich / gibt der Buchstab für sich selbsten nichts anders zuerkennen/ dann daß gegnere tempore solutionis solche Landswehrung / wie sie tempore contractus empfangen/ vnd kein andere zuerstatten sich verbunden/ Angesehen in der Hauptverschreibung gleichwoln gesetzt/ daß die Herrn Güllverkäuffere N. Gulden Rheinisch in Müntz guter/ genehmer / vnverrüffter Landswehrung Jährlichs Zinß reichen wollen: bald darauff aber ist befündlich / das dieser Kauff beschehen vmb N. Tausent Gulden Obgemelter 377
Wehrung / Auch ist in dem einen Brieff expresse gedacht / daß solche N. Tausent Gulden an Reichsthalern / jedes Stuck per 6. Gulden erlegt worden/ welches je anders nicht gedeuten werden mag / dann daß die Herrn Güllverkäuffere den Zinnß an so guter Landswehrung / als jhnen der Kauffschilling geliefert worden / jederzeit entrichten sollen. Nun ist aber herauß hieroben angedeut vnnd behauptet worden / daß der Thaler per 6. Gulden niemahl ein gute oder rechtmäßige Landswehrung gewesen/ Darumb dörffen auch die Herrn Güllverkäuffere die Zinnß anderst nicht / dann eben in solcher Wehrung entrichten/ welches dann das Wort (Obgemelter Wehrung) klärlich zuverstehn gibt. Verbo enim *prædicti.* 378
gedacht oder gemeldte repetunt modum & qualitatem præcedentem: & demonstrant, idem esse in sequentibus, quod in præcedentibus fuit: quemadmodum omnium dictionum relativarum natura est, referre præcedentia cum omnibus suis qualitatibus: & referens regulatur secundùm relatum, *uti docet Octavianus Vulpellus decis.* 110. Vnd wann schon die Herrn Güllverkäuffere expresse gesetzt / sie wolten die Zinnß oder Ablösung nach dem valor erstatten/ wie selbiger jeder Zinnß Zeit gäng vnd geb seyn würde: attamen & hancce clausulam intelligendam esse, volunt nostri Doctores, si res permanserit in eodem, vel non planè dissimili statu, *argum. l. quæro.* 54. *§. inter locatorem.* 1. *ff. locati. Tiraquell. in præfat. l. si unquam. num.* 166. *& seq. C. de revocand. donat. Molin. d. tractat. de usur. numer.* 170. *cum seq. Cothman. consil.* 36. *num.* 269. *&* 304. *& Surd. decis.* 436. 379
num. 2. quo loco scribit, mutato rei monetariæ statu, recedi à pactis conventis. Item contrahentes periculo mutationis gravioris, aut futuro damno non præsumuntur se subjecisse. *Rub. d. consil.* 17. *Surd. consil.* 406. *numer.* 3. Quemadmodum etiam 380
idem Surdus *consil.* 120. censet: quando conveniunt partes, quòd solutio fiat de moneta currente tempore solutionis: tunc nihilominùs novam pecuniam solvendam esse, secundùm valorem antiquæ, eamque reduci ad æstimationem antiquæ, tantumque solvi debere de novâ, quantum necesse est ad æquandum valorem antiquæ. Namque talem clausulam,

sulam, vel conventionem aliud nil operari, quàm quòd debitor non cogatur solvere de pecuniâ antiquâ, sed possit de novâ.

Secundò gesetzt/es hätten die Herrn Güllverkäuffere sich disertis verbis dahin verbunden/ daß sie künfftig in raichung der Zinnß/ wie auch in Wiederlösung des Haubtguts den Thaler per anderthalb Gulden erstatten wolten/ were doch solcher Verspruch / utpote usurariam re sipiens pravitatem, eamque re ipsa in-
381 currens, ipso jure nihil. Et nec tantùm, quid promissum fuerit, attendi debet: sed & quid justè ac secundùm æquitatem exigi possit, considerandum est.
382 Atque adeò invalidus est contractus, usurariam sapiens pravitatem, ut nec juramento corroborari validè satis possit. *c. tuas dudum. 13. ext. de usur. Mascard. de probationib. conclus. 447. numer. 33. & seqq.*
383 Præterea, quòd Imperii Constitutiones, de usurariis contractibus promulgatæ, eosdem non solùm reprobent; sed & omnibus Judicibus seriò mandent, ne super ejusmodi contractibus sententiam ferant, executionemve faciant, notius est, quàm ut debeat justis allegationibus roborari. Ac si quid ultra sortem, & legitimum atque concessum interesse petitum, aut in conventionem deductum est, id non debere attendi, probant Göden *consil. 3. in fine.* Fichardus *vol. 2. consil. 30. num. 4.* & Cravetta, *consil. 47. num. 7.*

Dem allem nach hielten wir für rahtsamb/ daß die Herrn Güllverkäuffere / den Güllkäuffern diese Zinnß nochmahlen würcklich vnd mit Vrkund anbieten/ ob außgeführte Bewandtnuß der Sachen zu Gemüt führen / vnd fahls sie Güllkäuffere nichts destoweniger auff jhrer Meynung beharren / solche pensiones in einer vnpartheyischen Reichsstatt / oder da die Güllkäuffere gesessen / obsignirt hinderlegen möchten.

Quemadmodum suprà decisivè continetur: ita nos Decanus & cæteri Professores Facultatis Iuridicæ, &c. unanimiter sentimus, &c. Actum in Collegio nostro, vigesimo die Mensis Septembris, Anno Christi supra millesimum, sexcentesimum, vigesimo tertio.

384 Colophonis loco hic silentio involvendum non est: quòd novissimè D. Martinus Rümelin. *in disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 19.* autumat: in præmissis & decisis hactenus casibus, neque simpliciter tempus contractûs, neque tempus solutionis spectandum esse, sed potiùs dicendum: bonum Judicem rerum & factorum circumstantias diligenter expendendo, & in singulis casibus peculiarem rationem & æquitatem ante oculos habendo, variè constituturum, quomodo solutio facienda sit; non autem generaliter omnes & indiscriminatim, ad instar unius, statim decisurum (more imperitorum Medicorum, qui uno collyrio morbos omnes sanari volunt) sed omnino talem ubique sententiam pronunciaturum, quæ neque mutuantem cum damno mutuatarii, neque hunc cum damno illius locupletari sinat. Quam novam & singularem opinionem si Judex discretus æquitatisque studiosus in judicando secutus fuerit, fortassis minùs peccabit, *argum. l. placuit. 9. & l. seq. C. de judiciis. l. & si quis. 14. §. idem Labeo ait. 13. circa finem. ff. de religios. & sumpt. fun. l. si servum. 91. §. sequitur. 3. vers. esse enim. ff. de verb. obligat. l. si res tuas. 8. in fin. C. ad exhibend. cum similibus.*

Etenim quòd in istiusmodi prodigiosâ monetæ mutatione præcisè spectandum sit tempus, vel contractûs, vel solutionis: id nullo aperto jure doceri posse videtur. Tam enim hæ quæstiones à jure com- 385
muni exorbitant, quàm eodem jure barbarica hujusce modi monetarum mutatio incognita est, imò reprobata & damnata, inquit Carolus Molinæus, *in tract. commercior. & usurar. &c. quæst. 95. num. 726.*
In his autem, super quibus jus non invenitur expres- 386
sum; Judex, æquitate servatâ, ac circumstantiis omnibus ponderatis, procedere jubetur. *c. ultim. in fin. ubi Panormitan. numer. 6. & 7. ext. de transactionib.* Jure siquidem deficiente, id sequendum erit, quod æquitas suggerit, respondente Paulo Jurisconsulto *in l. 2. & item Varus ait. 5. vers. quanquam ff. de aquâ & aquæ pluviæ arcend.* Hucque pertinent, quæ tradidi infra *ad princ. tit. de officio judic. num. 20. cum aliquot seqq. & in tract. de process. judiciar. decad 2. conclus. 6. num. 4. & seq. itemq; Decad. 16. conclus. 1. num. 5. conclus. 3. num 27. & 8. alibiq; passim.* Porrò plura monetalia juris responsa, nomine inclytæ Facultatis juridicæ, in præillustri Academiâ Tubingensi, magno studio conscripsit Dn. Collega Besoldus: quæ extant *in volum. 2. consil. 58. & aliquot seqq. fol. 159. & multis seqq. item consil. 81. fol. 332. & seqq. nec non volum. 3. consil. 99. & 142. fol. 225. & subseqq.*

§. Is quoque. 1.

Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione: non magis, quàm mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere: cùm is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negocium distrahere, quàm contrahere.

S u m m a r i a.

1 *Indebiti obligatio valde similis mutuo.*
2 *Ut ex mutuo, ita ex indebito sive promutuo usuræ non debentur.*

3. Dif-

77 *Quibus ex causis indebitum, per errorem facti solutum, condici nequeat.*
78 *Intellectus l. inde* Neratius. 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil.
79 *Naturâ iniquum est, aliquem cum alterius damno locupletari.*
80 *Æquitas in omnibus rebus spectanda.*
81 *Volenti nulla fit injuria.*
82 *Ecclesia, justitia cultrix & auctrix.*
83 D. *Boceri cavillationes refelluntur.*
84 *Verbum (videri, & quasi) impropriietatis nota.*
85 *Arumai de novâ Boceri opinatione judicium.*
86 *Plures casus, secundùm Dd. quibus indebiti per errorem soluti repetitio cessat.*
87 *Id maximè debitum putatur, quod ab invito exigi potest.*
88 *Quâ actione indebitum solutum repeti queat.*
89 *Condictio indebiti cui competat, & adversus quem.*
90 Donatio *in dubio non præsumitur.*
91 *Condictio est actio personalis.*
92 *Heres & defunctus pro unâ eâdemq; habentur personâ.*
93 *Num procuratori, qui indebitam solvit pecuniam, & contra procuratorem, qui indebitum accepit, condictio detur: an verò domino, & contra dominum competat.*
94 *Si quis pro reo, qui indebitum promisit per errorem, fidejusserit & solverit; reòne, an fidejussori condictio tribuatur.*
95 *Quid actione condictitiâ petatur.*
96 *Iulianus in l. cùm is. 32. §. ult. ff. de condict. indebit. conciliatur cum Celso in l. si is, cui. 19. ff. de legat. 2.*
97 *In alternativis regulariter promissoris, aut rei electio.*
98 *Quando legatario electio concedenda.*
99 *Conciliatio l. penult. Cod. de condict. indeb. cum l. si non fortem 26. §. si decem. 13. ff. eod. tit.*
100 *Explicatio l. planè si duos. 21. ff. de condict. indebit.*
101 *Indebiti condictio cur dicatur naturalis.*
102 *Quænam in illam veniant.*
103 *An judex, qui reum ad redditionem pecuniæ, indebitè acceptæ, condemnat, simul eundem in usuras condemnare possit.*
104 *Nunquid renunciatio, sive generalis, sive specialis, indebiti condictionem impediat.*
105 *Errantis nullus consensus.*
106 *Nemo intelligitur renunciare juri suo, quod sibi competere ignorat.*
107 *An actio condictitia cum rei vindicatione concurrat.*

1 SEcunda species contractuum seu obligationum, quæ *re* contrahuntur, est *solutio indebiti*, per errorem facta. Nam is, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, *re*, hoc est, ex ipsa solutione seu numeratione, obligatur, quasi ex mutui datione, ut indicat *Iustinianus hoc in §. & Cajus in l. si quis absentis. 5. §. is quoque, qui non debitum. 3. ff. de obligat. & actionib.* Unde patet, indebiti obligationem valde esse similem mutuo, *de quo jam abundè tractatum in principio hujus titul.* Et quidem similitudines hæ potissimum notandæ veniunt. I. Actio ex utroque negocio nata dicitur condictio, *hoc §. nostro. dict. l. 5. §. 3 ff. de obligat. & actionib.* II. Quemadmodum ex mutuo usuræ non debentur. *leg. Titius Sempronio. 24. ff. de præscript. verb.* ita quoque ex indebito 2 (quod promutuum nonnulli appellitant, *Cujacius in Paratitl. Cod. de condict. indebit. & lib. 8. observat. cap. 34. Anton. Matthæus & Heigius in hoc §.*) usuræ non dantur. *l. 1. C. de condict. indebit.* III. Dominium in utroque transfertur. *l. dominus. 53. ff d. tit. initio hujus tit. in fine.* IV. In utroque redditur res ejusdem bonitatis. *leg. cùm quid. 3. ff. de reb. credit. l. in summa. 65. §. in frumento. 6. ff. de condict. indebit.* V. Ut ex mutuo; ita ex indebito sive promutuo pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur. *hoc §. nostro. ibiq; Mynsinger. num. 8. l. obligari. 9. ff. de auctorit. & consens. tutor. & curator.* VI. Ut mutui; ita & promutui actio per liberam personam nobis acquiritur. *l. certi. 9. §. si nummos. 8. ff. de reb. credit. l. si per ignorantiam. 6. C. de condict. indebit. Cujac. d. lib. 8. observat. cap. 34.* Differentiæ verò inter isthæc duo negocia afferuntur illæ. I. Mutuum verus est 3 contractus, *ut ostensum suprà ad principium hujus tit. num. 8.* indebitum videtur potius distractus, *ut hic in versic. Sed hæc species obligationis, &c. §. item is, cui. 6. infr. de obligationib. quæ quasi ex contract. nascunt.* II. Mutuum est juris gentium. *§. sed jus quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure. supr. de jur. nat. gent. & civil.* indebitum est ex jure naturali. *l. indebiti. 15. in princ. & l. si quod dominus. 64. ff. de condict. indebit.* III. Ex mutuo promanat tantùm certi condictio, *per princ. hujus titul.* ex indebito quandoque etiam incerti condictio nascitur, *l. sed & si me. 22. in fine. ff. de condict. indebit.* IV. In mutuo redditur tantundem, quantum est datum. *l. 2. in princ. & dict. l. 3. ff. de reb. credit.* ast in indebito sæpe plus restituitur, velut fundus cum fructibus, &c. *leg. videamus. 38. §. 2. ff. de usuris, leg. indebiti. 15. d. l. in summa. 65. §. ei, qui indebitum. 5. ff. de condict. indeb.* V. Etsi utrumque in iisdem ferè rebus habet locum: tamen indebitum interdum in aliis quoque rebus, quam iis, quæ numero, pondere, aut mensurâ constant, ut in fundo, in servo, in servitutibus, & cæteris, locum obtinet. *d. l. sed & si. 22. in fin. & l. cùm is. 32. §. ultim. cum simil. ff. eod. tit. Giphan. hic in vers. nam perinde, &c.* VI. Mutuam pecuniam accipiens tenetur ex mutuo, etiamsi illa perierit, & debitor locupletior factus non sit. *leg. incendium. 11. Cod. si cert. pet. & expositum suprà initio hujus titul. numer. 20. & seqq.* Indebitum autem per errorem accipiens, eatenus tantùm tenetur, quatenus ex eo locupletior

tior est factus, d. l. cùm is. 32. in pr. d. l. in summa. 65. §. penult. ff. de condict. indeb. l. cùm hi. 8. §. si quis de alimentis. 22. ff. de transactionib. Andr. Clud. in Commentar. de condict. indebit. cap. 2. num. 84. & seqq. ubi
4 plures differentias fusius recenset. Enim verò promutuum & indebitum in eo maximè differre sciendum est: quòd promutuum dicitur, quando res solvitur, cujus datione in creditum itur, hoc est, quæ pondere, numero, mensuravè continetur: quo casu accipiens ex quasi mutuo, ex promutuo, ex tacito mutuo obligatus est. Quòd si alia quævis res solvatur, cujus datione in creditum ire non solemus, puta si corpora, homines, vasa, hisque similia soluta fuerint; promutuum non censetur, sed indebitum: ac proinde eo casu condictio non est ex quasi mutuo, sive ex promutuo, sed ex bono & æquo: ut, post Cujacium d. lib. 8. observat. cap. 34. circa fin. & ad princip. tit. C. de condict. indebit. explicat Cludius d. caput. 2. num. 93. Vide Bachovium hic n. 1. pag. 733.

5 Indebiti solutio non malè definitur contractus, vel quasi contractus, re initus, quo pars una per errorem quippiam, quod non debet, sui liberandi causâ alteri dedit parti, & eandem ad id reddendum obligavit. Dn. Collega Bocer class. 2. Disput. 8. thes.
6 1. edit. 2. Et sanè contractus est indebiti solutio, cum id agitur; ut, si posteà appareat, solutum esse indebitum, restituatur, l. 2. in princip. ibique Iason ff. de condictione indebit. Timæus Faber disput. 22. ad Institut. Imperial. thes. 10. Quo etiam referri poterit l. si in area. 33. ff. eod. titul. ubi Julianus disertè respondit: eum, qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negocii gerere, id est, contrahere, ut ibi præcedens ac subsequens propositio ostendit: quemadmodum & alibi phrasis illa accipitur, leg. in commodato. 17. §. sicut autem. 3. vers. geritur. ff. commodat. Olemann. ad lib. 3. Disputation. juris civil. Giphanii. disputat. 24. num. 46. Rittershus. in hoc § pag.
7 408. Quasi verò contractus est indebiti solutio, si quis tantum animo liberandi se ab obligatione, eamque distrahendi, non etiam causâ obligandi accipientem, solvat, hoc §. nostro, vers. sed hac species. &c. d. §. item is, cui. 6. instit. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc. l. si quis absentis. 5. §. is quoque. 3. in fin. ff. de obligat. & actionib. l. is, qui commodatum. 13. § fin. ff. commodati. D. Bocerus hic num. 7. pag. 169. ubi ait, negocium hoc esse contractum, esse etiam distractum diversa consideratione. Contractus est, si appareat indebitum: distractus obligationis est, si sit debitum. Verum hanc rem latè, licèt diversimodè, examinant Donellus lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 16. & 17. & utrobique Hilliger. in suis notat. Cludius in. d. Commentar. de condict. indebit. c. 1. numer. 67. cum multis seqq. Mozzius in tractat. de contractibus rubr. de indebito. in princip. numer. 2. Rainaldus Corsus libro 1. indagat. jur. c. 31. Rober. Disputat. 14. thes. 6. Schickard. Disputat. ad Institut. 12. thes. 4. & resolut. q. 1. Arumæus Exercit. Iustin. 13. thes. 14. Wesenbec. hic numer. 1. & Vultejus in d. §. item is, cui. 6. instit. de obligat. quæ q. ex contract. nascuntur. Hunnius libr. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 3. part. 2. quæst. 1. & 2. Bachovius in tractat. de actionib. Disputat. 4. th. 15. pag. 139. & seq. Ungepaur. exercit. Iustin. 12. quæst. 8. pag. 470. & seq. edit. ult. Richter. in tract. de contractib. Disputat. 3. th. 2. lit. 6. &c. pag. 58. cum seq. nec non Osterman. hic in suis rationalib. pag. 66. & seq. Dici- 8
tur in definitione, per errorem. Nam qui sciens indebitum solvit, donare videtur, l. qui fundum. 7. §. servus. 2. in fine. ff. pro emptore. l. cujus. 53. ff. de reg. jur. eoque nec accipiens ad id reddendum obligatur. l. 1. l. si is, qui 24. l. judex. 28. l. quod quis. 50. ff. de condict. indebit. l. indebitum. 9. C. eod. & latiùs tractabitur infrà suo loco. Additur, alteri &c. Etenim 9
cum re hic obligatio constituatur, per hunc §. nostrum. ibi, re obligatur. & d. l. si quis. 5. §. 3. ibi, obligatur quidem. ff. de obligat. & act. proficisci illa debet per solutionem à solvente ad eum, cui solvitur, argument. leg. 1. §. item emptio. ff. de rer. permutat. & solutam intelligimus pecuniam utique naturaliter, si numerata sit. l. solutam. 49. ff. de solutionib. & dandum est, quod solvitur, hoc est, dominium eius in accipientem est transferendum: cùm pro eo repetendo competat condictio, qua non nostram, sed adversarii rem persequimur, §. sic itaque discretis. 14. instit. de actionib. D. Bocerus dict. class. 2. Disputat. 8. thes. 1. ad liter. g. Effectus quippe indebiti est, ut per 10
illud in accipientem dominium transferatur, argum. l. interdum. 29. in fin. & l. dominus. 53. ff. de condict. indebit. Neque obstat, per errorem indebito solutionem fieri, ut ex hoc §. nostro, & definitione modò propositâ constat. Errorem autem dominii transla- 11
tionem impedire. l. si procurator. 35. ff. de acquir. rer. domin. l. dedi tibi. 3. § penult. ff. de condict. causa data, &c. Hoc enim locum sibi vindicat in iis, quæ essentiam solutionis spectant; vel quando in ipsa re, ejusque solutione est erratum: quo casu dominium non transfertur, dictu juribus. Secus se res habet, quando in causa solvendi error committitur, ut in indebiti solutione: quo casu dominii translatio non impeditur, argument. l. cùm tale. 72. §. falsam. ff. de conditionib. & demonstrat. Iul. Pac. ad rubr. tit. C. de condict. indebit. num. 4. Vultejus ad §. sequent. 16. num 53. instr. de actionib. Cludius d. Commentar. de condict. indeb. cap. 1. num. 32. & cap. 9. num. 7. pag. 374. Adde Valentinum Riemer. decad. 9. quæst. illustr. 7.

Indebitum porro non ex re ipsa solum, verùm et- 12
iam ex persona dantis & accipientis æstimandum est, docente Donello lib. 14. Commentar. de jur. civ. cap. 11. pag. 354. num. 40 cum seqq & cap. 13. in princ. pag. 264. Ex re ipsa duo indebiti genera, quæ locum faciant repetitioni soluti, existunt. Unum 13
genus est: cùm quid omnino non, neque civili, neque naturali jure debetur. l. si non sortem, 26. §. indebitum. 3. ff. de condict. indeb. Hujusmodi quoque indebitum est: cum verè causa præcessit, ex qua quid debeatur, sed debetur sub conditione vera, de qua scilicet incertum sit natura, an exsistat,

necnè. *l. sub conditione. 16. ff. d. tit.* Alterum genus est: cùm quid jure quidem civili peti potest; sed actio per exceptionem perpetuā infirmatur. *d. l. si non sortem. 26. § indebitum. l. qui exceptionem. 40. l. ex his omnibus. 54. ff. de condict. indebit. l. creditor. 55. ff. de verbor. significat. Pac. in epitom. jur. Disputat. 15. thes. 14. lit. h. & centur. 4. ἐναντιοφ. quæst. 15. Wesner. Disputat. 13. thes. 4. ad. lit. C.* Cui exceptioni annumeratur etiam exceptio, quæ ad rei debitę perpetuā retentionem comparata est, puta vel ad servādas impensas, in rem alienam factas. *d. l. qui exception. 40. §. 1. ubi Bartol. ff. de condict. indebit. l. quod dicitur. 5. §. penult. ff. de impens. in res dotal. fact. l. heres. 21. vers. similem. ff. ad senatusconf. Trebell. Pac. d. centur. 4. quæst. 9. & 12. Vult. in §. sequent. 26. numer. 44. infr. de actionib.* vel hereditate vendita ad servaudum id, quod venditori defunctus debuit. *l. si is, qui. 54. ff. de condict. indebit. juncta l. 2. §. ult. ff. de heredit. vel act. vendit.* vel soluto fideicommisso aut legato, ad exigendam cautionem Falcidiæ nomine inventam. *l. si quis, cum. 39. ff. de condict. indebit. junctā l. is, cui. 31. ff. ad leg. Falcid. & leg. 1. ff. si cui plus, quàm per l. Falcid. &c.* vel fundo vendito, & servitute, quæ ei imponi debuit, non imposita, ad eam impouendam. *l. sed & si. 22. §. ult. ff. de condict. indeb. l. si tibi. 8. ff. de action. empt.* D. D. *Bocer. class. 2. disputat. 8. thes. 7. lit. g. edit. 2.*

14 Itaque qui illud, quod jure naturali tantùm debet, solvit; quamvis indebitum hac censeatur ratione, quod ab invito exigi non potest. *l. creditores. 10. vers. quòd si natura, &c. junctā l. debitor. 108. ff. de verbor. significat.* solutum tamen repeti nequit. *l. naturales. 10. ff. de obligat. & act. l. fidejussor. 16. §. naturales. 4. ff. de fidejussor. l. naturaliter. 13. l. si pœna. 19. in princ. l. frater. à fratre. 38. §. 1. & 2. l. si quod dominus. 64. ff. de condict. indebit. l. sed et si. 9. in fin. cum l. seq. ff. ad senatusc. Macedon. D. Bocer. hic n. 18. & d. Disputat. 8. thes. 8. Pac. d. Disputat. 15. thes. 15.* Vide Bachovium, ingeniose in contrarium disputantem, *d. tr. de actionib. disputat. 4. ad thes. 16. pag. 141. & seq.* De donatario, ad ἀντίδωρα obligato, quæri solet: num si solvat, repetere possit solutum, tanquam nullo jure, nec civili, nec naturali debitum. Affirmativam probabiliorem judicant *Arius Pinelus ad l. 1. C. de bon. matern. part. 3. num. 60. Donellus lib. 12. commentar. de jur. civ. c. 2. pag. 8. num. 20. cum seqq. & D. Bocerus hic num 33. & seqq. pag. 172.* Verùm pro negativa militare videtur textus expressus *in l. sed & si. 25. §. consuluit. 11. ff. de petit. heredit. & l. si pignore. 54. §. 1. ff. de furt.* Quos textus quamvis eludere conetur Donellus: tamen ad ipsius rationes prolixè resondet D. Hunnius *d. lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 2. quæst. 4. pag. 901. & seqq.* Eamque negantem sententiam, ceu naturali æquitati apprimè consentaneam, jam olim defenderunt *Fortunius Garsi. in l. 1. §. jus naturale. numer. 65. & seqq. ff. de justit. & jur. Zasius lib. 1. singul. responsi. caput. 3. num. 22. & Covarruv. in c. cum in officiis. 7. numer. 10. ext. de testament.* Tametsi illam, ceu ineptam, repudiet Bachovius *d. Disputat. 4. sub. th. 16. pag. 143.*

Sed & illud naturale tantùm est debitum, quod ea obligatione naturali continetur, quæ ex datione mutuæ pecuniæ, quam frater fratri, ejusdem patris potestati subjecto, credidit, nascitur. *d. l. frater à fratre. 38. in princ. ff. de condict. indebit.* At vehemens hic 15
concertatio exurgit: ecquid naturalis illa obligatio, quæ inter fratres contracta est, patri confestim acquiratur; an verò in persona filii creditoris subsistat? Et (quidquid in contrarium diversimodè & anxiè disputent *Accursius & Hotomanus ad d. l. frater à fratre. 38. ff. eod. Iohan. Robert. lib. 1. recep. lect. cap. 30. & libr. 3. animadvers. cap. 6. cum 2. seqq. & lib. 3. notat. ad notata Mercerator. cap. 6. cum 2. seqq. Henricus à Sverin in lib. repetit. lection jur. cap. 10. Anton. Faber lib 20. conjectur. caput. ult. hosque referens novissimè Hilliger. in Donello enucleate libr. 14 cap. 19.*) communiorem ego, veriorem que eorum puto esse sententiam, qui obligationem illam naturalem patri per filium confestim adeò acquiri autumant, ut ne momento quidem in persona filii subsistat. *Ita tenent Bartol. Bald. Iason, Lescurius & Mercerius ad d. l. frater à fratre. 38. ff. de condict. indebit. Cujacius tract. 9. ad African. in explicatione dictæ l. 38. Duaren. ad dict. tit. cap. 6. Donell. d. lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 19. pagin. 289. Vincent. Cabotius lib. 1. Disputat. cap. 21. D. Bocer. d. Disput. 8. thes. 9. lit. b. & in hoc §. num. 22. pag. 170. Pacius cent. 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 17. & Cludius in Commentar. de condict. indebit. cap. 4. num. 20. & seq.* Atque hæc sententia comprimis 16
probatur textu perquam luculento *in leg. placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* ubi Ulpianus generaliter ostendit; non solum hereditatem, sed & aliud quodlibet jus, sive quamcunque aliam rem, sive obligationem qualemcunque, patri & domino per filium & servum confestim acquiri; neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur. Maximè vero patri & domino acquiruntur ea, quæ juris sunt, vel in jure consistunt. *l quod dicitur. 130. ff. de verb. obligationib.* Obligationes autem 17
inter ea referri, quæ in jure consistunt, & in oculos, non cadunt, patescit *ex §. incorporales. 2. supr. de reb. corporalib. & incorporalib.* Deinde obligationem acquiri patri per filium, evincitur *ex d. l. frater à fratre. 38 in princ. vers. adeò ut, &c. ff. de condict. indebit.* ubi filius, qui mutuam pecuniam à fratre accepit, debitor patris vocatur. Si ergo debitor est patris: obligationem certè patri acquisitam esse, necesse est. Ille enim debitor dicitur, qui nobis obligatus est: & verbum, *debetur*, obligationem præsupponit, *argument. l. debitor. 108. & l. pecunia verbum. 178. §. ult. ff. de verbor significat.* Præterea patri obligationem 18
per filium, acquiri, ex natura actionis de peculio, *de quâ agitur in d. l. frater. à fratre. 38. ff. de condict. indeb.* perspicuum evadit. Pater namque ex contra- 19
ctu filii, cui peculium concessit, actione de peculio conventus, deducere potest non tantùm, quod sibi.

sibi filius debet; verùm etiam quod idem filius fratri suo, alteri filio, debet: cùm hoc ipsum patri quoque debeat. Si igitur hoc ipsum pater deducere potest. obligationem naturalem per filium patri esse acquisitam, consequens est. Hoc etenim naturalis obligatio, patri acquisita, operatur: ut ipse deducere possit, quod frater fratri debet, ac filius patri acquisivit. Et quemadmodum domino servus debet, quod debet conservo, vel filiofamilias domini. *l. sed si damnum. 9. §. huic definitioni. 3. ff. de peculio. l. si peculium. 6. in princip. ff. de pecul. legat.* ita quoque quod frater debet fratri, ipsi patri debere dicitur: cum eadem ratio in utroque militet. *Donell. & Cludius locis praallegatis, ubi id fusius confirmant.*

20 Huic assertioni non obstat sequens argumentatio: Si naturalis obligatio patri per filium acquireretur: pater ipse filio nunquam naturaliter obligaretur: siquidem obligatio naturalis filio acquisita adversus patrem, non consisteret in persona filii; sed patri mox acquireretur, & ad patrem statim recurreret: & sic obligatio naturalis confusione extingueretur, patre eodem momento creditore & debitore existente: cum nemo sibi ipsi possit obligari. *l. cum filiofamilias. 11. vers. denique. ff. de legat. 1. l.*
21 *Granius. 71. ff. de fidejussorib.* Atqui patrem filio naturaliter obligari, liquet ex *d. l. frater à fratre. 38. §. contrà si pater. 2. ff. de condict. indebit.* ubi filius patri pecuniam peculiarem credit, & pater filio naturaliter obligatur: adeò, ut ista patris obligatio etiam post emancipationem duret. Ergo obligatio naturalis patri per filium non acquiritur. Hæc, *inquam*, argumentatio non obstat. Nam respondetur: acquiri patri quidem naturalem obligationem ipso jure; sed quamdiu pater eâ acquisitione non utitur, id est, quamdiu peculium manet apud filium, non intelligi acquisitam. Nam sua sponte pater patrimonium suum separavit à peculio, ac veluti patrimonio filii; rationes suas, à rationibus filii: quemadmodum Julianus pecuniam servi, à rationibus domini separari inquit. *l. per servum. 37. §. 1 ff. de acquir. rer. domin.* & Pomponius, dominum suum à servi ratione separare & discernere, ait. *l. peculii. 4.*
22 *in princ. ff. de pecul.* Hæc rationum separatio mentem & voluntatem patris declarat, quòd obligatione naturali, quæ ipso jure ei acquisita est, & competit, uti nolit. Hæc item bonorum separatio personam patris, à filii persona distinguit, effectumque patriæ potestatis impedit: ut obligatio naturalis, quæ alias patri acquiritur, pro non acquisita habeatur. *Cujac. in explicatione dictæ l. frater à fratre. 38. ff. de condict. indebit.* Deinde in hac quæstione distinguendum & dispiciendum est: an contractus celebretur inter patrem & filium, vel dominum & servum: an inter fratres, vel conservos. Priori casu pater filio, & dominus servo naturaliter obligatur, nec ea obligatio patri aut domino acquiritur; sed in persona filii & servi subsistit. *d. l. 38. §. quæsitum. 1. ff. eodem tit.* Posteriori verò casu obligatio naturalis patri & domino acquiritur; nec in filii atque servi personâ subsistit. Ratio diversitatis hæc redditur: quoniam priori casu, quando cum ipso patre contractus est habitus, natura non patitur, ut pater sibi ipsi debeat, quod debet filio. In id quippe contraxit cum filio, ut filio debeatur, eique obligatio quæratur. At casu posteriori, cùm ipse pater non contraxit, secus se res habet. Tunc enim quod filius acquirit, non sibi, sed patri acquirit: ac proinde obligationem quoque naturalem patri acquiri, rectè statuitur. Cæterum si filius vel servus cum extraneo contraxerit: patri civilis etiam obligatio acquiritur, *argument. l. nec servus. 41. vers. itaque. ff. de peculio.* Ibi dum Ulpianus ait, quod servo debetur, ab extraneo dominum rectè petere, satis evidenter arguit, civiliter id domino quoque deberi. Illud namque, quod civiliter debetur, petitur: & ex civili obligatione, non item ex naturali, petitio actiove oritur. Sed vide omnino Cludium. *d. Commentar. de condict. indebit. cap 4. numer. 29 & multis seqq.* ubi omnia argumenta, quæ contra nostram conclusionem à Roberto & Hotomano objiciuntur, abundè refutat atque resolvit. Enim verò mortuo pa- 23
tre, naturalis isthæc obligatio, quæ inter fratres contracta, & patri confestim quæsita est, per fratris debitoris successionem tollitur pro eâ parte, qua heres est, *sæpe citatâ l. frater à fratre. 38. in princ. ff. de condict. indebit.* Cùm enim debitor creditori, vel 24
hic illi succedit: confusione debiti & crediti obligationem tolli, clarissimi juris est. *l. heres. 21. §. quod si stipulator. ff. de fidejussorib. l. matrem. 80. ff. ad senatusc. Trebell. l. Stichum. 95. §. aditio. ff. de solutionib. l. debitori. 7. C. de pact. Mercerius in suo lib. singul. ad dict. l. frater à fratre. pag. 25. & seq.* Tollitur item, 25
ista obligatio pro portione profectitii peculii fratris debitoris, quæ ad fratrem creditorem pervenit, compensationis potestate. *d. l. frater. 38. in princ. ff. de condict. indeb. l. etiam. 6. ff. de compensat. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 8. thes. 10. lit. b. edit. 2.* Quare si frater debitor, post mortem patris, fratri creditori mutuam pecuniam solverit: poterit utique frater debitor pro eâ parte, qua ipse patri heres extitit, repetere solutam per errorem pecuniam; ut & pro sua portione peculii profectitii, quæ ad fratrem creditorem pervenit. *d. l. frater. à fratr. 38. in princ. ff. de condict. in deb. Cujac. prædicto tractat. 9. ad African. pag. 586. & seq. Donell. d. lib. 14. cap. 19. Treutler. Disput. 22. thes. 9. ad lit. b. volum. 1.*

Sanè illud quoque debitum, à cujus petitione creditor per debitorem exceptione temporali repelli potest, solutum repeti nequit. *l. si is, qui perpetuâ. 24. & l. qui exceptionem. 40. in princip. ff. de condict. indebit.* Cujusmodi censetur etiam exceptio mariti, & similium personarum, ne conveniantur ultrà quàm facere possunt, utpote petitionem diffe- 26

 rens

rens in id tempus, cùm amplius facere potetunt. *l. nam. & maritus. 9. ff. eod. l. unic. §. cùm autem. C. de rei ux. act. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 8. thes. 12. lit. a. Clud. d. Commentar. de condict. indeb. cap. 5. n. 120.*
27 *& cap. 8. num. 113.* Hinc quæri solet: num in diem debitor, antè diem debitum solvens, id repetere valeat? Et distinctione hic utendum est: Aut enim in diem certum; aut incertum aliquid debetur, & ante diem solvitur. Hoc casu condictio locum habet: illo non item. Ratio differentiæ est perspicua: quia in diem certum quando aliquid debetur: certum est, diem futurum; ideoque antè diem deberi rectè dicitur. *l. in diem. 10. ff. de condict. indebit. l. credere diem. 213. in princ. ff. de verbor. significat. l. centesimis. 46. in pr. ff. de verbor. obligat.* Nec officit, diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur: proindeque in diem promissum statum non deberi. *leg. eum, qui Calendis. 41. § quotiens. vers. verùm dies. ff. eod.* Illud si quidem ad effectum referri debet: quia in diem quod promissum est, statim non ita debetur, ut peti possit, sed demum adveniente die: obligatio autem incipit ex illa die, qua pecunia est promissa: & diei adjectio pro promissore est, *ut ait Vlpian. in d. vers. verùm dies, &c.* Cæterùm in diem incertum promissum (*putà, cum Sempronius consul factus fuerit; vel Casar hostes viceris, &c.*) conditioni comparatur: propterea quòd potest non venire: ac ideirco vim conditionis illud habet, & repetitionem permittit. *leg. dies incertus. 7. ff. de condition. & demonstrat. l. sub conditione. 16. & l. sufficit. 56. ff. de condict. indebit.* Tametsi id solutum, quod debetur sub eâ conditione, quam certum est omnimodo exstituram, condici neutiquam possit. *l. quod si ea conditione. 18. ff. d. tit.* conditione in certum collata, propter eventus certitudinem, obligatio pura censeatur. *l. si pupillus. 9. §. 1. ff. novat. & delegat. Clud. d. Commentar. de condict. indebit. caput. 2. num. 7. cum seqq. & cap. 8. num. 3. & seqq.* Adde Hunnium *lib. 3. var. resolution. jur. civ. tract. 2. quæst. 11. item tract. 3. part. 2. quæst. 5. pag. 904. & seq.*

28 Cùm igitur is, qui in diem certum debet, adeò debitor sit; ut antè diem solutum repetere haud possit: non abs re ambigitur, an medii temporis interusurium, accessiones, fructus, commoda aut emolumenta, quorum ratione debitor damno se ex prænatuta solutione affectum dicit, restituenda sit? Et licèt ajens sententia arrideat *Alberico de Rosat. Fulgosio & Iasoni ad d. l. in diem. 10. ff. de condict. indebit. Duareno ad eundem tit. cap. 5. vers. sed quæritur, an interusurium, &c. Molineo in tract. de usur. quæst. 74. num. 497. Hackelmanno illustr. disput. 10. thes. 8. lit. C. Cludio d. Comment. de condict. indebit. cap. 8. n. 29. & seqq. Philippo Knipschildt. exercitat. Acad. 11. quæst. 10. pag. 399. itemque Hunnio locis antedictis.* negativam tamen (quam & ego in puncto juris veriorem censeo) non sine rationibus defendunt *Bartolus in l. 1. numer. 30. Castalius & alii in d. l. in diem. 10. ff. de condict. indebit. Trentler. Disputat. 22. thes. 5. lit. d. volum. 1. Matthias Stephani centur. 3. quæst. 28. Robertus Disputat. 14. thes. 7. & Robertus lib. 1. sententiar. jur. cap. 26.* ubi asserit, ex communi antiquiorum sententia verius id esse: soluto eo, quod in diem debebatur, nec sortis principalis, nec accessionum, nec interusurii medii temporis nomine quicquam repeti posse, quocunque errore id solutum sit. Cùm enim principale debitum repeti non possit. *d. l. in diem. 10. d. l. sub conditione. 16. in fin. cum l. seq. ff. de condict. indebit.* ubi generaliter & simpliciter rei solutæ condictio prohibetur: utique nec interusurii, tanquam accessorii, ratio habebitur, *l. eos, qui. 26. in princ. C. de usur. c. accessorium. 42. de reg. jur. in 6. l. cum principalis. 178. eod.* Nam generaliter dicta, 29 generaliter etiam sunt accipienda: tam in odiosis, quàm favorabilibus. *l. 1. §. initio. 4. ff. de offic. præfecti urb. l. 1. ff. de offic. præsid. l. regula. 9. §. ult. ff. de jur. & fact. ignor. Tiber. Decian. consil. 39. num. 54. volum. 2.* Et semper specialia generalibus insunt, *auctore Cajo in l. semper. 147. ff. de reg. jur.* Et à generalitate 30 quod non est nominatim exceptum, non videtur specialiter dictum. *l. uxorem. 41. §. Felicissimo. 3. ff. de legat. 3.* Et de genere quod dicitur, idem de specie judicatur. *leg. qua de tota. 76. in princ. ff. de rei vindicat.* Et à quo removetur genus, ab eodem removentur species. *l. 1. §. quod autem. ff. de aleatorib. cum* 31 *similibus allegatis per Everhardum à Midelburgo in loc. à genere ad speciem. num. 1.* Et denique principale qui perdit, eum etiam accessorium perdere palam 32 est. *l. Labeo. 17. ubi Bartol. ff. quemadmod. servitutes amittunt.* Præterea ipsa diei adjectio obligationis substantiam verè non respicit, sed executionem tantum: si quidem dilatio solummodo in favorem debitoris adjecta censetur. Quocirca diem obligationi adjectum lex interpretatur, non ut debitor medii temporis interusurio fruatur: sed ut facilius solutionem parare, suoque tempore debitum præstare possit. *leg. eum, qui Calendis. 41. §. quoties. ff. de verbor. obligat. l. quod quis. 50. ff. de obligat. & actionib. l. eum tempus. 17. ff. de regul. juris.*

Hanc decisionem nihil impedit vulgatum istud 33 axioma juris: quòd nemo debeat locupletari cum alterius injuria, jactura & detrimento. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indebit. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur.* Is autem, qui ante diem accipit debitum & medii temporis interusurium non restituit, cum alterius, videlicet debitoris, jacturâ & damno locupletetur. *Etenim* respondetur: eum, qui in diem certum debet, vere debere, debitumque purum, & debitum in diem æquiparari. *leg. si Stichum. 8. §. 1. ff. de novat. & delegationib.* Ideoque ante diem qui sol- 34 vit, plus solvit tantum ratione executionis, non verò obligationis. Atqui solutio transfert dominium in eum, cui est solutum, *argument. l. si rem meam. 20. & l. qui sibi. 33. ff. de solutionib. l. naturaliter. 31. l. Iulianus. 60. & l. si quod dominus. 64. ff. de condict. indebit.* Itaque non immeritò commoda & emolumenta dominii consequitur, *arg. §. item ea, qua*

ex

ex animalibus. 19. *supr. de rer. divis.* & *l. item qua.* 6. *ff. de acquir. rer. domin.*

Eandem quoque decisionem minimè infringit, quòd is, qui per errorem ratione quantitatis plus solvit, id repetat. *l. si pœna.* 19. §. *fin. ff. de condict. indebit.* & qui solvit ante diem, plus solvat, *argument.* § *si quis agens.* 33. *vers. plus autem. infr. de actionib.* cum dies sit pars summæ & obligationis. *leg.* 1. §. 6. *editioner.* 2. *ff. de edend. l. ut si cui.* 12. *in fin. ff. de verbor. significat.* ac proinde eadem ratione, quod tempore plus solu-

35 tum est, rectè condicatur. *Ratio* namque diversitatis inter hæc satis evidens est. Qui enim quantitate plus solvit; revera plus solvit: qui tempore; respectu executionis duntaxat, non debiti, plus solvisse dicitur, ut paulò antè monitum. *Sed vide accuratius id explicantem Robertum d. lib.* 1. *sentent. jur. caput.* 26. & *Roberum d. Disputat.* 14. *ad thes.* 7.

36 Quanquam autem debitum, quod quis perpetua exceptione tutus solvere non tenetur, si solutum sit per errorem, repeti queat: ut & illud, quod num temporariam, an perpetuam exceptionis defensionem habiturum sit, incertum est; veluti de quo convenit, ne petatur, donec Titius consul fiat. *l. sufficit.* 56. *ff. de condict. indebit. Cujac. in Commentar. in lib.* 8. *quæst. Papiniani. pag.* 156. & *seq. Duaren. ad d. tit. ff. de condict. indebit. caput.* 5. *Vult. in* §. *sequent.* 16. *numer.* 43. *infr. de actionib. Treutler. d. disputat.* 22. *thes.* 5. *ad lit. f. volum.* 1. *D. Bocer. class.* 2. *Disputat.* 8. *thes.* 13. *edit.* 2. attamen si exceptio illa in odium ejus, cui debetur sit comparata, soluti repetitio cessat. Unde si mulier ex intercessione sua quod debet, per errorem solvat, ejus repetitionem habet: at filiusfamilias si pecuniam, quam contra senatusconsultum Macedonianum accepit mutuam, paterfamilias factus solvat, non repetit. *l. si pœna.* 19. *in principio. l. si non sortem.* 26. §. *si filiusfamilias.* 9. & *l. qui exceptionem.* 40 *in princ. ibique Gothofred. ff. de condict. indebit. l. sed si paterfamilias.* 9. *in fin.* & *l. seq. ff ad senatusc. Maced. Donell. libr.* 14. *Commentar. de jur. civil. cap.* 11. *pag.* 256. *numer.* 40. *Pacius centur.* 4. *ἐναντιοφανῶν. quæst.* 15. *Cludius in Commentar. de condict. indebit. cap.* 2. *numer.* 28. *cum seqq. pag.* 65. & *cap.* 5. *numer.* 126. *pag.* 284. *item caput.* 8. *numer.* 61. *cum seqq. pag.* 358. & *num.* 74. *cum seqq. p.* 361. Enimverò hic non ignorandum: eum, qui solvit per errorem, quod exceptione doli mali, vel rei judicatæ tutus solvere non tenebatur, solutum repetere posse, *per textum notabilem in l. qui se debere.* 7. *ff. de condict. causa dat. causa non secuta. dict. l. qui exceptionem.* 40. *ff. de condict. indebit.* ita tamen, ut vero debitori, quem judex malè absolvit, repetitio denegatur, si sua sponte sciens, bonamque fidem agnoscens, solverit. *l. judex.* 28. & *l. Iulianus.* 60. *in princip ff. eod. Cujac. ad lib.* 22. *Pauli ad edict. pagin.* 120. *latissimè Donell. d. lib.* 14. *caput.* 12. *ibique Hilliger in suis not. D. Bocer. dict. Disputat.* 8. *thesi* 14. Eaque de re vide diffusius disputantem D. Hunnium, *d. lib.* 3. *tract.* 3. *part.* 2. *quæst.* 7. & *seq. pag.* 907. & *seqq.*

Ex persona dantis & accipientis indebitum æstimatur; si vel is, qui suo solvit nomine, non debet illi, cui solvit, tametsi quod solvitur, accipienti debeatur ab alio. *leg. si pœna.* 19. §. 1. *junctâ l. in summa.* 65. §. *ult. ff. de condict. indebit.* vel si is, qui solvit, debet quidem, quod dat, sed non ei, cui solvit: proindeque solutum quod est, ut indebitum repeti potest. *dict. l. summa.* 65. §. *ult. ff. eod. D. Bocer. d. class.* 2. *Disputat.* 8. *thes.* 16. *edit.* 2. & *in hoc* §. *numer.* 41. & *seqq.* Cæterùm *prædicta l. si pœna.* 19. §. 1. *ff. d. tit.* (ubi nominatim traditur, quamvis debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dedit, non debuit, repetitionem competere) non contrariantur *l. repetitio.* 44. *ff. eod.* & *l. de hereditate.* 5. *C. de petit. heredit.* ex quibus clarescit, repetitionem cessare, quando suum, vel sibi debitum quis recepit, licèt à vero debitore non sit solutum. *Etenim* communi, eaque verissima distinctione res explicanda: Aut is, qui solvit, quod alius debet, suo nomine solvit; & tunc competit condictio indebiti, & verus debitor non liberatur. *d. l. si pœna.* 19. §. 1. *d. l. in summa.* 65. §. *ult ff. de condict. indebit. l. si à patre.* 5. *C. eod. l. si quid possessor.* 31. *in princip. ff. de petit. heredit. l. cum qui.* 38. §. 6. *de peculio.* 2. *ff. de solutionib.* Aut debitoris nomine solvit, & tunc nulli datur condictio, verusque debitor liberatur. *d. l. repetitio.* 44. *l. quod nomine.* 8. & *l. servus.* 36. *ff. de condict. indebit.* Sic in specie *dictæ l. de hereditate.* 5. *C. de petit. heredit.* præsupponendum est eum, qui falsò putabat, se heredem esse, solvisse heredis nomine: ac ea propter cessat condictio: quia cum hereditario nomine solvit, indebitum non solvit. Atque distinctionem istam approbant *Accursius* & *Bartolus in d. l. si pœna.* 19. §. 1 *ff de condict. indeb. Cujacius lib.* 8. *observat. cap.* 9. *Donell. d. libr.* 14. *Comment. de jure civil. cap.* 13. *Pacius cent.* 4. *ἐναντιοφανῶν. quæst.* 2. *Rittershusius hic pag.* 408. *in fine. Bronchorst. centur.* 1. *ἐναντιοφανῶν. assert.* 78. *edit.* 1. *Vultejus ad* §. *sequens.* 16. *infr. de actionib. num.* 57. *Cludius in Comment. de condict. indebit. cap.* 1. *num.* 38. *cap.* 4. *num.* 95. *pag.* 205. *Hunnius d. lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 3. *part.* 2. *quæst.* 9. *pag.* 911. *Gilkentus ad rubric. tit. C. de condict. indebit. num.* 27. & *Paulus Berens Disputat.* 12, *them.* 3. *quæst.* 5. *ubi varias variorum interpretationes refert.* Quibus addatur Dn. Collega Besoldus *part.* 2. *delibator. jur. ex lib.* 12. *Pandect. quæst.* 11. *pag.* 79. & *seq.* ubi aliam, & quidem non inscitam oppositarum legum conciliationem adfert, *post Georgium Lopez. animadvers. cap.* 13.

Quid verò statuendum, si non constet, an proprio, vel alieno nomine quis solverit? Bartolus, Angelus, Fulgosius, Castrensis, Costalius, & alii *in sæpe allegata l. si pœna.* 19. §. 1. *ff. de condict. indebit.* item Mozzius *in tract. de contractib. tit. de condict. indeb. rubr. de caus. quæ faciunt cessare condict. numer.* 11. opinantur: in dubio præsumendum, solutionem nomine alieno esse factam. Sed rectiùs, me judice,

con-

(Right-column margin numbers: 37 beside "Ex persona dantis…", 38 beside "…potest. dict. l. summa…", 39 beside "Quid verò statuendum…".)

concluditur: in dubio potiùs nomine proprio, quàm alieno, solutionem factam censeri: nisi adsint
40 circumstantiæ, quæ aliud suadeant. Tum quia in omnibus conventionibus ac contractibus potiùs personam, quæ conventionem sive negocium celebrat & contrahit, inspicimus, quàm alium, qui conventioni non interest: cùm magis ipsius contrahentis, quàm alterius causâ res agi, & quilibet proprio potiùs, quàm alieno nomine contrahere existimetur. *l. & magis. 4. ff. de solutionib. l. cùm de indebito. 25. in princ. vers. qui enim solvit. ff. de probationibus.*
41 Tum quia solutio in dubio intelligitur facta eam in causam, quæ magis est utilis solventi. *l. 1. & 2. ff. de solutionib. & l. 1. C. eod. tit.* Atqui magis utilis est, si solvens intelligatur proprio nomine solvisse. Hoc enim modo solutum repetere potest, quod ab altero, si ejus nomine solutum præsumeretur, quia fortè non esset solvendo, condicere solventi integrum haud esset. Tum denique si eo casu, quo duæ sunt obligationes, solvens potiùs suam, quàm alienam dissolvisse obligationem, suoque nomine dedisse præsumitur, *argum. d. l & magis. 4. ff. d. tit.* nihil certè prohibet, quò minùs idem obtineat, quando hoc casu quis solvit, quo ipsemet nunquam obligatus fuit, neque de aliâ ejus mente apparuit. Et ita, *post Iasonem in d. l. si pœna. 19. §. 1. ff. de condict. indebit.* docuit novissimè Cludius *d. cap. 4. numer. 97. pag. 206.*

42 Æstimatur præterea indebiti qualitas ex personis pupilli, furiosi & prodigi. Si enim hæ personæ sine tutore vel curatore suo naturale debitum solvant: etsi in aliâ personâ cessaret naturalis debiti soluti repetitio: in iis tamen personis generaliter repetitioni locum esse, non ambigitur. *l. interdum. 29. ff. de condict. indebit. Robert. lib. 1. sent. jur. cap. 10. D. Bocer. in hoc §. num. 44. & d. class. 2. Disput. 8. thes. 17. edit. 2.*
43 Cui non refragatur. *l. si ejus pupilli. 64. in princ. ff. ad senatusc. Trebell.* ubi Mœcianus JC. ait, pupillum, si naturâ tantùm debitum solverit, non repetere.
44 *Nam* ut legum correctio & contrarietas evitetur. *c. cùm dilectus. 8. ibiq. glos. in verb. juri communi. ext. de consuetud.* non usque adeò malè respondetur: in illâ lege proponi quidem mutuam pecuniam accepisse pupillum sine tutore; sed non exprimi, an absque tutore, aut pubes is effectus solverit. Ideoque nihil vetat, quò minùs legem istam exaudiamus eo de casu, quo pupillus solvit tutore auctore, vel eo tempore, quo ipse efficaciter solvere potuit, nempe pubes factus. Tunc etenim non repetet, *ut fusiùs ostendit Robertus dicto loco.* Eâdem de re consulendi sunt *Duarenus ad tit. Cod. si cert. pet. cap. 3. Anton. Faber lib. 8. conject. cap. 6. Petrus Faber, Stureius, & Hippol. à Collibus ad l. cujus per errorem. 53. ff. de reg. jur. aliiq, quos refert Cludius in Commentar. de condict. indeb. cap. 5. num. 24. & seqq. pag. 239.*
45 Porrò indebitum, ut condici possit, per errorem (Est autem error nihil aliud, quàm falsa opinio, ex ignorantiâ contracta, tradente Frantzkio, *exercitat. jurid. 11. quæst. 8. num. 1. pag. 364.*) solutum esse oportet. Siquidem sciens indebitum qui solvit, donasse potiùs, quàm indebitum solvisse reputatur. *leg. qui fundum. 7. §. servus meus. in fin. ff pro emptor. leg. 1. §. 1. leg. si n, qui. 24. l. si non sortem. 26. §. indebitum. 3. in fin. & §. qui filiofamilias. 8. ff. de condict. indeb. l. indebitum. 9. in princ. C. eod.* Et huc confert trita juris regula: cujus per errorem dati repetitio est; ejus consultò dati donatio est. *d. l. cujus per errorem. 53. ff. de reg. jur. l. si quis delegaverit. 12. ff. de novat. & delegat.* Idque adeò procedit: ut, licet ea mente quis sciens solverit, ut repeteret: tamen condictio cesset. *l. quod quis sciens. 50. ff. de condict. indebit.* Propositum namque in mente retentum, nihil operatur. *l. si repetendi. 7. ibiq. Gothofred. Cod. de condict. ob caus. dator. Cephal. cons. 107. n. 24. Pacius cent. 3. ἐναντιοφανῶν. quæst. 99.* At quid dicendum, si quis dubitans indebitum solvit: an per errorem solvisse censendus est? Maximè: ac propterea ei condictio competit, *constituente Iustiniano in l. ult. C. de condict. indebit.* Ejusque constitutionis rationes sunt perspicuæ. Tum quia dubitans & errans iu jure æquiparantur, *leg. 1. in princ. ff. de legat. 3. l. de statu. 15. ff. qui testam. fac. poss.* Tum quia nulla donationis præsumptio hic militat: quandoquidem animo incerto & titubante qui solvit, donare non censetur: ac proinde ei soluti repetitio datur. Causa quippe donationis hic cessante, meritò quoque ejusdem effectus cessare, adeoque repetitio locum obtinere debet. *l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jur. patronat. l ex facto. 43. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit. c. cùm cessante. 60. ext. de appellat.* Tum etiam quia in re obscurâ potiùs favendum est illi, qui indebitum repetit, quàm qui indebitum accepit, sibique donatum esse contendit. *l. non debet. 41. in fine. ff. de regul. juris.* Cùm ergo hoc casu, quo quis mente ancipiti ac titubante indebitum solvit, res satis obscura sit, favorque indebitum condicentis subsit: indebiti condictionem solventi accommodari, rectè statuitur. *d. l. ult. C. de cond. indeb. Vultej. in §. sequens. 16. insr. de action. numer. 56. Wesenb. in Paratitl. ff. de condict. indebit n. 9. vers. pari ratione, &c.* 46 47 48 49

Nec movet in contrarium, quòd dubitans transigendi causa solvisse præsumatur, & ob id repetitioni locus nullus relinquatur. *l. in summa. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.* Nam transactionis præsumptio contra animo dubio solventem induci minimè potest, *auctore ipso Iustiniano in d. l. ult. circa finem. C. eod.* cùm in transactionibus animus, voluntas & consensus, qui in solvente animo ancipiti atque incerto præsumendus non est, intervenire debeat. Metitò itaque hic quoque axioma istud obtinet: quòd cessante causa transactionis, videlicet animo, voluntate & consensu, effectus ejusdem cesset, sicque solventi repetitio concedatur. *d. c. cùm cessante. 60. ext. de appellat. Clud. in Comment. de condict. indeb. c. 5. num. 6. pag. 231.* Porrò dubitans & errans sive ignorans an & quatenus parificentur, *post alios*, explicat Joannes Baptista 50 51

Baptista Costa *tom. 1. tractat. de facti scientia & ignorantia. inspect. 82. fol. 288.*

52 Quandoquidem verò constat duplicem esse errorem, juris & facti, *leg. 1. in princ. l. regula. 9. in princ. & §. sed facti. 2. cum §. seq. & tot. titul. ff. de jur. & facti ignorant.* tempestivè hoc loco quæritur: utrùm facti saltem, an juris etiam errore solutum repeti
53 queat? Et quamvis multi autument, juris quoque errorem producere indebiti condictionem. *Accurs. in l. 1. super verb. per errorem Cod. de condict. indebit. ibiq. ad Rubric. Sichardus num. 9. & in l. 1. numer. 2. eod. Wesenbec. in Paratitl. ff. eod. tit. num. 9. Ioan. Faber. in Breviario jur. in l. 1. & 5. Ludovic. Vitalis lib. 2. variar. lect. cap. 22. Schickhard. Disputat ad Instit. 12. thes. 4. in resolut. quæst. 2. Bachovius in tract. de actionib. disput. 4. ad th. 17. pag. 144. & seqq. & alii*: mihi tamen eorum, qui facti tantùm errorem admittunt, sententia magis arridet, *per textum apertum in l. cùm quis. 10. C. de jur. & fact. ignorant. l. si per ignorantiam. 6. & l. fideicommissum. 7. C. de condict. indebit. l. error. 9. Cod. ad leg. Falcid. l. regula. 9. §. penult. ff. de*
54 *jur. & facti ignorant. cum similibus.* Ratio diversitatis petenda est ex Neratio *in l. 2. ff. dicto tit.* quia jus finitum & potest, & debet esse: facti interpretatio
55 plerunque etiam prudentissimos fallit. Unde omnes homines jura intelligere & scire debere, alibi dici-
56 tur. *l. leges. 3. & l. leges sacratissima. 9. C. de legib.* Et culpam contrahit, qui jus ignorat, *argum. l. lata culpa. 223. in princip. ff. de verbor significat.* Huicque adstipulantur sententiæ *Duarenus in Commentar. ad tit. de condict. indebit. cap. 3. Cujacius in d. l. si per ignorantiam. 6. C. eod. & in Commentar. lib. 19. quæstion. Papinian. pag. 512. cum seq. Eguinar. Baro & Heigius in hoc §. num. 18. Robert. lib. 1. sentent. jur. cap. 6. & 7. Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 14. Iulius Pacius centur. 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 6. & in Rubric. C. de condict. indebit. num. 6. & in l. si à patre. 5. num. 50. & in dict. l. fideicommissum. 7. Cod. eod. Vultejus in dict. §. sequens. 16. num. 54. infr. de actionib. Hotoman. ad titul. ff de condict. indebit. pag. mihi. 81. D. Bocer. class. 2. Disput. 8. thes. 18. edit. 2. & in hoc §. n. 45. & seqq. Matth. Stephani centur. 3. quæst. 17. Petrus Faber. in l. cujus per errorem 53. ff. de regul. jur. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 77. edit. 1. Arnisæus exercit. Iustin. 15. thes. 25. Clud. dict. Commentar. de condict. indebit. cap. 1. numer. 14. & seqq. Hænon. Disputat. 13. controvers. 7. Robertus Disputat. 14. thes. 5. Ioan. Ulricus Wolff in prodromo respons. & consilior. jur. cons. 1. num. 349. Frantzkius d. exercitat. 11. q. 8. n. 7. & seqq. Ungepaur. exercit. Iustin. 12. q. 8. pag. 471. edit. ult. Andr. Gerhard. Decad. 16. q. 6. Paulus Berens. Disput. 12. them. 3. quæst. 4. & Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 3. pag. 898. & seqq.* Quibus omnibus adjiciatur Petrus Franciscus Linglois *decis. Iustin. 10. quæst. 1. fol. 102. & seq.*

57 Huic assertioni primò non obstat, quod *ex l. juris ignorantia. 7. & l. error. 8. ff. de jur. & fact. ignor.* objici solet: juris errorem in damnis rei suæ amittendæ non nocere. Eum autem, qui indebitum solutum repetit, quod suum est, petere. Ergo juris errorem ei non nocere, & consequenter indebiti condictionem parere. *Nam* Papinianus JC. in utràque lege apertè ait, errorem seu ignorantiam juris suum petentibus non nocere. Ast indebitum condicens seu repetens, suum petere dici non potest: cùm dominium rei indebitè solutæ in accipientem transtulerit, *argum. l. dominus. 53. ff de condict. indeb. §. sic itaq. 14. infr de actionib. & l. ult. ff usufructuarius quemadm. caveat. Duaren. & Donellus locis prallegatis, & Clud. dict. cap. 1. num. 26. & seqq. ubi etiam aliter, & quidem satis prolixè, ad istam objectionem respondet.* Quanquam illam Duareni, ejusque asseclarum responsionem omnino captatoriam & cavillatoriam, imò ineptam & nullam, *contra clarissimos juris textus suprà num. 53. allatos*, ineptè pronunciet Bachovius *d. disput. 4. sub th. 17. pag. 146.*

Secundò non obstat *l. cùm is. 32. §. 1. & l. si fide-* 58
jussor. 59. ff de condict. indebit. ubi fidejussori in jure erranti, atque indebitum solventi, condicendi jus competit. Etenim *in hisce ll.* fidejussor non juris, sed facti imprudentiâ lapsus creditori, qui pactum de non petendo fecerat, satisfecit. Fidejussor siquidem ille fortassis propter memoriam labilem, pacti de non petendo, quod ipsi fecerat creditor, fuit oblitus.
Neque hæc solutio, tanquam divinatoria, culpanda 59
est, aut rejicienda; præsertim cùm in dubio ea accipienda sit significatio seu interpretatio, quæ vitio vacat, aliisque legibus non contradicit. *l. in ambigua. 19 ff. de legib.*

Tertiò non obstat *lex. 1. in princ. vers. si verò hoc.* 60
ff. ut in possess. legatorum servand. caus. esse lic. ubi heres, qui legatorum nomine per errorem juris satisdedit, cùm remissa ei esset à testatore cautio, satisdationem condicere potest. *Ex ipso* namque textu responsio commodè sumitur. Non enim ibi præcisè Ulpianus affirmat, heredem in jure errantem condicere satisdationem posse: sed tantùm ait, *benignè quempiam dicere satisdationem condici posse.* Quibus utique verbis haud obscurè significat, benignitatis & æquitatis quidem ratione ac intuitu hoc ita posse tolerari; idque favore ultimæ voluntatis: quia voluit defunctus heredem non cavere legatariis: aliud verò ipso jure esse receptum. Quod autem benignè & singulari ratione alicui concessum est, non est trahendum ad consequentias. *leg. quod verò. 14. cum ll. seqq. ff. de legib. & argument. leg. qui negotia. 34. in princ. vers. id enim benignè. ff. mandati.*

Quartò non obstat *l. si à patre. 5. C. de condict. in-* 61
debit. ex quâ colligi posse videtur, erranti in jure condictionem dari. *Quandoquidem* filius emancipatus ibi non erravit in jure, sed in solo facto: quia putabat, tempora præstituta, id est, annum nondum præter-

præteriisse, qui tamen ptæterierat. Sanè si tempora præteriisse non ignorasset, & nihilominus existimasset, se jure honorario post annum succedere posse: in jure errasset, ac proinde indebiti condictio ei non competiisset, *d. l. cum quis.* 10. *C. de jur. & fact. ignorant. & juribus concordantibus superius allegatis, numer.* 53.

62 Quintò non obstat *l. frater à fratre.* 38. *in princ. ff. de condict. indebit.* ubi frater fratri solvit, ad quod obligatus jure non fuit; & tamen repetitio soluti pro parte dimidia, secundum distinctionem Africani, fratri solventi tribuitur. *Quoniam* illic non juris, sed facti errore solutio facta fuit. Frater enim, qui solvit, fortè putavit, mutuum post mortem patris fuisse contractum, vel ex causa castrensis peculii, illius, qui mutuam pecuniam dedit. *Clud. d. Commentar. de condict. indebit. cap. 1 num. 44.*

63 Sextò non obstat *l. 2. §. 1. cum l. seq. ff. de condict. indebit.* ubi datur indebiti condictio, quando, ex testamento falso, inofficioso, rupto, vel irrito aliquid solutum est. Testamentum autem falsum, inofficiosum, ruptum, vel irritum dicere, ad jus pertinet, non ad factum. Ergò juris errore solutum repeti potest. Non illud, *inquam*, obstat. Quia nequaquam ibi erratum fuit in jure, sed in facto. Testamentum quippe ibidem non fuit; vel causa exheredationis falsa apparuit, aut probata non fuit; vel pater filium obiisse falsò existimavit, qui postea ab hostibus est reversus; vel aliud testamentum prolatum fuit, de quo heredi priùs instituto nihil constitit, vel heres institutus ignoravit, posthumum natum in utero fuisse: quæ omnia factum respicere, nemo non intelligit. *Cludius. d cap. 1. num. 48.*

64 Septimò non obstat, quòd indebiti condictio ex æquitate naturali oritur. *l in summa. 65. §. quod ob rem. 4. & l. seq. ff. de condict. indebit.* Æquitas verò naturalis non tantum in errore facti, sed etiam in errore juris obtinet. *Respondetur* enim: æquitatem hanc naturalem ad jus, utpote quod omnes scire debent, referendam non esse *d. l. leges 3. & 9. C. de legib.* Juris
65 siquidem ignorantia lata culpa esse censetur. *d. l. lata culpa. 223. in princ. ff. de verbor. significat.* Hæc autem
66 rem in contractibus dolo æquiparatur. *leg. quod Nerva. 32. ff. deposit. l. 1. §. ff. si mensor fals. mod. dix. l. si fide jussor. 29. in princ. ff. mandat.* qui nemini prodesse debet. *l. 1. §. 1. ff. de doli mal. & met. except. l. ita demum. 31. ibi, ne quis doli sui præmium ferat. ff. de recept. arbitr. l. itaque. 12. §. 1 & leg. cum. quis. 14. §. si autem. ff. de furt.* Unde etiam juris errorem ad usucapionem nemini prodesse constat. *l. nunquam. 31. ff. de usurpat. & usucapionibus.*

67 Octavò non obstat *l. eleganter. 23. §. item si ob transactionem. 2. ff. de condict. indebit.* ex cujus specie manifestum esse videtur, errore juris indebitum solventem, ejus repetitionem habere. *Multum* namque refert & interest: utrùm quid, tanquam indebitum, sit solutum; an verò quasi ex causa transactionis, de qua lex ista agit. Neque enim si transactio fuerit utilis, repetitur, quod ex causa transactionis solutum est, etiamsi adversarius in re litigiosa & transacta nihil juris habuerit. At si transactio inutilis est, quasi indebitum repeti potest *l. in summa. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.* Quare & in casu *dicti §. item si ob transactionem.* repetitio locum invenit; cum transactio nullas vires habeat: sed ea senatusconsulto, *ut Ulpianus ibidem loquitur,* vel oratione Divi Marci *(sicuti liquet ex l. cum hi. 8. in pr. ff. de transact.)* infirmetur. Ideoque non propter juris errorem, sed quòd transactio alimentorum, testamento relictorum, sine Prætoris auctoritate facta non subsistit, repetioni locus relinquitur. *d. l. cum hi. 8. in princ. ff. d. tit. Clud. d. cap. 1. num. 49.* Quæ solutio licèt Hunnio *loco præallegato* non placeat: quia tamen ipse haud meliorem, sed merè divinatoriam substituit: nostram omnino retinendam arbitror.

Postremò non obstat, quòd multis in locis sim- 68
pliciter & generaliter, absque ulla distinctione, traditur; indebitum per errorem solutum repeti posse, *hoc §. nostro l. 1. l. si non sortem. 26. §. indebitum. 3. l. qui exceptionem. 40. ff. de condict. indebit. l. 1. C. eod.* & in toto, eoque prolixo & insigni titulo *ff. de condict. indebit.* nulla fit prorsus erroris facti mentio. *Nam* etsi istis locis nihil de errore distinguitur: aliis tamen locis & distinguitur, & disertè de errore juris expressum est; quod per hunc errorem solutum sit, repeti non posse, *d. l. regula. 9 §. penult. ff. de jur. & fact. d. l. cum quis. 10. C. eod. & similib. supra adductis n. 53.*
& seq. Hos igitur locos, ut ad interpretationem a- 69
liorum, & ad exceptionem erroris juris positos, id est, ut certos, minimeque dubios sequi, & secundum eos generalitatem sive ambiguitatem aliorum interpretari debemus. Idque facere jubemur duobus præceptis juris notissimis. Unum hoc est: incivile esse, nisi tota lege perspectâ, unà aliquâ particula ejus proposita, judicare, vel respondere. *l. incivile. 24. ff.*
de legib. At totum corpus juris civilis, quo utimur, 70
una quodammodo lex est Justiniani, qui quidquid in eo scriptum est, suum esse, apertè profitetur. *l. 2. §. tanta autem. 19. C. de vet. jur. enucleand.* Est igitur incivile, & contra hanc legem, ex quibusdam locis judicare & pronunciare in universum de tota hac repetitione, omissis aliis, in quibus certò adji-
citur aliquid, vel detrahitur. Alterum præceptum 71
hoc est: in toto jure generi per speciem derogari, & illud potissimùm haberi, quod ad speciem directum est. *l. in toto. de reg. jur.* Jam verò quibusdam locis definitur, per errorem solutum repeti posse; generaliter hoc quidem: sed aliis locis certis excipitur ex eo genere error juris, dum nominatim traditur, quod hoc errore solutum est, non posse repeti. Quocirca quod ad hanc speciem erroris directum est, id potiùs haberi oportuit. *Donell. d. Comm. de jur. civil. lib. 14. cap. 14. pag. 267. & seq.* Constanter ergo concludendum: tantummodo ob errorem facti, condictionem dari.

Nec

72 Nec urget, quod regeritur: ignorantiam in proprio facto tolerabilem haud esse. *l. quanquam. 7. vers. quia fact. ff. ad senatusconsult. Vellejan. l. quisquis. 15. Cod. de rescind, vendit.* ac propterea indebitum solventi, tanquam in proprio facto erranti, condictionem non concedi. *Etenim* ideirco ei condictio indulgetur; quòd jure naturæ iniquum sit, ut indebitum solutum maneat penes eum, cujus esse non potest, & qui cum alterius damno & injuria cupit locupletari. *l. nam hoc natura. 14 ff. de condict. indeb. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur.* Ideoque ut is, qni solvit indebitum, damni restitutionem consequi possit condictio ipsi conceditur: & regula illa, qua dicitur ignorantiam in proprio facto non esse tolerabilem, hoc casu, quo agitur de damno vitando, officium suum perdit, *notante Gothofredo ad d. l. quanquam. 7. ff. ad senatusc. Vellejan. & Cludio d. Commentar. de condict. indeb, cap. 1. num. 50.*

73 Enimverò regula hactenus exposita, quæ vult, errorem juris condictionem indebitnm non parere, in quibusdam personis singulariter limitatur. Minores namque 25. annis in errore juris excusationem merentur: ac proinde, si per errorem juris indebitum solverint, condictionem sive repetitionem ejus habent. *l. regula. 9. in pr. ff. de jur. & fact. ignorant. l. cum de indebito. 25. §. sin autem is. 1. ff. de probat. l. 2. C. si advers. solutionem, &c.* Unde si minor 25. annis filiofamilias majori mutuam pecuniam dederit, ignarus SCti Macedoniani; creditum propter ignorantiam juris non amittit, sed illud repetere, potest. *d. l. regula. 9. in fin. pr. ff. de jur. & fact. ignorant.* Magis enim est, ut ætatis ratio, quàm SCti habeatnr, *referente Ulpiano in l. verùm. 11. §. ult. ff. de minorib. 25. annis.* Deinde etiam fœminæ in quibusdam casibus propter sexus infirmitatem, excusantur. *d. l. regula. 7. in pr. ff. de jur. & fact. ignor. l. de die. 8. §. si servus. 2. in fin. ff. qui satisdar. coguntur.* Hinc si fœmina, SCti Liboniani ignara, sibi legatum adscripserit; quamvis non sit modicum legati istius compendium; juris tamen hæc ignorantia fœminæ non nocet. *l. Divus Cludius. 15. §. matri. 4. & § seq ff ad leg. Cornel. de fals.* Eadem ratione ignorantia juris fœminæ non obest, quando ignara juris sui, se ipsam defert fisco, quasi incapacem legati relicti, cujus verè capax est. *l. 2. §. fin. ff. de jure fisci.* Sic si mulier ignorans, se exceptione SCti Vellejani tutam esse, solverit pro eo, pro quo fidejussit, condictione indebiti solutum repetere poterit, tametsi in jure erraverit. *l. quamvis. 9. C. ad SC. Vellejanum.* Præterea milites juris ignorantia excusat, non solum ut damno non afficiantur; sed etiam ut aliquid lucrentur & acquirant. *d. l. regula. 9. §. 1. ff. de jur. & fact. ignorant. l. 1. Cod. eod. l. ult. in princip. Cod. de jure deliberand. d. l. cum de indebito. 25.*

74 *§. 1. ff. de probationib.* Est tamen differentia notanda inter ignorantiam juris, quæ militibus, & illam, quæ fœminis præbetur. Milites enim ob juris ignorantiam excusantur semper; fœminæ verò certis duntaxat casibus. *d. l. regula. 9. in princip. ff. de jur. & fact. ignorant.* Fœminæ item in lucris non excusantur. *Id. error facti. 8. ff. d. tit. l. quamvis. 11. & l. ult. C. eod. l. in eo. 110. §. fin. ff. de reg. jur.* Milites autem in lucris quoque, sicuti minores 25. annis, excusatione digni judicantur. *l. ait prætor. 7. §. hodie. 6. ubi Cujacius. ff. de minorib. 25. annis.* Denique & rusticis jus igno- 75
rare permissum est; maximè si copiam Jurisconsulti habere non possint. *d. l. regula 9. §. sed juris. 3. ff. de jur. & fact. ignorant. l. ex quibusdam. 2. §. ult. ff. de jur. fisc. l. 1. in fin. ff de edend. d. leg cum de indebito. 25. § 1. ff. de probationib. l. quicunque. 8. Cod. qui admitti ad bon. possess. possunt.* Cæterum prædictis personis, in illis, 76
quæ juris sunt naturalis, ignorantia juris nequaqnam permittitur. Haud etenim audiendus est minor, fœmina, miles, vel rusticus, si prætendant, se nescire reverentiam parentibus deberi? aut se per ignorantiam juris incestum, adulterium, homicidium, furtumvè commisisse. Hæc siquidem jure naturali sunt probra, qnorum ignorationem nemo sanæ mentis prætendere potest: cum jus illud nescire nemo valeat. *l. si adulterium. 38. §. quare. 2. ff. ad leg. Iul. de adulter. Cujac. lib. 1. definit. Papin. in explicat. dicta l. error facti. 8. in fin. ff. de jur. & fact. ignor. huncque laudans Cludium d. Comment. de condict. indeb. cap. 1. num. 60. Eâdemque de re latè Donell. lib. 1. Comment. de jure civil. cap. 21. & cap. ult.*

Licèt porrò indebitum per ignorantiam seu erro- 77
rem facti solutum repeti posse, jam cognitum exploratumque sit: illud tamen haud esse perpetuum sciendum est. Ex iis enim causis, ex quibus inficiando lis crescit, hoc est in quibus aliqnis mendacii convictus punitur, & pro simplo condemnatur in duplum (veluti ex L. Aquiliâ, ex legato sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis relicto, item ex deposito ob ruinam, incendium, & naufragium) indebitum solutum repeti non posse, manifestò constat *ex §. ult. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc. §. sed furti quidem. 26. infr. de actionib. l. ea, quæ. 4. C. de condict. indebit.* Hujusqne pronuntiari alias rationes assignant. *Bartol. Bald. Angel & D. Bocerus in repetitione dicta l. 4. Duarenus ad d. titul. cap. ult. Arumæus Exercitat. Instit. 15. thes. 16. Bachovius in d. §. ult. infr. de obligat. quæ q. ex contr. nasc. pag. 839. & Hunnius d. lib. 3. tract. 3. pact. 2. quæst. 11. pag. 914.* Verùm, horũ opinationibus omissis, mihi convenientissima videtur ratio, quæ desumitur *ex l. hujus. 53. ff. de reg. jur.* hæc nimirum: qnòd ex his causis, quæ inficiando in lite crescunt, id, quod solvitur, quantumvis indebitnm, non tam per errorem, quàm à sciente, vitandæ scil. pœnæ causa, quæ ex juris dispositione inficiatori imminet, solvi putetur. *Exempli gratiâ*: Qui ex L. Aquilia æstimationem servi occisi solvit, is quamvis solverit indebitum, si ipse non interfecit: tamen hanc etiam ob causam solvit, ut liberaret se metu ac periculo pœnæ, quam inficiando sive negando in duplum crescere scivit, & in quam incideret, si cum adversario litigatet, atque succumberet. Proinde sive ipse ser-

vum interemerit, sive alius: non tamen pecunia soluta apud dominum servi extincti sine causa relinquitur. Ideò enim, ut dictum, solvit; quòd periculo metuq; pœnæ dupli, in quam litigando incurrere posset, se liberaret. Ast eo metu jam est liberatus: ac propterea causa, ob quam consultò dedit, secuta est: & consequenter solutum condicere non potest. Atque hanc rationem non obscurè amplectuntur *Cujacius in Paratitl. Codic. titul de condict. indebit. Rittershusius hic pag.* 409. *Vultejus in §. sequent.* 26. *num.* 47. *infr. de actionib. Donell. lib.* 14. *Commentar. de jur. civil. cap.* 15. *pagin.* 272. *Pacius in dict. leg.* 4. *Cod. de condict. indebit. numer.* 7. *hosque novissimè referens Cludius in Commentar. de condict. indebit. cap.* 4. *num.* 78. *ubi aliorem rationes refellit.*

78 Prædictis non adversatur *l. inde Neratius.* 23. *§. ult. ff. ad leg. Aquil.* ubi Ulpianus ex Juliani sententia respondit: legis Aquiliæ actionem cessare, si quispiam falsò confiteatur, se hominem occidisse: ac proinde eo nomine indebitè solutum repeti posse. *Nam* ibi ille, qui falsò confessus est, servum se occidisse, confessionem hanc suam eâ de causa revocare potest: quòd servus occisus non fuit, sed adhuc vixit; *ut ex ipso textu perspicuè liquet.* In nostro autem casu, quo condictionem indebiti cessare dicimus, servus verè, licèt non ab illo, qui ejus æstimationem solvit, sed ab alio, fuit occisus. Et hoc casu condictio indebiti nullatenus competit, *d. l. ea, quæ.* 4. *C. de condi. indeb. d. §. ult. infr. de oblig. quæ q. ex contract. nasc.* quæ tamen competeret, si servus iste, qui occisus putabatur, à nemine occisus fuisset. Hujusque ratio est: quoniam is, qui ideò solvit, quòd opinetur, se servum interfecisse, duas ob causas solvit: primùm quidem, quòd servum interfecit: deinde verò, ut metu pœnæ inficiationis, per quam lis in duplum crescit, se liberet. Quocirca si constat, servum non esse occisum: dare etiam recusat; & per consequens solutum, ex tacita conve[illegible]one, si apparuerit, servum non è medio sublatum esse, sed spiritum ducere, ei est restituendum, *arg. d. l. inde Neratius,* 23 *§ ult. ff. ad leg. Aquil.*

79 Similiter non adversatur: natura iniquum esse, aliquem cum alterius damno & jactura locupletari. *l. nam hoc natura.* 14. *ff. de cond. indeb. l. jure naturæ.* 206. *ff. de reg. jur.* & in omnibus quidem, maximè

80 tamen in jure, æquitatem spectandam esse. *l. in omnibus.* 90. *ff. eod.* cum universum jus nostrum sit ars æqui & boni, *definitore Celso in l.* 1. *in pr. ff de just. & jur.* Ideòque accipientem indebitum teneri ad ejus restitutionem, & solutum repeti posse. *Cùm* enim nostra specie non per errorem, sed à sciente indebitum solutum videatur; ut à lite se redimat, duplique pœnam evitet: non est, quòd de iniquitate,

81 vel detrimento conqueratur: cùm volenti & scienti nulla iniquitas, aut injuria fiat. *l.* 1. *§. usque adeo. ff. de injur. l. cùm donationis.* 34. *C. de transactionib. c. scienti.* 27. *de reg. jur in* 6.

Sic quoque non adversatur: iniquius nihil esse quàm si, cum legatum relictum non esset; heres tamen existimans, centum (*verbi gratiâ*) esse legata, ea solvit, repetitionem ipsi non dari; præsertim in legatis, pietatis intuitu relictis, de quibus hic agitur: cum Ecclesia, cultrix & auctrix justitiæ, non patia- 82
tur contra justitiam aliquid fieri in se, vel in alterum. *c. unic. vers. Ecclesia enim, &c. de alienat. feudi, libr.* 2. *tit.* 13. *feudor.* itemque iniquius nihil esse, quàm si, cùm servum tuum non vulnerassem, vulnerasse autem me putarem, & ob id decem solverim, me soluta perdere & repetere non posse. Hæc, *inquam,* & similia non adversantur. Nam sibi imputare debet solvens, quòd sponte & ultrò, & quasi scienter indebitum solvit. Ejus quippe voluntate res in accipientem translata intelligitur: adeoque accipiens, interveniente solventis scientia & consensu, locupletior redditur: cui ab initio liberum fuit, nihil solvere, & dubium litis exitum ac pœnam dupli expectare. Nihil igitur hic rationi & æquitati contrarium statuitur, *docente Cludio. c.* 4. *num.* 81. *& seq.*

Porrò nihil hìc moror vanas D. Boceri *in d. §. ult.* 83
infr. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc. pag. 517. *& seq.* cavillationes, quibus prædictam verissimam, & à multis præclarissimis Jurisconsultis, me & Bocero longè doctioribus, traditam sententiam pervertere (evertere cum nequeat) conatur. Nunquam enim mihi in mentem venit: quòd is, qui ex tali causa, ex qua infìciando lis crescit, indebitum solvit, revera *sciens & consultò* solvat: siquidem expressè scripserim. *num.* 80. quòd in hac specie non per errorem, sed à sciente indebitum solutum *videatur*: item *in num.* 77. quòd à sciente solvi *putetur.* & *in n.* 81. *quasi scienter* indebitum solverit. An ergo solus Dn. 84
Bocerus ignorat; verbum *videri*, itemque verbum *quasi*, esse notam improprietatis? Aut, si id non ignorat; cur alienum (solo vincendi studio) verbis meis affingit sensum? Equidem lubentissimè admitto: exceptionem *in d. §. ult. infr. de obligat. quæ quasi ex contractu nascunt. d. §. sed furti quidem.* 26. *infr. de actionib. & d. l. ea, quæ.* 4. *C. de condict. indebit.* propositam, itidem intelligendam & declarandam esse de indebito, per errorem soluto: sicut ipsa regula de tali casu loquitur. Ast hoc volo: condictionem indebiti propterea hic cessare debere: quod *quodammodo à sciente* solutio facta *videatur.* Hanc meam mentem quin Dn. Bocerus intellexerit, nullus dubito: tamen frivolè ac sine effectu contra eam insurgit: saltem quia videt, à novâ singulari & erronea ipsius opinione me dissentire. Nempe Aristarchus noster non patitur, alios sibi contradicere: sed ejus αὐτὸς ἔφα, statim ut ore excidit, exosculandum & adorandum esse putat. *Scilicèt!* Sed lubet hic referre: quid de no- 85
vella Dictatoris nostri opinatione, quæ ipsi tantoperè placet, noviter sentiat Dominicus Arumæus. Is *d. exercitat, Justin.* 15. *th.* 16. hac de re inter cætera ita scribit: *Bocerus novum ausus est dare intellectum; quem neque probo, neque prædictorum textuum sensui*

sensui congruum existimo, &c. Non ergo ægrè ferat Dn. Collega Boecerus: me quandoque ab ipso dissentire: cum videat, & alios non omnia ipsius commenta pro oraculis habere.

86 Etsi verò Accursius & Doctores plerique *ad hunc §. nostrum, & ad l. eleganter. 23. §. ult. ff. de cond. ind.* plures casus (putà causam judicati. *l. 1. C. de cond. ind.* jurisjurandi. *l. nam postea quam. 9. §. 1. si actor. 36. ff. de jurejur. §. item si quis postulante. 11. infr. de actioni.* pietatis. *l. cùm is, qui. 32. §. mulier. ff. de cond. indeb.* transactionis. *l. in summa. 65. §. 1. ff. d. t.* & denique scientiæ. *l. indebitum. 9. C. eod.*) excipiunt, quibus indebiti per errorem soluti repetitionem cessare existimant: attamen, præter exceptionem *superiùs n. 77.* propositam, nullam aliam recipiendam esse, rectiùs concluditur. Quod enim quis condemnatus ex causâ judicati solvit, maximè debitum solvit: siquidem judicati actio constituta est ad illud exigendum. *l. miles. 6. §. ultim. ff. de re jud. leg. actori. 8. Ce-*
87 *dic. de reb. credit.* Id autem maximò debitum esse constat, quod ab invito exigi potest. *leg. debitor. 108. ff. de verb. significat.* Sic etiam quod ex causa jurisjurandi solutum est, non indebitum, sed debitum solutum est: quia & hic non minus actio est ex causa jurisjurandi, quàm ex causa judicati, *d. l. actori. 8. Cod. de reb. cred d. §. item si quis. 11. infr. de action.* Pari ratione si mater filiæ nomine dotem dedit, se eo nomine obligatam credens; non omnino indebitum, sed debitum naturale pietatis contemplatione solvit, *arg. l. naturales. 10. ff. de oblig. & act. l. naturaliter. 13. ff. de condict. indeb. & similium allegatarum suprà num. 14.* Præterea quod ex causa transactionis datur, non ut debitum solvitur: sed datur ob causam futuram, ut à lite discedatur. *d. l. in summa. 65. §. 1. ff. de cond. indeb. l. 2. C. eod.* Postremò & illud in confesso est: eum repetere non posse, qui sciens indebitum solvit. *d. l. indebitum. 9. C. d. tit. cum concordantibus suprà adductis num. 8. & 45.* Sed non magis hoc pertinet ad regulam, quam superiora: cum regula concepta sit de indebito per errorem soluto. Itaque cum ista omnia tam apertè ad regulam non pertineant: valde stultũ & ridiculũ est, illa excipere a regula, quę non solum eâ non contineantur, sed etiam excludãtur. Suntq; omnino exceptiones similes his: si quis dicat, indebitum solutum repeti posse, nisi sit debitum: aut si quis leget omnes libros, quos habet in bibliothecâ, exceptis statuis & imaginibus! quasi scilicet quisquam tam esset stultus, qui putaret, debitum indebiti apppellatione, aut statuas appellatione librorum contineri, ut hæc ex prioribus excipi oporteret. *Atque hoc ita eleganter declarat Donellus lib. 14. Commentar. de jur. civ. 15. pag. 273. quem referunt etiam, & sequuntur Petrus Heigius hic. num. 23. & Dn. Collega Becerus class. 2. disp. 8. thes. 21. edit. 2.*

88 Restat actio, qua indebitum solutum repeti potest: quæ condictitia actio à Justiniano vocatur, *in hoc §. nostro*: frequentius condictio indebiti. *tot. tit. ff. & C. de condict. indeb.* nonnunquam indebiti actio. *l. si fidejussor. 29. §. hoc idem. 3. in fin. ff. mandati. l. servus 24. in princ. ff. de actionib. empt.* quandoque actio condictionis. *l. 1. ad finem. C. de condict. indebit. l. 2. C. de condict. ob causam dator* interdum indebita condictio. *l. indebiti soluti. 15. §. 1. in fin. ff. de condict. indebit.* & sæpiùs simpliciter condictio. *l. 2. in fin. l. ea, qua. 4. & l. seq. C. d. tit. d. l. indebiti. 15. in princ. & §. 1. d. l. si non sortem. 26. §. adeò. 7. cum §. seq. & §. si decem. 13. l. interdum. 29 in fin. l. si in area. 33. l. is, cui. 34. in fin. l. servum meum. 37. l. si is, qui. 45. l. dominus. 53. l. ex his omnibus. 54. l. sufficit. 56. l. in summa 65 §. sed agere. 3. & l. seq. ff. eod.* Eaque competit non 89
tantum ei, qui solvit indebitum per errorem; sed & heredi eius: ad versus eum, qui in solutum accepit, & ejus heredem, *l. si fundi. 12. l. qui heredis. 46. ff. de condict. indebit. l. si à parte. 5. C. eod.*

Nec obstat, quòd defunctus, qui non repetiit indebitum, donasse videatur, *argument l. cum hic status. 32. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.* ac proinde heredi condictio hæc non accommodetur. *Nam*
in dubio nemo donare præsumitur. *l. cùm de indebi-* 90
to. 25. circa princip. ff. de probationib. & conjunx *in d. l. cum hic status.* nequaquam donasse, quod non repetiit, sed eius donationem ex presse factam confirmasse censetur.

Nihil quoque movet, quòd condictio sit actio in 91
personam: ideoque personam accipientis non egrediatur, nec heres eius teneatur, *argument. l. usus aquæ. 21. ff. de usu & habit. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. c. privilegium. 7. ext. eod. tit. in 6.* Heres enim & defunctus pro unà eàdemque personà habentur. *No-*
vell. 48. in fine præfationis. idque in omnibus con- 92
tractibus & obligationibus perpetuum est, ut eadem obligatione teneantur heredes, quà tenebatur defunctus. *Sed vide Cludium uberiùs hac explicantem in Commentar. de condict. indebit. cap. 5. num. 135. cum aliquot seqq. & cap. 6. numer. 1. & 69. cum seqq. pagin. 312.*

Sanè haud novum est: ut, quod alius solvit, alius 93
repetat, *l. nec novum. 5. l. cùm indebitum. 57. l. tutores. 61. ibique Gothofred. ff. de condict. indebit. & ibidem Duaren. cap. 8.* Inde convenienter quæsitum est: an procuratori, qui indebitam solvit pecuniam, & an contra procuratorem, qui indebitum accepit, condictio competat: an verò domino, & contra dominum detur? Et, si dominus ratum non habuerit, procuratori, & adversus procuratorem competere: sin ratihabitio domini intercesserit; ipsi domino, & adversus dominum dari, responsum est. *l. si procurator. 6. ff. de condict. indeb. l. si procuratori 14. ff. de condict. caus. data. caus. non secut. Donell libr. 14. Comment. de jur. civil. capit. 18. pag. 281. & seq. Clud. d. capit. 5. numer. 81. cum seqq. & d. capit. numer. 16. & seqq.* Quòd si duo rei, aut reus & fidejussor, qui decem debebant, viginti pariter solverint: Celsus ait, singulos quina repetituros.

l. si pœna. 19. §. ult. cum l. seq. ff. de condict. indebit. Si verò non pariter sed diversis temporibus solverint: is qui posteriùs solvit, indebiti condictionem habet. *Lesim duo. 25. l. ult. §. Titius. 1. ff. d. tit.* At quid, si

94 quis pro reo, qui indebitum promisit per errorem, fidejusserit & solverit: reone, an fidejussori condictio competet? Et, si rei nomine solveris, reus condicet: sin suo, ipse fidejussor à stipulatore repetet. *l. in debitam pecuniam. 47. ff. de condict. indebit. Cujac. lib. 8. observat. cap. 9. Clud d. c. num. 94. & seqq.* Cæterùm si quis pecuniam indebitè solutam bona fide consumpserit, vel casu aliquo perdiderit: adversus eum hanc condictionem non dari, nisi quatenus locupletior invenitur, æquitati consonum putatur. *l. idem est. 3. vers. scilicet quod. &c. l. nam hoc natura. 14. & l. hac condictio. 66. ff. de condict. indebit. Iason num 7. & Zasius num. 6. in l. indebiti. 25. §. sed & si nummi. ff. eod. Molin. in tractat. divid. & individ. part. 2. num. 139.*

95 Petitur autē hac actione condictitia vel id ipsum quod solutum est: vel tantundem, sive ejus æstimatio. *l. quod indebitum. 7. l. in summa. 65. §. in frumento. 6. ff. de condict. indebit. l. si operas. 25. in fine. ff. de prescript. verb. &c.* Ipsum sanè corpus seu species, quæ data est, petitur, reddique debet, si extet penes accipientem: æstimatio verò reddenda est, si vel species soluta non extet penes accipientem; is tamen ex ejus alienatione factus sit locupletior: vel res, quæ pondere, numero, aut mensurâ constat, soluta sit. *l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. vers. sed ha inquit. ff. de condict. indebit. l. 2. in princip. & §. 1. ff. de reb. credit. l. res in dotem. 42. ff. de jur. dot. Cujac. in Paratitl. C. de condict. indebit. Donell. d. lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 18. pag. 283. num. 50. ibique Hilliger. in suis notat. lit.* D. *Bocer. class. 2. Disputat. 8. thes. 25. edit. 2. latè Clud. dict. Commentar. de condict. indebit. cap. 7. numer. 17. & seqq. pagin. 324.* Quòd si quis ad res duas disjunctim obligatus, putà Titium vel viginti, utrumque per errorem solvat: in arbitrio ipsius solventis est, utrum repetere velit. *l. penult. Cod. de condict. indebit.* Quemadmodum, qui hominem generaliter promisit? Stichum autem, existimans eum se promisisse, præstet: Stichum repetere, & alium quemlibet dare poterit, *teste Iuliano in l. cum is, qui Pamphilum. 32. §. ult. ff. eod. tit. D. Bocer. d. Disput. 8. thes. 26. Hunn. d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. part. 2. quæst. 10. pag. 912. & seq. Lingleis d. decis. Iustin. 10. quæst. 2. & 3. fol. 105.*

96 Cui non reclamat Celsus *in l. si is, cui legatus. 19. ff. de legat. 2.* ubi ait solventi Stichum, cum ignoret, sibi permissum vel Pamphilum dare, repetitionem neutiquam competere. *Nam* (non attentis variis aliorum solutionibus, *Bartoli, Baldi, Iasonis & Fulgosii in dict. leg. cum is 32. §. ult. ff. de condict. indebit. nec non Cujacii libr. 8. observation. cap. 35.*) rectiùs nonnulli respondent: sententiam Juliani in contractibus; Celsi verò in ultimis voluntatibus obtinere & quod hoc casu ex contractibus indebitè solutum est, posse repeti: quod autem ex ultimis voluntatibus, non æque: idque specialiter favore ultimarum voluntatum receptum esse. Quamvis 97

enim regulariter alias in alternativis promissoris sive debitoris aut rei electio sit. *l. plerunque. 10. §. ult. ff. de jure dot. l. 2. §. Scævola. 3. ff. de eo, quod cert. loc. l. ubi autem non apparet. 75. §. qui illud aut illud. 8 ff. de verbor. obligat. C. in alternativis. 70. de reg. jur. in 6.* in ultimis tamen voluntatibus ad eum, qui creditoris vicem sustinet, electio spectet. Unde ju- 98
ra nostra legatario, qui creditoris loco esse censetur, electionem concedunt, quando illi generaliter, vel sub alternatione aliquid legatum fuerit. *l. si generaliter. 22. supr. de legat. l. planè. 34. §. penult. legato. 37. in princ. ff. de legat. 1. & l. Lucio Titio. 23. ff. de legat. 2. Alciat. in l. 2. §. 1. ff. de verb. obligat. Robertus libr. 1. sentent. jur. cap. 9. Costalius in l. si pœna. 19. §. ult. ff. de condict. indebit. Pacius in d. l. penult. C. eod. & cent. 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 7. hosque laudans Cludius d. Comment. de condict. indeb. cap. 3. numer. 78. & seqq. Linglous d. decis. 10. quæst. 4. numer. 10. & seq.*

Similiter illi, quod *ex d. l. penult. C. de condict. indebit.* notatum est, in alternativis debitori, qui utrumque & Titium & viginti per errorem solvit, electionem repetendi permitti, non obloquitur textus *in l. si non sortem. 26. §. si decem. 13. in fine ff. d. tit.* ubi utroque simul soluto, & quinque & Sticho, in debitoris voluntate positum non est, repetere utrum velit: sed in creditoris arbitrio consistit, vel quinque retinere, vel Stichum; & vel quinque restituere, vel servum Stichum. *Respondetur* enim: sententias veterum Jurisconsultorum hac de re olim variasse. Ulpianus siquidem, Celsus & Marcellus voluerunt: debitori, utroque soluto, electionem amplius non concedendam; sed creditoris, qui accepit, arbitrio permittendum, reddere utrum velit. *d. l. si non sortem. 26. §. si decem. 13. ff. eod.* Papinianus verò, & Julianus contrarium affirmarunt debitori videlicet electionem dandam esse repetendi, quod velit, non creditori electionem restituendi. *d. l. penult. C. eod. tit.* Atque hanc posteriorem sententiam, rejecta Ulpiani & aliorum opinione, Justinianus approbavit; adeòque postremam partem *dicti §. si decem. in dict. l. si non sortem.* correxit, *per dictam l. penult. C. eod.* sicuti non insulsè, *post Accursium ibidem, Cujacium d. lib. 8. observat. cap. 35. Borcholten in Commentar. de compensationib. cap. 1. n. 47. cum seqq. & Duarenum ad tit. ff. de condict. indebit. capit. 9.* annotavit novissimè Cludius *d. cap. 3. numer. 66.* 99

Non item refragatur *l. planè si duos. 21. ff. de condict. indebit.* ubi in alternativis repetitio & electio non debitori, sed potiùs creditori datur. *Multum* namque interest, utrum duo, qui illud aut illud debuerunt, pariter ambo utrumque solvant, an verò unus, qui idem debuit, solus solvat utrumque. Cùm unus solvit utrumque, quod disjunctim debuit, 100

debuit, is ut electionem dandi antè habuit: ita &
post solutionem electionem, utrum velit, petendi
habet, & potest etiam habere: quia duæ res ab eo
disjunctim debitæ electionem hanc admittunt, *d. l.*
penult.C.eod. At cùm duo duas res eodem modo de-
buerunt, & singuli unam solverunt, id est, ambo pa-
riter utramque: non possumus singulis electionem
dare, utram petant; cùm singuli unam à se solutam
repetant; manifestum fit autem, in unam rem, quæ
à singulis petatur, electionem non cadere: sic fit, ut
hoc casu, electione petendi singulis ademptâ, soli
creditori, quid reddat, & cui reddat, electio relin-
quatur. *d. l. planè.21.ff.eod.Donell.d.lib.14.Comment.*
de jur.civ.c.18.pag.275.num.30. Idq; copiosiùs expla-
nat Cludius dict.cap.3.num.80.cum aliquot sequentib.
ubi & aliis objectionibus respondet.

101 Porrò cùm indebiti condictio naturalis sit (non
aliam ob causam sic dicta, quàm quòd naturæ, id
est, boni & æqui regulâ nititur ad res exigendas, quas
in rebus nostris, quæ sine causa ad alium pervene-
runt, præstari æquum est, *argum. l. nam hoc natura.*
102 *14. & l. penult. ff. de condict. indebit.*) ideo etiam,
quod rei solutæ accessit, ut fructus fundi, ancillarum
partus, pecorum fœtus, item merces habitationis, in
illam venit. *l. indebiti.15. in princip & l. in summa.*
65.§. ei, qui indebitum.5. cum §§. seqq. ff. d. tit. & ibi-
dem in Paratitl. Wesenbec.num. ult. Donell. d. cap. 18.
pag. 284. Nec obstat, accipientem lucrari debere
fructus consumptos: cùm habeat titulum pro solu-
to, itemque bonam fidem: siquidem ignoranter ac-
ceperit, *arg.§. si quis à non domino, 35. supr. de rer. di-*
vis. Nam fructus consumptos tum demum lucra-
tur, quando ex titulo debitum verum resultat: *l. fru-*
ctus.33.ff. de rei vindicat. Aliter se res habet, quan-
do debitum falsum est, *ut hic & l. si non sortem.26.§.*
libertus.12. ff. de condict. indebit. Clud. d. Comment.
de condict indebit.cap.7.num.80.pag.340.

103 Quæri hoc loco opportunè solet: an judex, qui
reum, probationibus id ipsum exigentibus, ad red-
ditionem pecuniæ, indebitè acceptæ, condemnat,
simul eundem in usuras condemnare possit? Et non
posse, satis expressè decidit Imp. Antoninus *l.1.vers.*
usuras autem. C. de cond. indeb. ubi hanc addit ratio-
nem: *quia actione condictionis ea sola quantitas repe-*
titur, quæ indebita soluta est. Obligatio quippe hic
non nascitur, nisi quatenus res data reperitur. *l. si ti-*
bi decem.17.in princ. ff. de pactis. Usuræ autem datæ
non sunt: proindeque actione hac repeti non pos-
sunt. Eodem facit textus *in l. quotiens.4. ff. de con-*
dict. ob turpem caus. Et eâ de re vide fusiùs dissertan-
tem Cludium *prædicto Comment. de condict. indebit.*
cap.10.num 59. & multis subseqq.

104 Quæri item solet de eo: numquid, si huic actioni
renunciatum sit, nihilominùs ea intentari possit? Et
multi quidem autumant; renunciationem specia-
lem indebiti condictionem impedire, non item ge-
neralem. *Fulgosius & Constantius in l. ult. §. idem quæ-*
siit.3. ff. de condict. indeb. Aretinus in l. si quis cùm
aliter.36.col.ult.ff.de verb. obligat. Alexand.consil.42.
num.8.vol.1. Imol. in c. cùm contingat.num.54.ext. de
jurejur. & in c. penult. num.16. de empt. & vend. Co-
varruv.lib.2.variar.resolut.cap.4.n.4. hosq; referens
Cludius d. Commentar.cap.5.num.19. Quibus adda-
tur Richter. in tract. de contractibus.disput.3.th.34.ad
lit. e. pag.87. Verùm neque generalem, neque spe-
cialem renunciationem obstare, quo minùs indebi-
ti condictio possit à renunciante intentari, & rece-
ptius videtur & probabilius: tum per textum evi-
dentem *in d. l. ult. §. idem quæsiit. ff. de condict. inde-*
bit. tum quia idem error est in utraque renunciatio-
ne, qui est in principali solutione; & sicuti per erro-
rem indebitè solvitur; ita & indebitè renunciatur:
ac proinde error iste renuncianti non præjudicat, *ar-*
gum.l.doli exceptio.19.vers.diversum est.ff.de novatio-
nib. tum quia errantis nullus planè est consensus. *l. si* 105
per errorem.15.ff. de jurisdict. tum denique quia ne-
mo intelligitur renunciare juri suo, quod vel igno- 106
rat sibi competere, vel dubitat, *argum.l. mater dece-*
dens.19. in princ. ff. de inoffic. testament. & l. in repu-
dianda.23.ff de acquir. vel omitt. heredit. Atque ita
tradiderunt *Bartolus, Paulus de Castro, & cæteri in d.*
l. ult. §. quæsiit. ff. de condict. indebit. Iacob. Butr. Gui-
lielm. de Cuneo, Albericus de Rosat. & Iason in l.1.ff.
eod. ibidemq; Duarenus cap. ult. vers. alia quæstio est
de renunciatione, &c. nec non Helliger. in Donello enu-
cleato, lib.14.c.18. ad lit. a. ubi & alios citat.

Postremò & illud quæri assolet: an hæc condicti- 107
tia actio cum rei vindicatione concurrat? Sed haud
dubium est, non concurrere. Is enim, qui solvit,
transfert dominium rei solutæ in alium, licèt per er-
rorem solvat. *leg. dominus.53 ff. de condict. indebit.*
ubi a Proculò distinguitur: an dominium transla-
tum sit in accipientem, cui jam solutio facta est, an
non sit: ut, si dominium translatum sit; quoniam
scilicet soluta res est ab eo, qui potestatem ejus alie-
nandæ habebat; cesset rei vindicatio, & competat
condictio. Si autem dominium translatum non sit;
quia is, qui solvit, mansit dominus; competat rei
vindicatio. Is siquidem, qui experitur actione in
rem, contendit se dominum esse. *l. in rem.23.ff de*
rei vindicat. Qui verò experitur condictione inde-
biti, petit dominium in se transferri: quæ utique re-
pugnantia esse, nemo non animadvertit, *docente*
Duareno in Commentar. ad d. tit. de condict. indebit.
cap. ult. in fine.

§. Item is. 2.

Item is, cui res aliqua utenda datur, id est,
commodatur, re obligatur: & tenetur com-
modati actione. Sed is ab eo, qui mutuum
accepit, longè distat. Namque non ita res
datur, ut ejus fiat; & ob id de eâ re ipsa re-
stituendâ tenetur. Et is quidem, qui mu-
tuum

tuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit: veluti incendio, ruinâ, naufragio, aut latronum hostiumvè incursu: nihilominùs obligatus remanet. At is, qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur: nec sufficit, ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est; si modò alius diligentior poterat eam rem custodire: sed propter majorem vim, majoresvè casus, non tenetur; si modò non ipsius culpâ is casus intervenit. Alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregrè tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumvè, vel naufragio amiseris: dubium non est, quin de restituendâ eâ re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intelligitur; si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est. Alioqui mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

Summaria.

1 *Commodatum unde derivetur.*
2 *Commodati definitio.*
3 *Commodatum est contractus realis.*
4 *Commodatum in quo differat à locatione.*
5 *Commodatum quomodo differat à deposito, pignore, & mutuo.*
6 *Commodatum & precarium in quibus differant.*
7 *Commodatum in quo distinguatur à mutuo.*
8 *Commodatum contrahere qui possint.*
9 *Impuberes sine tutore suo commodare alii res suas nequeunt.*
10 *Impubes & furiosus commodatum accipientes, quâ actione teneantur.*
11 *Quod de impubere statuitur; idem de pubere minore, itemq; prodigo, sine curatoris sui consensu commodatum contrahente, intelligendum.*
12 *An, si libero homini, mihi bonâ fide servienti, quasi servo, rem commodavero, commodatum consistat.*
13 *Quæ res in commodatum cadant.*
14 *Ecquid res alienæ commodentur.*
15 *Quæ res in hunc commodati contractum non veniant.*
16 *Commodati contrahendi modus vel substantialis, vel accidentalis.*
17 *Mens & intellectus l. rem mihi, 21. §. 1. ff. commodati.*
18 *Explicatio Novell. 99. cap. 1. & auth. hoc ita. Cod. de duob. reis stipul.*
19 *Quæ pacta adjici possint commodato.*
20 *Ex commodati contractu quæ obligatio nascatur.*
21 *Directa commodati obligatio quæ.*
22 *Ut contractus obligationem; ita obligatio actionem parit.*
23 *Commodatarius quam culpam præstare teneatur.*
24 *Sensus & lectio hujus §. 2.*
25 *Verba pro subjectâ materiâ sunt accipienda.*
26 *Articuli (sanè & planè) gradum addunt.*
27 *Intellectus l. si, ut certo. 5. §. custodiam. 5. ff. commodati.*
28 *Quod uni legi deest, ex alia supplendum est.*
29 *Consideratio l. 3 ff. de peric. & commod. rei vend.*
30 *Similitudo & dissimilitudo inter commodatum & precarium.*
31 *Quando dolus, lata & levis duntaxat culpa, in commodato præstetur.*
32 *Quando dolus tantùm, & lata culpa.*
33 *De casu fortuito non tenetur commodatarius.*
34 *Quibus casibus etiam casus fortuitus præstetur in commodato.*
35 *Num ad hoc, ut commodatarius teneatur ad casus fortuitos, sufficiat pactum generale de omni periculo præstando: an verò requiratur, ut casus fortuiti specialiter enumerentur.*
36 *Omnium pactorum fides servanda.*
37 *Tantum valet genus per se solum positum, quantum enumeratio omnium specierum.*
38 *Summa l. si quis domum. 9. §. 1. ff. locati.*
39 *Summa l. quæ fortuitis. 6. C. de pignor. act.*
40 *Sententia l. juris gentium. 7. §. 15. ff. de pact. & l. & Aristoni. 39. ff. mandati.*
41 *Sententia l. litis 37. §. 1. ff. de negoc. gest.*
42 *Summa l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor. & curat.*
43 *Dictio (periculi) quam significationem recipiat.*
44 *Intellectus l. negotium. 22. Cod. de negoc. gest. & l. 1. Cod. depositi.*
45 *Declaratio l. sed & si quis. 4. §. 4. ff. si quis cautionib. &c.*
46 *Expositio l. 1. C. de commodato.*
47 *Leges Codicis semper sunt restringendæ ad casum propositum.*
48 *Utrùm commodatarius, si rem per nuncium remiserit, re perempta, liberetur.*
49 *Quando commodatarius extra culpam esse censeatur.*
50 *Commodatarius eandem speciem tempestivè, & tempore locoq; opportuno, commodatori restituere tenetur.*
51 *An compensatio in commodato habeat locum.*
52 *Summa l. ult. C. de commodato.*
53 *Compensatio tantùm in quantitatibus, non in speciebus, procedit.*
54 *Sententia l. crediteris. 15. §. ult. & l. si is, qui rem. 59. ff. de furt.*
55 *Intellectus l. in rebus commodatis. 18. §. fin. ff. commod.*

56 Sen-

56 *Sententia l. ult. C. de compensationib. & §. in bonæ fidei. 30. Inst. de actionib.*
57 *In commodato non solùm ipsa res principalis, sed & ejus accessio restitui debet.*
58 *An, sicuti ob dolum, ita etiam ob latam culpam commodatarii, sive cujuscunque Rei, rem non restituentis, vel non exhibentis, in litem juretur.*
59 *Lata culpa non solùm dolo comparatur, sed & dolus appellatur.*
60 *Sententia l. in actionibus. 5. §. 3. ff. de in lit. jurand.*
61 *Dictiones taxativæ (tantùm, solùm, duntaxat, &c.) casus similes non excludunt.*
62 *Quatenus dolus in delicto ad latam culpam non producatur.*
63 *Cujus temporis æstimatio rei commodatæ in judicio fieri debeat.*
64 *Sensus & explicatio l. vinum. 22. ff. de reb. cred. & l. ult. ff. de condict. tritic.*
65 *Directa commodati actio cum quibus actionibus concurrat, & cui, & adversus quem competat.*
66 *Commodator ad quas præstationes commodatario adstringatur.*
67 *Si quispiam ad certum usum & præfinitum tempus rem commodet: an finito tempore, nedum tamen impleto usu, rem à commodatario repetere possit.*
68 *Commodator damnum, quod per causam commodati contigit, commodatario resarcire tenetur.*
69 *Quas impensas commodatario refundere commodator necesse habeat.*
70 *Contraria commodati actio cui, & contra quem detur.*
71 *Contraria ista actio cur sic dicta.*
72 *Directæ commodati actionis formula.*
73 *Contrariæ actionis forma.*
74 *Si commodatario res commodata surrepta sit, quodnam ei judicium ad rem illam recuperandam competat.*
75 *Furti actio quibus accommodetur, & quid persequatur.*
76 *Quando actionibus in factum, officio judicis, &c. locus relinquatur.*
77 *Condictio incerti, itemq; condictio ex injustâ causa, commodatario adversus furem conceditur.*
78 *Opinio Boceri, judicis officium nobile hoc casu habere locum putantis, refellitur.*
79 *Intellectus l. interdum. 56. §. 1. ff. de furt.*

1 TERTIA species obligationis, quæ re contrahitur, est commodatum; à commodandi verbo derivatum: quod generaliter, latè & impropriè significat, inservire alicujus commodis, vel alicui quoquo modo prodesse: ita ut etiam pro mutuum dare. *l. fin. C. de his, qui ex publicis rationibus mutuam pecuniam acceperunt.* & contrà mutuare pro commodare ponatur. *l. item legato. 49. §. 2. ff. de legat. 3. l. quæsitum. 12. §. si quis, 14. ff. de instructo, vel instrum. leg. Mantica, de pac. & amb. convent. lib. 9. tit. 1. num. 1.* Ast in specie, sive propriè & strictè, ut hic, rem aliquam gratis ad certum usum utendam concedere designat: & hujus respectu non inconcinnè dicitur commodatum, quasi cum modo, id est, certâ formâ utendi datum: *ut tradiderunt Wesenbecius in Paratitl. ff. hoc tit. numer. 2. ibidemque Duaren. cap. 1. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civil. c. 3. numer. 1. Oldendorp. class. 4. act. 15. in princ. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 14. cap. 2. ad lit. A. Dn. Obrecht. Disput. 13. thes. 2. & seqq.* Definitur itaque commodatum haud 2
ineptè contractus, re initus, nominatus, juris gentium, bonæ fidei: quo res gratis, certum ad usum, eâ lege conceditur; ut eadem ipsa in specie, finito usu, restituatur. *Vide Althusium lib. 1. Dicæolog. cap. 69. numer. 2. pag. 240. & Knipschildt exercitat. Acad. 3. th. 5. pag. 90.* Commodatum esse contractum, re initum, nominatum, juris gentium, bonæque fidei, liquescit ex *l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. vers. geritur enim. ff. commodati. hoc §. nostro. in verb. re obligatur. item §. actionum autem. 28. infr. de actionib. l. 1. §. is quoq; 3. ff. de obligat. & act. l. contractus. 23. ff. de regul. jur.* Dixi in defini- 3
tione, *quo res*: quia hic contractus non oritur, nisi res interveniat; sive ea mobilis sit, ut vestis; sive movens, ut equus; sive immobilis, ut fundus. *l. 1. §. ff. commodati. & latiùs explicabitur infrà numer. 13.* Dixi quoque, *gratis*, per hunc *§. nostrum. in fine. l. si, ut certo. 5. §. rem tibi. 12. ff. commodati. leg. si gratuitam. 17. §. si cùm unum. 3. ff. de præscript. verb.* Eaque notâ 4
distinguitur commodatum à locatione & conductione. Tametsi enim in locatione æquè, ac in commodato, res utenda conceditur; commodatum tamen gratuitum est: in locatione verò merces pro usu rei intervenit, *initio tit. Inst. de locat. & conduct. l. 2. in princ. ff. locati. Timæus Faber disp. 22. ad Instit. Imperial. th. 10 lit. b.* Dixi item, *certum ad usum*, atq; *hujus §. & d. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & act.* Atque istis verbis commodatum discriminatur à deposito, & pignore, itemque mutuo. Nam si creditor 5
pignore, & depositarius re depositâ usi fuerint, furtum committunt. *§. furtum autem tit. 6. vers. itaq; sive creditor. infr. de obligat. quæ ex delict. nascun.* Similiter in mutuo res non ad usum, sed potiùs ad abusum datur. Res etenim, quæ mutuò datur, talis esse debet, ut usu consumatur, *velut constat ex principio hujus tit. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. & d. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & act.* contrà quæ commodatur, talis esse debet, ut usu non consumatur. Neque enim potest commodari id, quod usu consumitur; nisi fortè ad pompam vel ostentationem (dicis gratiâ, hoc est, perfunctoriè tantùm, *arg. l. 1. §. excusantur. 34. ff. ad SC. Silanian.* vel dicis gratiâ, i. e. ad ostentandas divitias *arg. l. si ego. 18. in fin ff. de reb. credit.*) quis accipiat, inquit Ulp. *in l. 3 ult. ff. commodati.* Usus quippe abu- 6
sui contrari⁹ est. *Duar. d. c. 1. circa medium Osterman. in suis rationalib. hic pag. 67.* Sed & iisdē verbis commodatum secernitur à precario, quod commodato est

est simillimum. *l. 1. §. fin. ff. de precario:* quia utroque usus rei gratis conceditur: & utrumque ad liberalitatem & beneficium magis, quàm ad negocium contractum pertinere videtur. *l. interdictum. 14. ff de precar. d. l. in commodato 17. §. sicut. ff. commod.* Differunt tamen cum aliis in rebus, tum hac maximè: quòd commodatum certum utendi modum, certumque finem accipienti præscribit; quem transgredi commodatario non est licitum. *d. l. si, ut certo. 5. §. quinimò. & dict. l. 17. §. sicut. ff. eod.* Sed precarium neque certum utendi tempus, neque certum modum præfinit: proindeque pro arbitrio concedentis revocari potest. *d. l. 1. & 2. ff. de precar. Vultejus hic num. 7. & seqq. Mynsinger. num. 3. Bercholt. num. 7. Donell. lib. 14. Commentar. de jur civil. cap. 2. pag. 218. num. 50. Petr. Gregor. in syntagm. juris univers. lib. 23. cap. 1. num. 8. Althus. d. lib. 1. Dicæolog. cap. 69. num. 11. cum seqq. pag. 241. Andr. Gerhard. d. decad. 13. quæst. 1. Oleman. ad Disput. 25. Giphanii. num. 4. Fomannus Disp. 20. thes. 4. ad lit. b. Arnoldus Vinnius lib. 2. Iurisprud. contract. cap. 24. pag. 73. Martin. Bonacina in tract. de contractib. & restit. disp. 3. quæst. 15. num. 1. pag. 685. & Höfflichius progymnasmat. decuria. 6. posit. 3. lit. A.* Licèt aliter sentiat Nicolaus Belloons *lib. 2. supputation. jur. cap. 13. num 2.* Dixi denique, *eadem ipsa in specie*
7 *restituatur.* Quà notâ rursus commodatum distinguitur à mutuo; in quo non redditur eadem species, sed idem genus, *ut diximus suprà initio hujus tit. dict. l. 2. in princ & §. 1. ff. de reb. credit. Stuck. part. 1. exercitat. Iustin. decad. 10. assert. 4. lit. b.* Et quidem res non deterior est restituenda: siquidem propriè haud reddita dicitur, quæ deterior redditur. *l. 3. §. 1. & l. in rebus. 18. §. 1. ff. commodati. Timæus Faber d. disp. 22. th. 10. ad lit. d.*

8 Contrahere autem commodatum queunt omnes, qui consentire possunt *l. 1. §. conventionis. ff. de pact. leg. in omnibus. 55. ff. de obligat. & act. leg. in negotiis. 5. ff. de regul. jur.* In personâ igitur furiosi & infantis commodatum non consistit. *l. 2. ff. commodat. leg. furiosi. 40. ff. de regul. jur. §. sed quod diximus. 10. supr. de inutil. stipulat.* Surdum verò commodatum contrahere posse, non dubium est, *leg. in quibuscunq. 48. ff. de obligat. & action.* Et sanè in primis puberes, ut sui juris, sic & filiifamilias hunc contractum celebrare possunt. *leg. 1. §. fin. ff. commodat. l.*
9 *filiusfamilias. 39. ff. de obligationib. & actionib.* Etenim impuberes sine tutoris sui auctoritate commodare alii res suas nequeunt, *leg. obligari. 9. in princip. & §. 1. & 2. ff. de auctorit. & consens. tutor. leg. obligari. 43. ff. de obligationib. & actionib. initio tit. suprà, de auctorit tutor. ubi id explicui fusius, num. 4. & seqq.* nec ipsi, si absque tutore commodatum accipiant, obligantur: nisi quatenus locupletiores facti fuerint. *dict. leg. 1. §. ult. & l. 3. in princip. ff. commodat. leg. pupillus. 5. in princip. ff. de auctoritat. & con-*
10 *sens. tutor.* Tametsi de re commodatâ restituendâ ad exhibendum actione, & rei vindicatione teneantur, ut & furiosus. *leg. 2. ff commodati. leg. furiosus. 46. ff. de obligat. & actionib.* Hujusque ratio est perspicua: quia valde iniquum esset; eum, qui tenet rem alienam, nullâ actione teneri: propterea quòd is justæ ætatis non sit, vel non sit sanæ mentis. Ratio autem, cur actione ad exhibendum magis, quàm actione commodati teneantur furiosus & impubes, hæc est: quoniam judicio consensuque carent: & tunc obligantur, cùm ex re obligatio venit, id est; ex facto aliquo, in quo non est necessarium judicium pupilli vel furiosi. *dict. leg. furiosus. 46. ff. de obligationib. & actionib. Duaren. ad tit. ff. & Cod. de commodat. cap. 7.* Cæterùm quod de impubere, absq; 11
tutoris auctoritate commodatum contrahente, jam dictum est: id etiam de pubere minore, itemque prodigo, sine curatoris sui consensu contractum commodati ineunte, exaudiendum est, *leg. si curatorem. 3. Codic. de in integr. restitut. minor. l. 1. & 2. Codic. si advers. credit. l. u. cui bonis. 6. ff. de verbor. obligat. dict. leg. furiosi. 40. ff. de regul. jur. D. Collega Bocer. hic num. 16. pag. 180. & class. 2. Disput. 10. thes. 5. edit. 2.* Si libero homini, qui mihi bonâ fide ser- 12
viebat, quasi servo, rem commodavero, an commodatum consistat, ambigitur? Sed distinctione res expedienda est. Aut enim liber ille homo ignarus fuit suæ conditionis: aut non. Priori casu commodatum non consistit: sed ad innominati contractûs naturam quàm proximè accedit. Posteriori verò casu vires obtinet, *leg. is, qui commodatum. 13. §. 2. ff. commodat. junctâ leg. liber. 19. in fine. & leg. homo liber. 54. in princip. juncto §. 1. ff. de acquir. rer. domin. & leg. liber homo. 118. in princip. ff. de verbor. obligat.* D. *Bocer. d. Disput. 10. thes. 6.*

Res, quæ in commodatum cadunt, sunt non so- 13
lùm mobiles, sed & immobiles; non tantùm corporales, verùm etiam incorporales. Unde & habitationem commodari posse, Vivianus asserit. *l. 1. §. 1. ff. commodat.* quanquam de eo Ulpianus subdubitet. *l. si gratuitam. 17. in princ. ff. de præscript. verb.* Sed & servitutes ad certum tempus concessæ alicui commodabuntur, vel potiùs accommodabuntur, id est, aptabuntur usui alicujus, permittendo alicui illis uti, *tradente Petro Gregorio Tholosan. in syntag. jur. univers. d. lib. 23. cap. 1. num. 2.* Commodantur quo- 14
que res tam alienæ, quàm propriæ. *l. commodat.* ita ut fur, sive prædo (siquidem dominii translatio ad hanc obligationem contrahendam necessaria non est. *leg. rei commodata. 8. & l. seq. ff. d. tit.*) commodare possit. *l. ita ut. 16. ff. eod. tit. l. non ab judice. 64. in princ. ff. de judiciis.* sed alii, quàm rei domino, *argument. l. bona fides. 31 §. 1. vers. si tamen ignorans. ff. deposit. Duaren. ad tit. ff. Codic. de commodato. cap. 2.* Eæ tamen res, quæ usu consumuntur, veluti pecunia numerata, oleum, frumentum, &c. in hunc contractum non veniunt: nisi fortè *(ut jam suprà dictum numer. 5.)* ad pompam vel ostentationem commodentur, ut dicis gratia numerationis loco interce-
dant, & simulata ista numeratione absoluta restituantur. 15

tuantur. *l. 3. in fine. & l. 4. ff. commodat.* sive (veluti ex glossis veterum Græcorum *ad d. l. 4. ff. d. tit.* interpretatur Cujacius *libr. 10. observat. 37.*) ut satisfiat
15 solennitatibus juris ; quemadmodum in mancipationibus interveniebat sestertius unus, dicis tantum gratiâ : sive ut dicere quis posset, se numerasse, perfunctoriè scilicet & simularè, non seriò & verè : *ut rectè docuit Duaren. d. cap. 2. in fin & libr. 1. Disputat. anniversf. cap. 47. cumque referens Heigius hic num. 9. & Coras. libr. 4. miscellan. jur. civil. cap. 8. numer. 6.* quamvis hic ibidem & alias expositiones recenseat. *num. 2. & sequentib.*

16 Commodatum contrahendi forma sive modus, vel substantialis censetur, vel accidentalis, *docente D. Collega Bocero class. 2. Disputat. 9. thes. 10. edit. 2. & in hoc §. num. 24. pag. 180.* Substantialis quidem quòd res commodatur gratis ad certum aliquem usum, *hoc §. nostro, in fin. leg. si, ut certo. 5. §. rem tibi 12. ff. comm. dat. l. si gratuitam. 17. §. si cum unum. 3. ff de præscript. verb. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff de obligat. & act.* Accidentalis verò ; quod res quandoque commodatur pluribus : qui singuli, si species commodata sit, in solidum obligantur. *d. l. si, ut certo. 5. §. ult. ff commodat. l. si duo heredes. 22 ff. deposit.* Hæc enim natura est correorum, ut singuli in solidum, & æquè principaliter obligentur, nullaque prorsus sit obligationis discrepantia. *l. 2. l. 3. §. 1. & passim. ff. de duob. reis constituend. Knipschild. exercit. Acad. 3. quæst. 4. pag. 100.*

17 Cui non obstat textus *in l. rem mihi. 21. §. 1. ff. commodati.* ubi Africanus respondit : si quis duobus vasa quædam communi periculo commodaverit, & ea culpâ ipsorum surrepta sint, habiturum commodatorem actionem adversus eos pro cujusque parte ; hoc est non adversus singulos in solidum, quamvis commune periculum fuerit. Nam ibi commodator non singulorum commodatariorum fidem in solidum secutus erat, sed amborum simul, qui conjunctim illorum in se vasorum periculum receperant. *Hotoman. illustr. quæst. 19. post medium. Cujac. in tract. ad African. 8. in explicatione dictæ l. rem mihi, 21. §. 1. D. Bocer. hic num. 34.* Vel in specie istius l. convenerat, ut divideretur periculum inter commodatarios : quia proponitur, vasa utenda communi periculo data esse. Ubi autem non apparet, hoc actum esse, in solidum tenentur. *Duaren. ad tit. ff. & C. de commodato. ca. 8 in fine. Jul. Pac. cent. 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 42. Rober. Disput. 14. thes 8.*

18 Similiter non adversatur *Novell. 99 cap. 1. & Auth. hic ita C. de du. b. reis sti. u. andi.* ubi deciditur, quod hodie duo correi debendi pro virilibus tantùm portionibus conveniri debeant, non in solidum : nisi alter aut absens sit tempore judicii accepti, aut inops, aut renunciatum sit beneficio novæ constitutionis. Etenim Novella ista nequaquam abrogat, quòd duo rei in solidum exigi & conveniri possint : siquidem de iis duntaxat agit reis, qui vice mutua fidejusserunt. Ita quippe inscriptio Novellæ habet: περὶ ἀλληλεγγύων, id est, de duobus reis, qui vice muruà fidejussores accepti sunt. Sententia igitur Novellæ illius hæc est : Duo rei promittendi constituti sunt, ita ut singuli in solidum tenerentur : atque adjectum est ; ut vice muruà fidejussores existerent, ut alter pro altero fidejuberet. (Non videntur autem vice muruà fidejussisse, nisi id nominatim sit actum. *l. reos. 11. ff. de duob. reis constituend.*) Hoc casu Imp. Justinianus constituit ; ut, si omnes solvendo & præsentes sint, habeant beneficium divisionis, hoc est, ut quilibet pro portione virili, non in solidum, obligetur. Ergo si simpliciter sine fidejussione duo rei sunt constituti : quilibet in solidum potest conveniri : nec reo convento licet allegare divisionis beneficium, quod non reis, sed fidejussoribus datur. Idque latius exponunt *Cujacius ad dict. Novell. 99. Bronchorst. centur. 4. ἐναντιοφανῶν. assert 51. Costal. ad l. vir uxori. 17. ff. ad senatusconf. Vellejan. Paulus Berens. Disputat. 9 them. 2. q. 4. Arumæus Exercit. Instin. 13. thes. 9. D. Bocerus hic n. 35. seq. pag. 182.*

Accidentalis quoque contrahendi commodatum 19
modus est ; quòd interdum ipsi commodato pactum aliquod adjicitur, putà de re commodatà certo loco vel tempore reddenda. *l. si, ut certo. 5. in princ. ff. commodat. & tot. tit. ff. de eo, quod certo, &c.* item de non præstandâ à commodatario culpâ, vel de præstando etiam casu fortuito. *leg. contractus. 23 vers. sed hæc ita ff. de regul. jur.* Sed pactum, quo cavetur, ne futurus dolus præstetur, utpote bonis moribus è diametro contrarium, nec in hoc, nec in alio contractu valere potest. *leg. in commodato. in princip ff. commodat. l. 1. §. illud. 7. ff de deposit. l. si unus. 27. §. illud. 3. ff. de pact. dict. l. contractus. 23. vers. excepto eo. ff. de regul. jur.*

Nascitur ex hoc contractu duplex obligatio : di- 20
recta sive principalis, & contraria, *d. l. in commodato. 17. §. 1. & leg. seq. §. ultim. ff. commodat.* Directa 21
commodati obligatio est, qua comodatori quid præstare commodatarius tenetur. *l. in rebus. 18. §. ult. ff. eod.* Eamque duo afficiunt : debitum, quod commodatarius præstare commodatori astrictus est : & actio, quâ debitum illud commodator persequi potest. Ut enim ipse contractus obligationem ; sic ob- 22
ligatio actionem parit. *l. licet. 42. §. ea obligatio. 1. ff. de procuratorib.* Obligatio autem spectat debitum aliquod, sive rem ; quam, qui obligatus est, præstare alteri compellitur, *argument. princip. it. supr. de obligationib. & l. obligationum. 3. in princ. ff. de obligat. & Act. D. Bocer. class. 2. Disputat. 9. thes. 11. ad lit. C. edit. 2.* Cæterum debitum istud continetur duabus partibus : cura videlicet rei commodatæ, & tempestiva rei ejusdem restitutione. *Donell. libr. 14. Comment. de jur. civil. cap. 3. pag. 221. numer. 10.* Cura in eo consistit : ne commodatarius dolo, vel culpa sua 23
committat, ut res commodata pereat, aut deterior fiat. Et quia commodatum plerunque concernit solam

solam utilitatem commodatarii, *d. l. si, ut certe.* 5. §. *nunc videndum.* 2. *ff. commodati.* idcirco ipse exactissimam custodiendæ rei commodatæ diligentiam; adeòque præter dolum & latam culpam, etiam culpam levem & levissimam præstare cogitur. *d. l.* 5. §. 2. *in fine, ibi. diligentiam. & d. l. in rebus.* 18. *in princ. ibi, diligentissimus. ff. d. tit. l.* 1. §. *& ille quidem.* 4. *ibi, exactissimam ff. de obligat. & actionib. d. l. contractus.* 23. *ubi Petrus Fab. Cujac & D. Bocer. cap.* 4. *num.* 6. *item Delrio cap.* 8. *ff. de regul. jur. Constant. Hermenop. lib.* 6. *Epitom. titul.* 2. *Wesenbec. num.* 4. *Hotoman. enunciat.* 5. *Berchelt. numer.* 4. *Heigius numer.* 36. *Ricciardus. numer.* 46. *Bachovius numer.* 5. *pag.* 737. *& alii in hoc §. nostro. Pacius in Epitom. jur. Disputat.* 12. *thes.* 16. *Rober. Disputat.* 14. *thes.* 9. *Schickhard Disputat.* 12. *thes.* 5. *lit. c. & resolut. quæst.* 3. *Hœnon. disp.* 13. *controvers.* 8. *Matth. Stephani cent.* 3. *quæst.* 29. *Paulus Berens Disputat.* 9. *them.* 2. *qu.* 3. *Giphan. disp.* 25. *ad Instit. th.* 7. *ibique Oleman. in suu not. numer.* 7. *& Hunnius lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 3. *part.* 3. *quæst.* 3. *pag.* 935.

24 Non resistit huic sententiæ, quod in hoc §. nostro dicitur: eum, qui utendum accepit, exactam diligentiam præstare juberi. *Tum* quia pro voce *exactam*, legendum esse *exactissimam*, patet luculenter *ex d. l.* 1 §. *& ille quidem.* 4. *ff. de obligat. & act.* unde hic

25 §. desumptus est. *Tum* quia verba pro subjecta materia sunt accipienda, & ex natura contractus: alias superlativum non iuesse positivo, rectè scribit Vul-

26 tejus *lib.* 1. *disceptat. Scholasticar. cap.* 15. Tum etiam quia hic §. non dicit simpliciter: commodatarius *exactam diligentiam* præstare debet: sed, *sanè quidem exactam diligentiam.* Hoc autem perinde est, ac si diceret, valde exactam sive exactissimam, ut Ulpianus *in d. l.* 5. §. 5. *ff. commodat.* custodiam *planè* diligentem dixit, pro diligentissimâ. Articulos, *sanè & planè*, addere gradum certum est. Stultè verò ac barbarè scriberetur in hoc §. *sanè quidem exactissimam.* Est enim perinde, ut si diceres, valde exactissimam, aut valde diligentissimam. Itaque etiam *in* §. *ult. hoc tit.* Justinianus in pignore custodiendo, non requirit *sanè* quidem exactam, sed simpliciter exactam diligentiam. Et hoc ipso in §. cum ait. *si modò alius diligentior, &c.* satis admonet, se intelligi velle, *exactissimam*: ubi dixit, *sanè quidem exactam.* Usurpari quippe in lingua Latinâ *sanè*, pro *valde*, testatur hic in suis notis Matcilius *pag.* 468. *& seq.*

27 Sic non obstat *d. l. si, ut certo.* 5. §. *custodiam.* 5. *ff. commodati.* ubi Ulpianus diligentem duntaxat custodiam, non diligentissimam, à commodatario exigit. *Nam* primò ibi IC. non simpliciter custodiam, sed *custodiam planè diligentem*, adeòque dili-

28 gentissimam desiderat. Deinde, quod uni legi deest, suppendum est ex alia, quæ rem definit apertius, *arg. leg. incivile.* 24. *& leg. non est novum.* 26. *cum ll. seqq. ff. de legib. &c.* Atqui *ex d. l. in rebus.* 18. *ff. commodati. & d. l.* 1. §. 4. *ff. de obligat. & actionib.* manifestum est; commodatarium accuratissimam diligentiam rei commodatæ adhibere debere. Ergo quod *in dict. leg.* 5. §. 5. *ff. commodat.* de diligente custodia responsum est: de custodiâ diligentissima exaudiri debet. *Anton. Matth. hic in vers. nec sufficit ei &c.*

Nihil præterea refragatur *l.* 3. *ff. de pericul. & commod. rei vendit.* ubi Paulus in hæc verba respondit: *Custodiam venditor talem præstare debet, quam præstant hi, quibus res commodata est: ut diligentiam præstet exactiorem, quàm in suis rebus adhiberet.* Ea namq; lex referenda est ad casum, qui proponitur *in* §. 1. *legis proximè præcedentis.* Ibi autem agitur de casu, quo emptio & venditio nondum omnino perfecta est: hoc est, quo vinum ad mensuram venditum, nondum admensum est. Ideoque venditor eâ specie meritò, præter dolum, latam & levem culpam, etiam culpam levissimam præstat: de qua & commodatarium teneri, ex prædictis apertè constat. *D. Bocer. ad dict. leg. contractus.* 23. *capit.* 4. *numer.* 6. *ff. de regulis juris. & in hoc §. nostro. numer.* 51. *pag.* 183. 29

Hoc amplius non obsistit, quod commodato valde simile & precarium. *l.* 1. §. *ult. ff de precario.* in quo non levis, nedum levissima culpa præstatur. *d. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur.* in cuius principio disertè traditur: quòd precarium recipiat tantùm dolum. *Quandoquidem* inter ista duo magna est ratio differentiæ: quia precarium non solum ex mera liberalitate proficiscitur. *l. quæsitum.* 8. §. *cum quoque.* 3. *ff. de precar.* sed etiam revocari potest, quandocunque concedenti libuerit. *d. l.* 1. §. 2. *& l.* 2. §. 2. *ff. eod. tit.* commodatum verò præscripto modo & fine utendi contrahitur: nec ante usum legitimum intempestivè revocari potest. *leg. in commodato.* 17. §. *sicut.* 3. *ff. commodati.* Mitiùs itaque egit Prætor cum eo, qui precariò rogavit: si quidem danti imputari queat, cur precarium, cum suspectam haberet diligentiam ejus, qui illud acceperat, maturè non revocaverit: *uti notarunt Duaren. ad tit. ff. & C. de commodato. cap.* 8. *vers. Levissima culpa, &c. Robertus & Berens locis præallegatis.* 30

Porrò si utriusque, & commodantis, & commodatarii causâ commodatum sit contractum: dolus, lata & levis duntaxat culpa præstatur: veluti, si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, & ego tibi argentum commodaverim. *d. l. in rebus.* 18. *in princ. vers. at si utriusque. ff. commodati. Ioan. Matienc. in repetit. l. contractus* 24. *de reg. jur. numer.* 171. *fol.* 168. Si verò quis commodatoris solummodò gratia rem commodatam acceperit: de dolo & latâ saltem culpâ tenebitur: ut, si quis sponsæ suæ, quò magis compta ornataque ad se duceretur, dederit res utendas: vel, si quis alicui, ut in sua causa consuleret, dederit commodatò libros. *l. si, ut certo.* 5. § *interdum.* 31 32

10. *ubi*

10. *ubi Bartol. Castrens. & alii. l. eum, qui.* 10. §. 1. *& l. si mei causa.* 12. *in princip. ff. commod. Oldendord. class.* 4. *act.* 15. *pag. mihi.* 605. *numer.* 3. *Schegk. in delibat. jur. Disputat.* 15. *thes.* 83. *ad lit. a. Cagnol ad d. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. numer.* 35. *& seqq. Vn-*
33 *gepaur Exercitior. Iustinianeor.* 15. *quaest.* 8. Planè, si incendio, vel ruina, vel quo alio casu fortuito quid damni in re commodatâ contigerit? commodatarium non teneri, indubitati juris est. *d. l. si, ut certo.* 5. §. *quod verò senectute.* 4. *d. l. in rebus.* 18. *ff. commod. d. l. contractus.* 23. *in fin. ff de reg jur. l. 1. C. de commodato. l. qua fortuitis.* 6. *C. de pignerat. act. Paul. Berens. d. Disputat.* 9. *them.* 2. *quaest.* 5. Proinde si commodavero tibi equum senio confectum, quo uteretis usq; ad certum locum, isque in ipso itinere deterior factus sit, vel perierit: commodati mihi non teneberis. Nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit, ut disertè respondit Pomponius *in l. ult. ff. commodat.* D. *Bocer. class.* 2. *Disput.* 9. *thes.* 17. *edit.* 2. Quinimò commodans equum alicui, quem sciebat non posse ferre laborem, tenetur contraria commodati actione ipsi commodatario ad interesse, si in viâ ob id equus deficiat, & ipse commodatarius sit damnificatus: secus, si gratis ille commodaverit. Ita, *post Castrensem, in l. eum, qui rem.* 10. *ff. commod.* decidit Hippolytus Bonacossa, *in tract. e-*
34 *quorum. quaest.* 404. Enimverò tres præcipuè excipiuntur casus, quibus etiam casus fortuitus in commodato præstatur. I. Si culpa commodatarii intervenerit, *per hunc §. nostr. ibi, si modò non ipsius culpa, &c.* II. Si res commodata æstimata fuerit, & commodatarius æstimationem se præstaturum receperit. *d. l. si, ut certo.* 5. §. *& si fertè.* 3. *ff. commod. Oldendorp. class.* 4. *act.* 15. *pag.* 607. *D. Ovrecht. Disputat.* 13. *thes.* 68. *Mynsinger. hic numer.* 11. *in fine.* III. Si ita convenerit, ut & casus fortuitus præstetur. *dict. leg. si, ut certo.* 5. §. 2 *ff. commodat. dict. leg. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. l. 1. §. si convenit.* 6. *ff. deposit. dict. leg.* 1. *Cod. de commodato.* Quo facto & de insolito casu teneri commodatarium, probabilius est, *argument. l. fistulas.* 78. §. *frumenta.* 3. *l. ff. de contrahend. empt. l. ex conducto.* 15. §. 2. *ff. locat. Pinel. in l.* 2. *Cod. de rescind. vendit. part.* 1. *cap.* 3. *numer.* 29. Est enim illa indefinita locutio, quæ universali æquipollet *arg. l. si plures.* 98. *ff. de legat.* 3. Et quid aliud est casus fortuitus, quàm insolitus? *Iustus Schütz. exercitation. jur. Disputat.* 13. *th.* 10. *lit.* C. *pagin.* 304. Atque id explicatius prosecuti sumus *in §. conductor.* 5. *infr. de locat. & conduct. numer.* 11. *& seqq.*

35 Cæterùm magna apud Doctores est altercatio: num ad hoc, ut commodatarius teneatur ad casus fortuitos, sufficiat pactum generale de omni periculo aut casu fortuito præstando: an verò requiratur, ut casus fortuiti specialiter enumerentur? Et pro illa, ceu veriore sententia, haud exigui momen-
ti plura sese offerunt argumenta. I. Juris nostri no- 36
tissima est enuntiatio; omnium pactorum fidem servandam esse: nisi aliqua juris ratio eis obstet. *leg.* 1. *in princ. leg. juris gentium.* 7. §. *ait. prætor. ff. de pactis. leg. fin. Codic. eod.* Atqui isti pacto generali
nihil obstat. Ergo servandum erit. II. Tantum 37
valere debet genus per se solum positum, quantum enumeratio omnium specierum, *argument. leg. si chorus.* 79. *in princip. ff. de legat.* 3. *& leg. omnes.* 4. *Cod. de præscription.* 30. *vel.* 40. *annor.* Jam verò dubium non est ullum; quin si essent omnes species casuum fortuitorum expressæ, commodata-
rius teneretur. II. Suffragatur *lex. si quis domum.* 9. 38
§. *si quis fundum.* 2. (qui aliâs pro lege allegari solet) *ff. locati.* ex quâ apparet, pacto generali standum esse, si quis fundum ita locaverit; ut, si quid vi ma-
jore accidisset, hoc ei præstaretur. IV. Accedit *lex,* 39
qua fortuitis. 6. *Cod. de pigneratit. act.* ubi expressum est, creditorem à petitione debiti submoveri, si inter contrahentes generaliter placuerit, ut amis-
sio pignorum liberet debitorem. V. Confert *d. l. ju-* 40
ris gentium. 7. §. *sed & si quis.* 15. *ff. de pact. & l. & Aristoni.* 39. *ff. mandati.* ex quibus intelligitur, conventionem valere, quod quis omne periculum præstet, vel ut res alicujus periculo sit. Quæ verba non aliam recipere interpretationem videntur, quàm ut etiam omnes casus fortuitos agnoscant.
VI. Huc pertinet *l. litis.* 37. §. 1. *ff. de negoc. gest.* ubi 41
declaratur; eum, qui negocium gerit alienum, usuras quoque præstare compellendum, & periculum eorum nominum, quæ ipse contraxit: nisi fortuitis casibus debitores ita res suas amiserint, ut tempore litis ex eâ actione contestata solvendo non essent. Si generali periculi appellatione fortuiti casus non comprehenderentur: parùm apte Paulus Jureconsultus illos de relato casu excepisse judicandus esset: cùm exceptio de ipsa regula deducatur. *secundùm Decium, Cagnolum, & Interpretes ple-*
rosque in l. 1. ff. de reg. jur. VII. Istud coarguit *l. tu-* 42
toribus. 4. *si conferatur cum rubricâ sive inscriptione tituli, C. de periculo tutor. & curator.* quæ apertè decidit, tutoribus vel curatoribus fortuitos casus non imputari: cùm tamen titulus solùm periculi mentionem faciat. VIII. Denique huc referri poterunt
plures aliæ leges, in quibus dictio *periculi* hanc signi- 43
ficationem admittere videtur, *ut l. si quis.* 4. *ibi. hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. ff. de reb. credit. si cert. petitum l. qui negocia,* 34. *in fine principii ibi; pecuniam, ex argento redactam, periculo ejus fore, qui accepisset argentum. ff. mandati. & l. 1. in princip. ibi, convenit, quoad periculum vini sustineat. & ibidem in §. 1. periculo liberatur, &c. ff. de peric. & commod. rei vend.* Atque huic assertioni adstipulantur *Martinus, relatus à glos. in l. sed & si quis.* 4. §. *quæsitum.* 4 *ff. si quis cautionib. &c. Sichardus. Salicetus & Parisius in d. l.* 1 *C de commodato. Matth. Stephan. cent.* 3.

quæst 29. in fin. Suarez. in thesaur. recept. sentent. lit. C. numer. 27. ubi plures citat. & novissimè Paulus Berens Disput. 9. ad Instit. them. 2. quæst. 6 aliis aliter sentientibus, *Azone, Accursio, Odofredo, Guiliel. de Cunes, Nicolao de Maturellu, Cyno & Gilkenio ad d. l. 1. C. de commodato, & cæteris, ter hunc relatis.*

44 Nec hanc nostram conclusionem enecant *l. negocium. 22. C. de negociis gest.* quæ decernit, negocium gerentes alienum, non interveniente speciali facto, casum fortuitum non præstare. *& l. 1. C. depositi.* qua cavetur: cum, apud quem res deposita est, ita demum de casu fortuito teneri, si illud specialiter convenerit. *Nam* speciale pactum seu specialis conventio ibi appellatur, non quòd sigillatim enumerentur casus fortuiti: sed quòd præstatio casuum fortuitorum sit specialis. Hoc enim pactum, *de omni periculo præstando*, quamvis sit generale, respectu singulorum casuum: tamen est speciale respectu pacti magis generalis, id est, de re commodata domino restituendâ. Vel (*ut planiùs res explicetur*) speciale in adductis legibus non generali, sed tacito, opponitur: ita ut specialiter nihil aliud sit, quàm expressè: *quemadmodum etiam accipitur in l. licèt. 6. ff. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacitè contrahit. & l. si pignus. 8. ff. qui potior. in pig. vel hypoth. habeant.*

45 Nostra item assertio haud emedullatur per textum *in l. sed & si quis. 4. §. quæsitum. 4. ff. si quis cautionib. in judicio sistendi caus. factis, &c.* ubi dicitur, conventionem istam (*ne ulla exceptio in promissione deserta judicio sistendi causa facta, objiciatur*) non valere; nisi specialiter causæ exceptionum exprimantur, quibus a promissore sponte renunciatum est. *Etenim* in casu illius legis dum is, qui cavet judicio sisti, renunciat casibus fortuitus, quibus potest impediri, ne sistat; rem quodammodo impossibilem promittere videtur. Promittit enim, se venturum: & paciscitur, se excusandum non esse, licèt inundatione fluminis, incursione hostium, aut simili casu impediatur. Proindeque hoc pactum est odiosum, atque adeò restringendum: cùm impossibilium nulla sit obligatio. *l. impossibilium. 185. ff. de reg. jur.* Cæterùm in nostro schemate, nihil tale in considerationem venire potest: dum commodatarius cavet de restituendâ æstimatione rei, quovis casu peremptæ: imò æquissimum est, ut casum omnem præstet: cùm ipsius gratiâ contractus fiat: nec dominus commodaturus esset, nisi periculum commodatarius subiisset. *Sed vide Pinelium ad l. 2. Cod. de rescind. vend. part. 1. cap. 3. numer. 26. Bronchorst. centur. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 26. edit. 2. & quæ notavimus infr. ad §. sed hodie. 2. titul. de satisdationib. numer. 20. & sequentib.*

46 Præterea minimè enervat decisionem nostram *dict. l. 1. Cod. de commodato.* ibi dum probatur pactum generale, quod est factum contemplatione unius certi casus, nempe incursionis hostium: inde colligi posse videtur; aliàs, id est, nisi contemplatione certi casus fiat, pactum generale non valere, *Imperatores* namque Diocletianus & Maximianus non ajunt, pactum esse factum duntaxat de incursu hostium; sed proponunt pactum simpliciter factum & generaliter. Nec moverit, quod dicatur factum contemplatione incursionis hostilis. Hoc siquidem ideo proponitur: quia pactum generale ad eum casum, de quo non fuit cogitatum, pertinere non videtur. Unde cùm in specie istius legis incursu hostium res perierat: pactum autem non de incursione hostium, sed generaliter conceptum fuerat: idcirco omnis dubitationis, & in facto consistentis quæstionis tollendæ causa proponitur, pactum intervenisse contemplatione hostium. Adde, quòd leges Codicis semper restringendæ sunt ad casum propositum, 47
de quo Impp. respondent; ut, post Pacium *in d. l. 1. C. de commodato. n. 12.* rectè tradidit Paulus Berens *dict. Disp. 9. th. m. 2. quæst. 6. in fine.*

Ambigitur quoque de eo: utrùm commodatarius, si rem per nuncium remiserit, re peremptâ, vel à nuncio aversa, liberetur? Et, nisi qua culpa ei imputari possit, illum liberari putaverim. *l. cum qui. 10. § 1. & ibi Costal. cum l. seq ff. commodati.* Extra culpam verò commodatarius esse censetur, si tali rem perferendam committat, cui nulla mali insidet suspicio, & quem consuevit dominus istis implicare negociis, *argum. l. si mei causa 12. § 1. l. argentum. 20. ff. commodat. & l. qui hominem. 34. §. si Titium. 3. ff. de solutionib. Heigius hic num. 14 & Schrader. num. 29.* Idque procedit, etiamsi commodatarius rem tradat servo vel famulo ipsius domini aut creditoris: quia si aliàs erat fidelis, & talis, cui verisimiliter potuit & debuit credere, & cui talia solebat dominus committere: non tenetur commodatarius, sed excusatur & liberatur. *Bartol. in l. si quis uxori. 52. §. apud Labeonem. 11. ff. de furt. & in dict. l. cum, qui. 10. §. fin. ff. commodat. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resol. cap. 7. numer. 3. Suarez. in thesaur. recept. sent. lit. f. num. 399. Gothofred. ad l. si is, cui. 7. C. de furt. Speckhan. cent. 2. class. 3. q. 14. num. 10.* Idque paulo fusiùs explanat Oldendorpius *class. 4. act. 15. versic. sed quid de dolo vel culpa nuncii, &c. pag. mihi 608.* Et eâdem de re in jure renovato locali Württembergico ita cautum extat: So der Entlehner / die zu leihen bewilligte Haab / bey seinem Diener abholen läßt / oder hernach wieder heimb sendet / ist er den / unter wegen der entlehneten Haab zugefügten Schaden / oder Abgang abzutragen schuldig. Da aber der Leiher bey seinem Diener die Haab liefern / oder wieder abholen läßt / ist der Entlehner deß under wegen zugestandnen Schadens halben / einigen Abtrag zuerstatten / (wann er kein Schuld daran hat) ohnverbunden. *part. 2. titul. 2. pag. 241. 5.* Und so der Entlehner / &c.

Ad tempestivam rei commodatæ restitutionem 50
quod attinet; certum est, quòd commodatarius eam ipsam rem, quam accepit, tempestivè, id est, ex dicto usu, in quem res commodata est, & tempore locoque opportuno, ut de quo in ipso contractu conve-

convenit, restituere commodatori debeat, *hoc §. nostro. l. 1. §. is quoque, cui rem. 3. ff. de obligat. & action. leg. si, ut certe. 5. in princ. leg. in commodato. 17. §. sicut autem. ff. commodat. l. si soluturus. 39. & l. creditor. 102 in princ. ff. de solutionib. l. in bona fidei. 7. l. is, qui certe. 9. & tot. t. ff. de eo, quod certo loc. dari oportet. D. Bocer. class. 2. Disput. 9. thes. 18. edit. 2. & in hoc §. num. 59. cum seq. pag. 185. Treutler. Disput. 24. thes. 2. lit. e. vel. t.*

51 Hinc num compensatio in commodato locum habere possit, non omnis contentionis expers est quæstio? Id licèt multi magni Jurisconsulti astruant, *Iacobus Cujacius lib. 9 observat. 37. & ad Paul. lib. 2. sentent. tit. 12. §. ultim. Giphanius ad §. in bona fidei. 30. infr. de action. Hœnonius Disputat. 13. controvers. 9. Hunnius Disput. 20. thes 16. & lib. 3. var. resolut jur civil. tractat. 3. part. 3. quæst. 4. pag. 937. Rittershusius in hoc §. nostro. pag. 4 3. circa finem. Schickhard. Disput. 12. thes 5. lit. b. num. 1. & resolut quæst. 2. Wegnerus Disputat. 15. ad Instit. thes. 7. sub lit. d. aliique*: attamen ego negantium sententiam juri magis esse consentaneam, nullus dubito.

52 Et primùm quidem moveor textu manifesto *in l. ult. Cod. de commodato*, ubi Impp. Diocletianus & Maximianus his formalibus verbis rescripserunt: *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur*. Quibus ex verbis luculentissimè constat; commodatum minimè admittere compensationem. Et quanquam Cujacius, & ipsius sequaces pro *Commodati* legendum ajunt *Commendati*, id est, depositi: quia tamen in omnibus & manuscriptis & impressis exemplaribus constanter legitur *Commodati*: & præterea lex ista non sub *tit. depositi*, in quo de commendato agitur, sed potiùs sub *tit. de commodato*. collocatur: utique istbanc Cujacianam correctionem, & quamvis aliam, utpote in merâ conjecturâ positam, omnino rejicere debemus. Deinde in commodato eadem species restituenda est, *per hunc §. nostr. ibi, de eâ re ipsâ restituendâ tenetur. &*

53 *l. 2. in pr. ff de reb. credit. si cert. pet.* Atqui, *secundum communem Interpretum opinionem* compensatio tantùm in quantitatibus, quæ inter se mutuam functionem recipiunt, non verò in speciebus locum obtinet. *leg. si convenerit. 28. in princip. ff. de condict. indebit. l. si non sortem. 26. §. si centum. 4. ff. de condict. indebit.* Præterea idem confirmat jus provinciale renovatum Württembergicum, sequentibus verbis: Wann die geliehene Haab / vom Leiher zu gebührender Zeit wieder abgefodert wird / ist jhm der Entlehner solche Haab (ohngeachtet er wider den Leiher ein andere Zuspruch oder aber des Eigenthumbs halben Anforderung hette) wieder zu liefern und heimzugeben; *Würtemb. Landr. part. 2. tit. 2. 6. in tim. pag 242.* Denique hanc traditionem Doctores, non spernendæ auctoritatis, Jurisconsulti suis calculis corroborant: *Fornerius lib. 2. select. cap. 14. Hortensius, Vultejus & Ant. Matthæus ad dict. §. in bonæ fidei. ;. infr. de actionib. Arumæus Exercit. Iustin. 12. thes. 13. Bronch. centur. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 42. edit. 2. D. Bocerus class. 2. Disput. 9. thes. 19. edit. 2. & in hoc §. num. 91. cum seqq. pag. 188. Schiferdegher. Tractat. 2. q. 2 & seqq. M. Lycklama in jur. Studios. velit. 3. q. 20. pag. 140. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 16. cap. 15. ad lit. X. Plebst. Disput. 2. de jure topic. Ducatus Württemberg. thes 14. edit. 1. Forster. junior lib. 3. Disput. 16 thes. 15. Gilbert. Regius lib. 1. ἐναντιοφανῶν. cap. 8. Merterius lib. 1. opinion. cap. 14. Iul. Pac. centur. 4. ἐναντιοφανῶν. sub q. 45. Knipschildt d. exercit. Acad. 3. q. 5. pag. 101. cum seq. & Paulus Berent Disput. 9. ad Instit. them. 2. quæst. 1.*

Non obstat *l. creditoris. 15. §. ult. & l. si is, qui rem. 59. ff. de furt.* ex quibus apparet: quòd commodatarius rem commodatam ob impensas, quas fecit in re commodatâ, retinere, sicque compensare queat. 54
Etenim commodatarius potest quidem pignoris loco, ob impensas factas, retinere commodatum: verùm ista retentio longè differt à compensatione. Nam qui rem pignoris loco habet, retinet aliquando redditurus; ut cùm solvere paratus fuerit debitor, pignus liberet, sibique habeat. *l. item liberatur. 6. §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.* Ast in compensatione secus fit: quoniam qui paratus est compensare, creditorem suum, eundemque petitorem summovet, ut rem suam actione consequi non possit. *leg. 2. ff compensat. Merter. d. cap. 14. in fine.*

Pariter non obstat *l. in rebus commodatis. 18. §. fin. ff. commodati.* ubi expressè responsum videtur: quòd commodatarius, actione commodati directâ conventus, jure compensationis consequi valeat impensas, quas in re commodatâ fecit. *Hoc enim* intelligendum est, quando commodator non ad speciem commodatam restituendam, sed ad æstimationem agit: utputa si commodatarius rem commodatam deterioravit, vel res commodatò data æstimata est, & æstimationem se præstiturum recepit. *l. si, ut certo. 5. §. 3. ff. eod.* Tunc siquidem cùm non de specie, sed æstimatione agatur, & in pecuniam condemnatio fiat: rectè opponitur compensatio, per quam id servabitur, quod contrario judicio peti potuisset. *d. l. in rebus. 18. §. fin ff. d. titul. Pacius d. cent. 4. q. 45. in fine.* 55

Sic quoque non obstat *l. ult. C. de compensationib. & §. in bonæ fidei. 30. infr. de actionib.* ubi deciditur, in omnibus judiciis & actionibus compensationi locum esse, exceptâ solâ depositi actione. Ergo & in actione, commodati locus erit compensationi. *Illud namque* verum est, si petatur quantitas, sive res, quæ suo in genere functionem recipit. In corporibus verò seu speciebus compensatio non admittitur: cùm incerta sit & inæqualis harum rerum æstimatio, hæque res mutuam inter se functionem non recipiant. Ideoque, cùm in commodato species, quæ petitur, præcisè restituenda sit; commodatarius rem commodatam per compensationem retinere nequit. *Brenchorst. d. cent. 2. assert. 42. edit. 2.* Vide Riemerum Decad, *9. quæstion. illustr.* 8. Bacho- 56

vium. *volum. 1. ad Treutler. disputat. 25 th. 8. lit. g.* & Frantzkium *exercitat. jurid. 9 quæst. 7. pag. 283. & seq.* item Richterum *in tract. de contractib. disput. 4. th. 1. ad lit. g. pag. 99.*

57 Quod porrò de curâ & restitutione rei commodatæ hactenus dictum est : non solùm de ipsa re principali, sed ejus accessione etiam exaudiendum erit. Proinde equam commodatam cum pullo, servum cum lance, domum cum supellectile, fundum cum instrumentis ; rei item commodatæ fructus, atque ex mora usuras, omnemque utilitatem commodatori restituere & præstare commodatarius tenetur. *l. si, ut certo. 5. §. usque adeò. 9. & §. si me rogaverit. 13. ff. commodat. l. mora. 32. §. in bona fidei. 2. & l. videamus. 38. §. si possessionem. 10. & §. in ceteris. 15. ff. de usur. Oldendorp. class. 4. action. 15. Petr. Greger. in syntag. jur. univers. lib. 23. c. 1. n. 13.* Sed & sumptum, si quem in re commodatâ repetendâ commodator fecerit, commodatarium agnoscere æquum est. *d. l. si. ut certo. 5. §. rem tibi. 22. in fin. ff. commodati.* Cæterùm si commodatarius dolo vel contumaciâ rem commodatam non restituat: quanti in litem commodator juraverit, condemnabitur. *l. sed mihi. 3. §. in hac actione. 2. ff. commodat. l. 2. §. 1.*
58 *& l. tutor. 8. ff. de in lit. jurand.* Inde dubitatur : utrùm, sicuti ob dolum ; ita etiam ob latam culpam commodatarii sive cujuscunque Rei rem non restituentis, vel non exhibentis, in litem juretur ? Et sanè istud plerique negant, *Azo, Accursius, Bartol. Castrens. Iason & alii in l. in actionibus. 5. ff. d. titul.* Sed non desunt, qui affirmant, *Fulgosius & Duarenus in d. l. 5. eod. Corasius lib. 4. miscellan. jur. civil. c. 2. numer. 11. Bronchorst. centur. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 30. edit. 2. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de in lit.*
59 *jurand. cap. 5. num. 5. & seqq.* Atque hæc sententia mihi magis probatur : eò quòd lata culpa non solùm dolo comparatur. *l. 1. §. 1. si mensor. fals. mod. dixer.* sed etiam apertissimè dolus vocatur. *l. quod Nerva 32 ff. depositi. l. 1. §. is quoque. 5. in fin. ff. de oblig. & act. l. magna. 226. ff. de verb. signif. cum similibus, suprà ad §. 2. tit. de obligationib. allegatis. num. 73.* Accedit textus clarissimus *in l. 2. C. de in lit. jurand.* ubi Imp. Antoninus disertè rescripsit : non minùs ob latam culpam, quam ob dolum in litem jurari.

60 Nec quicquam detrahit huic sententiæ, quod Marcianus ait : ob dolum solum in litem jurari ; non etiam ob culpam. *d. l. in actionibus. 5. §. sed in his omnib. 3. ff. de in lit. jur.* Nam & de agrimensore dicitur, quòd de dolo duntaxat teneatur. *d. l. 1. §. 1. ff. si mensor fals. mod. dixerit.* nihil tamen id impedit, quò minus & latam culpam præstet. *d. l. 1. §. 1. vers. lata culpa, &c.* Sic quoque de depositario traditur, eum de dolo tantùm teneri. *l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* & nullum tamen dubium est, quin & de latâ culpâ teneatur. *d. l. quod Nerva. 32. ff. deposit.* Idem denique respondetur de eo, qui precariò rogavit, quòd solum dolum præstet : & nihilominùs tamen idem etiam de latâ culpâ tenetur. *l. quæsitum. 8. §. eum quoque. 3. ff. de precario.* siquidem & lata culpa
dolus est. *d. l. magna 226. ff. de verb. signif.* Neque 61
movet, quòd prædictæ leges utuntur particulis taxativis. Hæ namque dictiones taxativæ ; *tantùm, solùm, duntaxat,* & id genus aliæ, casus similes haud excludunt, *argum. l. ob æs alienum. 12. ubi gloss. & Bartol. C. de prædiis & aliis reb. minorum sine decret. non alienand.* præsertim in nostro themate, ubi textus expressus de latâ culpâ habetur, *d. l. 2. C. de in lit. jurand.*

Nihil insuper urget, quòd dolus in delictis ad la- 62
tam culpam produci non soleat. *l. in lege. 7. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Etenim id procedit, si ad pœnam corporalem agatur. *d. l. 7.* At si delicti pœna pecuniaria sit & civilis : lata culpa doli appellatione continetur. *l. 1. §. non aliàs tenebitur. 2. ff. si is, qui testamento liber esse jussus erit, &c. Bronchorst. d. centur. 2. assert. 30. edit. 2.*

Planè si culpa commodatarii levi, vel levissima, 63
res commodata aut omnino non, aut deterior restituatur : æstimatio à judice facienda est : nec jusjurandum illud in litem (quod affectionis appellitant) hic locum sibi vindicat. *d. l. 2. §. 1. l. videamus. 4. §. ult. d. l. in actionibus. 5. §. 3. ff. de in lit. jurand. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 9. thes. 23. edit. 2.* Sed intricatæ admodum est quæstionis : cujus temporis æstimatio rei commodatæ fieri in judicio debeat ? Et probabilius est ; tempus, quo res commodata post moram commodatarii fuit plurimi, spectandum esse, *per textum in l. hac actione. 3. ff. de condictione triticiaria. & l. ratio possessionis. 3. §. ult. ff. de actionib. empt.* ac proinde etiam tempus condemnationis, seu rei judicandæ, si eo tempore plurimi fuerit. *leg. sed mihi. 3. §. in hac actione.*
ff. commodati. Nec huic conclusioni adversantur 64
illa juris loca, in quibus dicitur, ex tempore litis contestatæ rem petitam esse æstimandam. *l. vinum. 22. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. ult. ff. de condict. tritic. cum similib.* Nam in iis non agitur de certa specie debita ; quâ extinctâ, vel deteriori redditâ, propter moram debitoris, ejus temporis æstimatio spectatur, quanti unquam res plurimi fuit. *d. l. 3. ff. eod.* sed tractatur perspicuè de quantitatibus vel rebus fungibilibus debitis, puta vino, oleo, frumento, &c. quarum rerum æstimatio pro locorum & temporum varietate mutatur. At certè de *l. vinum. 22. ff. de reb. credit.* planè dubitari non potest : quandoquidem in eâ nominatim quæritur de vino petito, quod mutuum datum erat, in quo genus peti, non speciem, constat *ex l. 2. in princ. ff. d. titul.* Sed nec magis *de d. l. ult. ff. de condict. tritic.* dubitare licet. Illic enim primò quidem de merce petitâ ponitur generaliter quæstio : at quam mercem Cajus intelligat, explicat posteâ exemplis : *si merx aliqua,* inquit, *petita sit : veluti vinum, oleum, frumentum.* De vino igitur, oleo, frumento, similiter ibi agitur : quæ res itidem mensurâ constant : eoque & hac ipsa quantitate

tate in genere, non specie certâ æstimantur. *d. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit.* Nec oberit, quòd in calce sive fine Cajus hanc clausulam subjicit: *Quod de cateris rebus juris est.* Ea namque sic intelligenda est: de cæteris similibus, quæ scilicet pondere, aut etiam similiter mensura constant: ut liquoribus omnis generis, leguminibus item, & generaliter in his, quæ incertæ in genere, certa tamen mensura aut pondere, non certa specie, debentur: in his, *inquam*, rebus omnibus, cùm quæritur, cujus temporis æstimatio facienda sit: rectè statuitur, si dictum non sit, quò die dari deberent, rem petitam tanti æstimandam, quanti fuit, cùm agitur, seu lis contestatur. Atque ita docet Donellus *ad dict. l. 3. ff. de condict. triticiar. numer. 10. & seqq. item ad l. quoties. 59. num. 11 ff. de verbor obligat. & ad d. l. vinum. 22. ff. de reb. credit. num. 17.* ubi rationem differentiæ, cur certæ rei debitæ æstimatio post moram tanta debeatur, quanti unquam plurimi fuit post moram, aliter atque in vino, & aliis rebus generaliter debitis, prolixè & accuratè exponit: quem referendo sequitur Dn. Collega Bocerus *d. class. Disput. 9. thes. 23 ad lit. b. edit. 2.* Et eâdem de re diversimodè sentiunt *Cujacius in tract. ad African. in explicat. l. hominem certum. 37. ff. mandat. Hotoman. illustr. quæst. 16. Fachineus lib. 2. controvers. jur. cap. 74. Bronchorst. centur. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 29. edit. 2. Arumæus in tractat. de mora, c. 8. num. 5. Borcholt. in tract. de reb. credit. c. 7. Hunnius Disput. 14. thes. 20. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract 3. part. 3. quæst. 6. pag. 921. & seqq. aliique ab eo adducti.*

65 Porrò actio, qua commodator debitum illud (quod commodatarius præstare illi obligatus est) persequi potest, dicitur commodati actio, *hoc §. nostro, l. 2. & l. 3. in princ. ff. commodat.* & quidem principalis, & directa commodati actio. *l. in commodato. 17. §. 1. ff. de eod.* itemque rectum commodati judicium. *l. in rebus. 18. §. fin. ff. commodat.* cum quo etiam furti, *l. si ut certo. 5. §. quinimò. 8. ff. d. tit. l. qui servum. 34. §. 1. ff. de obligat. & act.* & L. Aquiliæ actio concurrit: si videlicet commodatarius vel alio modo usus sit re commodatâ, quàm convenit: vel eam rem deteriorem fecerit. Si tamen quâ earum fuerit actum, aliæ tolluntur. *d. l. in rebus. 18. §. sive autem 1. ff. commodat. d. l. qui servum. 34. §. 1. ff. de obligat. & actionib. Oldendorp. class. 4. act. 15. pag. 604. num. 5.* Datur autem hæc actio non solùm commodanti, sed & ejus heredi; adversus commodatarium, ejusque heredem. *d. l. 3. §. heres ejus. d. l. in commodato. 17. §. 2. ff. commodat. & ibi Wesenbec. in Paratit. numer. 10. & Iohan. Philipp. Steinhaussen num. 6.* Vide de isthac actione Thomam Cormerium *in Cod. jur. Roman. Gall. Heinrici IV. lib. 13. tit. 1. c. 4.* cumque laudantem Döringium *in bibliothecâ Iurisconsultor. tom. 1. in verb. actio commodati. num. 3. cum seqq. fol. 298.*

66 Succedit contraria commodati obligatio: ubi dispiciendum venit, tum ad quas præstationes commodator commodatario astrict' sit: tum quâ actione hujusmodi præstationes commodatarius persequi possit, *d. l. in commodato. 17. §. 1. & §. sicut. 3. ibi, converti in mutu[illegible] præstationes, &c. & §. ult. d. l. rem. mihi. 21. in pr. & l. [illegible] ff. commodat.* Præstationes hìc debitæ censentur, quibus commodatarius indemnis servatur, *arg. l. furti. 6. §. ult. ff. de his, qui not. infam. & l. ei, apud quem. 5. in pr. ff. deposit.* Sunt autem tres potissimum. Una liberum rei cōmodatæ usum, in quem res commodata est, continet. Etsi enim voluntatis & officii magis, quàm necessitatis, est commodare: attamen intempestivè rei commodatæ usus auferri commodatario nequit: sed pari commodator tenetur, ut commodatarius liberè re commodatâ utatur, ad eundem modum & finem, in quem rem accepit: cùm non decipi beneficio nos oporteat, sed juvari. *d. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodat. C. unic. in fin. ex. de commodato.* At quid, si quispiam ad certum usum & præfinitum tempus rem commodasset; num finito tempore, nedum tamen impleto usu, rem à commodatario recipere poterit? 67
Et magis est, commodantem repetere posse cōmodatum: si justum tempus, quo usus rei potuit impleri, sit transactum. Etenim sibi ascribere debet commodatorius, quod non fuerit isto tempore usus: & insuper certat de damno vitando commodator: commodatarius verò de lucro captando solicitus est: quo casu illum huic præferri debere, æquius est, *argum. l. verùm. 11. §. item quæritur. 6. ff. de minorib. 25. an. Sebastian. Medices in tr. de fortuitis casib. p. 2. q. 10. n. 53. Heigius hîc n. 19. Bartolus in d. l. in commodato. 17. §. sicut. ff. commod. num. 6. Castalius in l. si, ut certo. 5. in pr. ff. d. t. Panormitan. in c. unic. col. 2. ext. eod. Gomez. lib. 2. var. resolut. c. 7. n. 3. hosque referens Matthias Stephani cent. 3. q. 30. ad lit. A.* Quibus adjiciatur Philippus Knipschildt *d. exercit. Acad. 3. q. 7. pag. 103. & seq. ubi plures recenset casus, quibus commodatum, etiam ante completum usum & finem, repeti poterit.* Videatur item eâdem de re Richterus *in d. tract. de contractib. disput. 4. th. 1. ad lit. e. pag. 96. & seq.* Altera præstatio in resarciendo damno, 68
quod per causam commodati contigit commodatario, consistit. Si igitur quis vasa sciens vitiosa commodaverit, & infusum quod erat, effluxerit: vel scienter commodaverit servum furem, & is cōmodatario furtum fecerit: damnum hoc resarcire commodatario tenetur. *d. l. in rebus. 18. §. pen. & l. pen. ff. commodat.* Fürstl. Württemberg. erneuert Landtr. *part. 2. t. 2. pag. 241. §.* Der jenig/ꝛc. Si item commodatarius pro re perditâ pretium commodatori solverit, & ea deinde ad commodatorem pervenerit: aut rem i[illegible]m, aut datam ejus æstimationem reddere commodator commodatario cogitur. *d. l. in commod. 17. §. fin. ff. commodat.* Tertia præstatio im- 69
pensas, quas in rem commodatam fecit commodatarius, complectitur. Quæ impensæ si necessariæ & magnæ fuerint: eas cōmodatario refundere cōmodator necesse habet: cibaria autē, & modica impen-

dia

dia non item. *d.l. in rebus.* 18. §. *possunt.* 2. *ibique Bartol. & Salicet. ff. eod D. Becer. class.* 2 *Disputat.* 9. *thes.* 3. *edit.* 2. *Mozz. in tr. de commodate. col* 4. *de naturalib. commodati. num.* 8. *Duaren. ad tit ff. & C. de commodato: c.* 5. *Treutl. Disputat.* 24. *thes.* 4. *lit d. vol.* 1. Licèt interdum magis è re commodatarii sit: propter istas impensas sive sumptus, retentionis jure rem retinere, quam ultrò commodati agere, Fürstl. Würtemb. Erneuw. Landtr. *d part.* 2. *t.* 2. §. *ult. pag.* 242. *D. Plebst. Disputat.* 2. *de jure topic. Würtemberg. thes.* 15. *ad tit. d. cod.* 1.

Actio autem, quà commodatarius præstationes
70 illas potest persequi, est contraria commodati actio: quæ non solùm ipsi commodatario, sed & eius heredi; adversus commodantem, ejusque heredem datur. *l. si ut cert.* .. §. *quinimò.* 8. *l. in commodato.* 17. §. 1. & §. *ult. l. in rebus.* 18. §. *ult. l. rem mihi.* 21. *in pr. & l. seq. ff. commodati. Oldendorp class.* 4. *act.* 15. *pag.* 601. *numer.* 6. Contraria verò ista actio sic dicta videtur è re, quòd vicissim competat vel intendatur, utilitate & æquitate suadente. *Ioan. Strck. part.* 1. *Exercitation. Iustinianear. decad.* 10 *assert.* 5. *ad lit. H. pag* 182.

71 Quia porrò non satis est, scire actionum vim & naturam: nisi etiam sciatur, quomodo in judicio proponi debeant: utriusque actionis, tam directæ, quàm contrariæ, formam hic adjicere libuit, *ex D. Obrechte Disputat.* 1. *thes.* 114. & *aliquot seqq.* Et
72 quidem directæ actionis talis formala constituitur: *Non dubium est, Iudices, magnum esse officium eius, qui sic rem suam alteri dat utendam, ut interim ipse jure sui dominii non possit de eâ statuere: & idcirco accipientem tale beneficium, gratias agere, multò magis rem, finito usu, bonâ fide restituere debere. Iam verò ego Sempronius, hujus causæ actor, Titio rei gratis equum atratum Francofurtum usque commodavi: qui tamen jam Francofurto reversus, immemor accepti beneficii, equum retinet: nec eum, quamvis amicè compellatus, vult restituere. Quare, Iudices, actione commodati contra dictum Titium reum experior, & peto, eum condemnari, & compelli, ut equum, quem in sua potestate habet, re-*
73 *stituat; unà cum refusione litis sumptuum.* Cæterùm contrariæ actionis talis forma perhibetur: *Certum est, Iudices, adjuvari nos, non decipi beneficio oportere: ideoque decipientem ad id, quod interest, decepto teneri. Iam verò Sempronius, huius causæ reus, nuper mihi Titio actori, gratis quidem, sed dolo malo, tigna vitiosa ad fulciendam insulam commodavit: ex quo insula, quam centum florenis Rhenensibus vendidissem, mox corruit. Quare, Iudices, actione commodati experior contra dictum Sempronium, & peto, eum ad centum florenos Rhenenses, in quibus mihi nocuit, [illegible] emuari; unà cum refusione litis expensarum.* Aliam libelli formam videre est apud Schneidewinum *in §. sequens illa divisio.* 16. *infr. de actionib.*

74 Coronidis loco hic non inconvenienter quæritur, & dubitatur: si commodatario res commodata surrepta sit, quodnam ei judicium ad rem istam recuperandam competat: cùm furti actio (quam omni- 75
bus omnino, quorum interest, dari explorati juris est. *l. cuius interfuit.* 10. & *l. seq. ff. de furt.*) pœnam duntaxat, non rem, persequatur: & condictio ex furtiva causa, quæ rem ipsam persequitur, domino soli concedatur? *l.* 1. *l. si pro fure.* 7. §. 2. *ff. de condict. furt. & explicavimus in §. ult. infr. de obligat. quæ ex delict. nascunt.* Et quamquam Accursius, Bartolus,
& cæteri communiter, *ad l. & ideo.* 12. §. *ult. ff. de* 76
condict. furtiv. commodatarium omni actione, quà rem subtractam recuperet, destitui: proindeque ad actiones in factum, ad officium judicis, ad condictionem ex lege Arcadii decurrendum esse opinantur, *l. si col ni.* 14 *ibique idem Accursius, & alii. C. de agricol. & censit.* quibus scilicet judiciis tum locus esse solet, cùm nulla actio alia eo nomine introducta est. *l.* 1 *ff. de praescr. pt. verb. & in fact. actio. l. qui per collusionem.* 40 *in fin ff. de act. emt. l.* 1.
ff. de condict. ex leg. attamen verius esse reor, condi- 77
ctionem incerti illi adversus furem applicari posse, *arg. d. l. & ideo.* 12. §. *ult. ff. de cond. furt.* ubi pignoratitius creditor, si pignus ei surripiatur, incerti condictionem in furem distringit. Nec quicquam in contrarium movet, quod obicitur, jus in re creditorem habere, quoadusque pecunia ipsi soluta sit. Nam & commodatarius jus habet in re commodata, quoad usum, in quem ea accepta est, expleverit: adeò, ut illi adversus dominum maturius repetentem civilis actio competat: cum ut in obligatione pignoris; ita & in commodati, actiones ultrò citroque nasci soleant. *l. in commodato.* 17. §. *sicut. & §. seq. ff commodati.* Sed & non ineptè concluditur; condictione ex injusta causa commodatario adversus furem experiundi jus esse: qua scilicet actione potest id quisque condicere, cujus intersit, quod ex non justa causa ad aliquem pervenit *l.* 1. §. *fin. ff de condict sine caus. l perpetuò.* 6. *ff de condict. ob turp. vel injustam caus. l. rerum quidem.* 25. *ff. rerum amotar.* Atque ita sentit Johannes Vaudus *variarum quæstion. lib.* 1. *quæst.* 34. eumque referens Philippus Knipschild. *d. exercit Acad.* 3. *quæst.* 11. *pag.* 100. *circa finem.*

Verùm huic sententiæ novissimè reclamat Dn. 78
Collega Bocerus *in hoc §. num.* 78. & *seqq. pag.* 186. & *seqq.* ubi Judicis officium nobile hoc casu locum habere contendit. Et quia aliquis regerere posset: juris auctoritatem non agnoscere hanc officii judicis, in nobile & mercenarium partitionem: ideo huic objectioni respondendo subjungit *numer.* 92. rem ipsam juri convenire. Alibi verò non tantùm nomina isthæc non agnoscit: sed & rem ipsam negare videtur. Nam expresse scribit: in jure nostro non reperiri officium judicis nobile: item omnem jurisdictionem dici posse mercenariam: nec aliam esse nobilem, id est, non mercenariam, *in tract. de de juris dict. cap.* 3. *numer.* 4. *vers. cæterum. & cap.* 5 *numer.* 2. *vers. adhæc, &c.* Nec juvat e- 79
jus opinionem. *l. interdum.* 56. §. 1. *ff. de furt.* Non

enim

enim ibi proponitur talis casus, quo quis magistratus officium imploravit principaliter, ad rem furtivam recuperandam: sed quo cum fure criminaliter agere, eumque in periculum majoris pœnæ deducere voluit, *juxta l. cùm servus. 15. ff. de condict. caus. dat. & l. ult. ff. de furtis.*

§. Præterea. 3.

Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de eâ re, quam accepit, restituendâ tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parùm diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit: non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.

SUMMARIA.

1 *Depositum unde dicatur.*
2 *Depositi definitio seu descriptio.*
3 *Genus proximum in definitionibus usurpandum.*
4 *Depositum debet esse gratuitum.*
5 *Quâ formâ depositum ab aliis contractibus realibus distinguatur.*
6 *Differentia inter locationem, precarium & depositum.*
7 *Sententia §. sed is, apud quem. 17. Inst. de obligat. quæ ex delict. &c.*
8 *Boceriana depositi definitio rejicitur.*
9 *Depositi species quot.*
10 *Depositum simplex & vulgare.*
11 *Depositum sequestrarium, hujusq; subdivisio in voluntarium, & necessarium.*
12 *Prædicta depositi divisio à quo inventa.*
13 *Azo quo anno mortuus fuerit.*
14 *Qui deponere, & apud se deponi permittere possint.*
15 *Quibus in rebus depositum consistat.*
16 *Quæ justitia probanda.*
17 *An res immobilis depositum recipiat.*
18 *Rei vocabulum tam res immobiles, quàm mobiles, complectitur.*
19 *Deponere quid.*
20 *Commodatum quoq; in re immobili consistit.*
21 *Non exemplis, sed legibus judicandum.*
22 *Res immobilis neq; tradi, neq; dari, neq; auferri, neq; custodiri posse videtur.*
23 *Quare fundi sive loci furtum non fiat.*
24 *Factum dandi tradendiq; in rem etiam immobilem cadit.*
25 *D. Boceri religio inconstans taxatur.*
26 *In custodiendâ re depositâ quid depositarius præstare teneatur.*
27 *Depositum solius deponentis utilitatem concernit.*
28 *Quibus casibus, præter dolum & latam culpam, in deposito etiam levis & levissima culpa præstatur.*
29 *D. Boceri error notatur.*
30 *Differentia specifica, quâ locatio-conductio secernitur à deposito, in quo consistat.*
31 *Quæ definitio vitiosa, secundum Aristotelem.*
32 *Recensentur reliqui casus, quibus in deposito etiam culpa levis & levissima præstatur.*
33 *An casus fortuitus spectet ad depositarium, si culpa, etiam levis, casum præcesserit.*
34 *Quando casus fortuitus commodatario imputetur.*
35 *Intellectus l. si in Asia. 12. §. ult. ff. deposit.*
36 *Mora obligationem perpetuat.*
37 *Quæ culpa perpetuet obligationem.*
38 *Generi per speciem derogatur.*
39 *D. Boceri intellectus ad d. l. si in Asia. 12. §. ult. repudiatur.*
40 *Fatua causa excusat à dolo.*
41 *Sensus germanus l. si quis inficiatus. 13. ff. depositi.*
42 *Res deposita depositori, quocunq; tempore petenti, restituenda est.*
43 *Quo loco depositum sit restituendum.*
44 *Quatenus ipsa res deposita, in specie sit restituenda.*
45 *Fructus quoque, omnisq; causa in restitutionem venit.*
46 *Utrùm, si quis penes aliquem cistam signatam deposuerit, cista tantùm, an & species inclusæ sint petenda.*
47 *Quando deponentis juramento contrà depositarium non stetur.*
48 *Si pecunia deposita fuerit, & convenerit, ut tantundem restituatur, depositum contractum censetur. Item, an depositarius pro lubitu rem depositam invito deponenti restituere possit.*
49 *Quæ actiones nascantur ex deposito.*
50 *Actio depositi directa cui, & adversus quem, competat.*
51 *Quatenus in heredem depositarii hæc actio detur.*
52 *Quibus casibus depositarius convictus in duplum condemnetur.*
53 *Variæ actionis depositi privilegia.*
54 *Compensatio, vel doli, aliave altiorem indaginem requirens exceptio, istam actionem non excludit: secus atque ob impensas retentio.*
55 *Quadrimestre tempus debitoribus ad judicatum solvendum indulgetur.*
56 *Quæ actiones, & quo casu, cum depositi actione concurrant.*
57 *Actio depositi contraria cui, & contra quem, concedatur.*
58 *In hac actione cur in litem non juretur.*
59 *Sequestratio, itemq; sequester, quid, & unde.*
60 *Sequestratio quomodo discriminetur à deposito, in specie sic dicto.*
61 *Sequestrum & sequestratio promiscuè usurpantur.*
62 *Arrestum in quo differat à sequestratione.*

140 Pœna

140 *Pœna sequestrationem justam impedire conantis.*
141 *Si sequestratio fructuum, vel alterius rei à judice fuerit ritè facta: pars autem sequestrationem patiens aliunde nō habeat, quo se sustentare queat, an, lite pendente, ei sumptus ad litem, & necessaria alimenta sint suppeditanda.*
142 *Nemo adversarium suum in se armare tenetur.*
143 *Quodnam sequestri officium.*
144 *Sequester non solum fructus, sed & rem ipsam litigiosam tempore sive morâ perituram, distrahere; & precium inde redactum loco rei custodire debet.*
145 *Intellectus l. ait prætor. 7. §. 1. & 2. ff. de jure deliberand.*
146 *Nunquid in sequestrem rei depositæ possessio transeat.*
147 *Explicatio accurata l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess.*
148 *Nullum depositum, sine expressa partium conventione, transfert possessionem in depositarium.*
149 *In possessionem missus ex primo decreto, non constituitur possessor.*
150 *Nemo præsumitur suum perdere, aut donare.*
151 *Ad possessionem transferendam titulus idoneus exigitur.*
152 *Quod possidemus, id in nostris quoque bonis habere dicimur.*
153 *Mens & sententia l. licèt. 17. ff. depositi.*
154 Deponere, pro demittere.
155 *Intellectus cap. 1. & tot. titul. extr. de sequestrat possess. & fruct.*
156 *Sententia Clement. unic. de sequestr. poss. & fruct.*
157 *Intellectus l. unic. C. uti possidet.*
158 *Quatenus judex aliquem suo dominio privare possit.*
159 *Intellectus Ordinationis Cameralis part. 2. tit. 21.*
160 *An is, apud quem factum est juris patronatus, &c. sequestrum, vocante Sacerdotio, jus præsentandi habeat.*
161 *Disciplina Ecclesiastica periclitari non debet ob partium contentionem.*
162 *Sequester administrationem habet tam spiritualium, quàm temporalium.*
163 *Intellectus c. cum Bertholdus. 18. de sentent. & re jud.*
164 *Sequestrum ad quid fieri soleat.*
165 *Intellectus c. quoniam. 3. & c. cum propter. 27. ext. de jur. patronat.*
166 *Satisdatione (quæ medicina sequestri vocatur) sequestrum relaxatur.*
167 *Quo casu satisdatio sive cautio non recipiatur.*
168 *Satisdatio male volum propositum non immutat.*
169 *An & quatenus juratoria cautio ad relaxandum sequestrum sufficiat.*
170 *Sensus l. 1. §. 1. C. de adsert. tollend. & Auth. generaliter. C. de episc. & cleric. &c.*
171 *Quæ satisdatio propriè idonea intelligatur.*
172 *Quibus modis sequestratio finiatur.*
173 *Quando lis terminata dicatur.*
174 *Per qualem satisdationem de judicio sisti sequestrum revocetur.*
175 *Sequestratio finitur per sequestris renunciationem.*
176 *Sequestris officio per renunciationem finito, cui res litigiosa restituatur.*
177 *Sequestratio finitur conditione existente, vel die veniente.*
178 *Cur morte sequestris extinguatur sequestratio.*
179 *Actio depositi sequestraria duplex: directa, & contraria.*
180 *Directa cui, & adversus quem, & ad quid, competat.*
181 *Contraria depositi sequestraria actio cui, contra quem, & ad quid, detur.*

QUARTA species obligationum, quæ re contrahuntur, dicitur *depositum*, quod alias & commendatum & receptum appellatur. *l. Lucius. 24. l. Publia. 26. in princ. ff. deposit. l. is, penes quem. 6. & l. cum hereditas. 9. Cod. eod. l. commendare. 186. ff. de verb. signif. tit. ff. nautæ. caup. stabul. ut recepta restituant. D. Vultejus hic, & libr. 1. Iurisprud. Rom. cap. 33. numer. 1. Treutler. Disput. 26. thes. 1. ad lit. B. & F. volum. 1.* dictumque est ex eo, quòd ponitur. Præpositio enim *de* auget positum: ut ostendat, totum quoad custodiam, commissum fidei ejus, apud quem deponitur. *l. 1. in pr. ff. depositi. ibique in Paratitl. Wesenbecius numer. 2. Mozz. in tract. de deposito. in princ. Petr. Gregor. in syntag. juris univers. lib. 23. cap. 2. n. 2.* Quemadmodum eadem præpositio *de* significationem auget in aliis quibusdam verbis; ut in verbo, demereri, dedere, deperire, demirari, & similibus. *Cujac. tract. 1. ad African. in fin. ad l. servos. 20. ff. de manumiss. testament. Caspar. Schoppius lib. 2. verisim. cap. 9. Hilligerus in Donello enucleat. lib. 14. cap. 2. ad lit. F.* Quod non fit, ubi *deponere* sumitur, pro *demoliri*, ut in *l. sed & loci. 4. §. sed & si. 3. ff. fin. regundor. l. 2. §. si quis, nemine. 17. ff. ne quid in loc. publ. l. metum. 9. §. 2 ff. quod met. caus. gest. erit.* 1

Definitur autem, meâ sententia, depositum non incommodè contractus, re initus, nominatus, juris gentium, bonæ fidei: quo res gratis custodienda alicui traditur, eo fine, ut eadem illa in specie, quandocunque deponenti libuerit, restituatur. Eodem penè modo depositum definit Johannes Althusius *lib. 1. Dicaolog. cap. 70. num. 1. pag. 241.* & Knipschildt *exercit. 5. Academ. 4. th. 5 pag. 114.* nec non Richter *in tract. de contractibus. Disputat. 5. th. 1. pag. 109.* Quòd depositum sit contractus, re initus, nominatus, juris gentium, & bonæ fidei, evidens est *ex hoc §. nostro. l. 1. §. is quoque, apud quem. 5. ff. de oblig. & act. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. §. sed jus quidem civile. vers. & ex hoc jure. supr. de jure nat. gent. & civil. l. 1. §. hanc actionem. 23. ff. depo sit. & §. actionem autem, 28. infr. de actionibus.* 2

3 Et cùm proximum genus in definitionibus usurpan-
dum sit : rectè illa verba , *re initur*, generis loco
huic definitioni sunt adjecta : ad differentiam alio-
rum contractuum, qui non re ; sed verbis, aut lite-
ris, aut solo consensu perficiuntur, *de quibus infrà suo*
4 *loco, titulu subseqq.* Meritò dicitur in definitione :
quo res gratis. Nam si interveniat merces, non depo-
situm, sed potiùs locatio erit. *dict. l. 1. § si vestimenta.*
8. & §. seq. ff. deposit. §. ult. infr. de mandat. Quanquam
precium depositionis, in remunerationem præstiti
beneficii, accipi possit. *l. 2. §. si in re deposita. 24. ff. vi*
bonor. raptor. Treutler. d. Disputat. 26. thes. 1. ad lit. E.
vol. 1. Oleman. ad Disputat. 25. Giphan. numer. 10.
Femann. Disputat. 20. thes. 5. ad lit. C. & thes. 6. lit.
A. Schickhard. Disputat. 12. thes. 6. ad lit. c. Rectè
quoque in definitione ponitur : *custodienda alicui*
5 *traditur.* Etenim hæc censetur forma depositi , per
quam ab aliis contractibus, qui similiter re consti-
tuuntur, præcipuè distinguitur , *hoc §. nostro, & d. l.*
1. in princ. & l. propriè. 6. ff. deposit. d. l. 1. §. is quoque. 5.
ff. de obligat. & act. Siquidem in reliquis contracti-
bus, qui re ineuntur, res custodienda non datur ; sed,
ut vel accipientis fiat , ut in mutuo & indebito , *de*
quibus suprà initio & §. 1. hoc tit. vel ut eà accipiens
utatur, sicut in commodato , *de quo suprà §. proximo.*
vel ut eam in securitatem crediti habeat , ut in pi-
6 gnore , *de quo infrà §. proximo.* Sed & ex illo verbo,
custodienda, rursus differentia inter locationem, ut
& precarium, & hunc depositi contractum perspici-
tur. In illis namque res conductori , & precarium
roganti nequaquam custodienda, sed utenda tradi-
tur. *l. 1. in princ. ff. de precar. l. si quis domum. 9. in*
princip. l. si merces. 25. § 2. & passim. ff. locati. Martin.
Bonacina in tractat.. de contractib. & restitut. disput.
7 *3. quæst. 14. numer. 2. pag. 683.* Neque adversatur §.
sed is, apud quem. 17 infr. de obligationib. quæ ex delict.
nasc. ubi Justinianus ait, quod is, apud quem res de-
posita est, custodiam non præstet. *Ibi enim* custodia
significat diligentiam mediocrem sive mediam , i-
tem exactissimam diligentiam, quam depositæ rei
adhibere depositarius neutiquam tenetur , *ut patescit*
ex hoc §. & benè notavit Dn. Collega Bocer. in Com-
mentar. ad l. contractus. 23. ff. de regul. jur. cap. 4. num.
11. edit. 2. & in hoc §. numer. 7. pag. 192. Cætera defi-
nitionis verba probationem suam recipiunt *ex hoc §.*
nostro. d. l. 1. §. is quoque, apud quem. 5. ff. de obligat. &
act. d. l. 1. §. est autem. 22. & d. l. Lucius. 24. ff. depositi.
Porrò ex proposita explicatà definitione satis (ut o-
8 pinor) apparet , quid sit depositum. Unde parùm
curo Bocerianam Depositi definitionem : quam ipse
quidem D. Bocerus magis artificiosam & logicam
putat, *in hoc §. numer. 5.* At malo nostram retinere
definitionem, utpote dilucidam, quàm istius obscu-
ram æmulari diligentiam. Nam video magis è re
Studiosorum esse ; perspicuè rem proponere, quàm
obscurè. Et passim Jurisconsulti gravissimi ; tam
veteres, quàm recentiores, contenti sunt ejusmo-
di rerum Juridicarum sive definitionibus , sive de-
scriptionibus, ex quibus res probè intelligitur : pau-
cique reperiuntur , quibus istiusmodi Labeones,
qui doctrinæ fiducia multa innovare student, grati
sunt. *l. 2. §. ult. circa principium. ff. de orig. juris.* Hinc
rectè Francisc. Duarenus scripsit *ad tit. ff. de probatio-*
nib. c. 2. Jurisconsultis non opus esse logicâ sive dia-
lectica definitione. Sed & ipse Galenus (qui alias
à methodo laudem maximam meretur) *lib. 4. de pul-*
suum differ. monet : ne quis se conjiciat in definitio-
nes, de quibus nec inter ipsos Dialecticos satis con-
veniat. Idem explanatius persequitur Arumæus *in*
tract. de morâ. c. 2. eumque laudans Dn. Collega
Besoldus, *in delibat. jur. ex lib. 4. pand tit. 3. numer. 7.*
pag. 344. Hucque referenda sunt , quæ notavimus
ad §. 1. supr. tit. de tutelis. numer. 2. & ad §. 2. supr. tit.
de obligationib. num. 10. & aliquot. subseqq.
Depositi etsi alii alias, easque varias constituunt 9
species, *de quibus videndi sunt Schneidevvinus hic*
numer. 2. cum seqq. Mynsinger. numer. Kling. num. 18.
& Heigius numer. 4. & seqq. Mozzius in tract. de de-
posit. cap. de divis. deposit. numer. 16. Giphanius in Com-
ment. de divisionib. jur. thes. 96. Stuckius part. 1. Exer-
cit. Instn. decad. 10. assert. 6 ad lit. H. Althusius lib. 1.
juris Roman. c. 28. item d. lib. 1. Dicaolog cap. 70. n. 4.
cum seqq. p. 241. Nicol. Reusner. lib. 3. Disput. 6. thes. 8.
Richter. d. disputat. 5. th. 2. pag. 118. & Pacius in Epi-
tom. jur. Disputat. 12. thes. 18. ego tamen ejus duas 10
potissimùm species esse, censeo : quarum una perhi-
betur depositum in specie sic dictum : quando res
non litigiosa, ab uno, vel à pluribus deponitur quod
& simplex & vulgare depositum vocatur. *l. 1. §. sed si*
duo. 44. & passim. ff. depositi. altera sequestratio di-
citur. *l. ei, apud quem. 5. §. 1. l. propriè. 6. l. si in Asia.* 11
12. §. cum sequestre. l. licet. 17. ff. eod. l. sequester. 110.
ff. de verbor. signification. l. unic. Cod. de prohibit. se-
questrat. pecun. Treutler. Disputat 26. thes. 4. volum.
1. Illudque subdividitur in voluntarium , quod ex
libera voluntate deponentis proficiscitur : & neces-
sarium , quod ex necessitate aliquà descendit, veluti
ruinæ , naufragii , tumultûs , incendii. *dict. l. 1. §. 1.*
& 2. l. de eo 18. ff. deposit. D. Vultej. lib. 1. Iurisprudent.
Roman. cap. 33. numer. 2. Prædictæ autem deposi- 12
ti divisionis neque ego , neque Dominus Collega
Bocerus, auctores sumus, aut inventores : cum ea
ab Azone , aliisque pluribus , à Treutlero *d. disput.*
26. th. 4. allegatis tradita reperiatur. Non igitur
est, ut ægrè molesteque ferat D. Bocerus , quòd in
priori editione ipsum pro auctore & inventore hu-
jus divisionis non laudaverim. Licèt enim ante an-
nos triginta duos hanc depositi distributionem in
Disputatione quadam (de qua, utpote obscuriore,
nunquam cogitavi) proposuerit : non tamen sibi
eam adscribere debet : cum Azo ante annos qua-
dringentos, & quod excurrit (Mortuus etenim est
anno Gratiæ millesimo ducentessimo : ut refert
Johannes Fichardus *in vita ejus, pag. 227.*) eam re-
liquerit. Cæterùm quòd Bocerus me insimulat, quasi 13
ego hujus divisionis me primum auctorem jactitem :

inco-

in eo mecum agit pro more suo, ac suum ingenium
(ex quo me fingit) suamque calumniandi libidinem
apertè prodit. Nam cùm expresse pro hac divisione
allegaverim Treutlerum qui prænominatum Azo-
nem, aliosque Interpretes adducit: profectò gna-
viter impudentem & audacter calumniantem opor-
tet esse eum, qui me tantæ arrogantiæ accusare; ac
quasi ego pro hnius divisionis primo auctore & in-
ventore agnosci velim, scribere non veretur.

14 Quia verò omnes contractus requirunt consen-
sum. l.1.§.conventionis. in fin. ff. de pact. l. in omnibus.
55. ff. de obligat. & actionib. idcirco deponere, & apud
se deponi permittere illi tantùm possunt, qni intel-
lectum habent, & consensum accommodare no-
scuntur. Ex quo consectarium est: quòd infans,
ne tutore quidem auctore, ex hoc depositi contractu
alios sibi obligare, aut ipse obstringi queat. §. sed
quod diximus. 10. infr. de inutilib. stipulat. l. 1. §. hic
proximus 11. ff. de obligationib. & actionib. l. in negotiis.
5. ibi, qui fari possunt. ff. de reg. juris. Sic quoq; nec fu-
riosus. dict. leg. 1. §. furiosum. 12. ff. de obligationib. &
actionib. dict. leg. in negotiis. 5. & l. furiosi. 40. ff. de re-
gul. juris. nec pupillus sine tutore. l. quod pupillus. 41.
ff de condiction. indebit. l. pupillus. 59. ff. de obligationib.
& actionib. cum similib. nec minor. l. 3. Codic. de in in-
tegrum restitut. minor. vel prodigus. l. is, cui. 6. ff. de
verborum. l. interdum. 29. ff. de condiction. inde-
biti. l. certi. 9. §. sed & si. 7. ff. de rebus creditis, &c.
dict. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. absque curatore depo-
siti tenentur: nisi in quantum locupletiores facti
fuerint, vel dolum commiserint. l. 1. §. an in pupil-
lum, 15. ff. deposit. l. 1. & 2. Cod si advers. creditorem.
Dn. Collega Bocer. class. 2. Disputat. 10. th. 5 edit. 2. &
in hoc §. numer. 21. Gœdd. in Commentar. de contrah.
& committ. stipulat. c. 7. conclus. 10. numer. 126.

15 Deponi autem possunt omnes omnino res, quæ
sub factum custodiamque cadunt, tam alienæ, quàm
propriæ: adeò, ut etiam, furi vel prædoni deposi-
tio rei furtivæ permittatur. l. 1. §. si prædo. 39. l. bona
fides. 31. §. 1. ff. deposit. l. non ab judice. 64. in princ. ff. de
judic. si modò non apud rei dominum deponatur,
Dominus siquidem rem suam, apud se depositam,
restituere deponenti non compellitur. l. qui rem
suam. 15. d. l. bona fides. 31. §. 1. in fin ff. deposit. l. neque
pignus. 45. ff. de regul. jur. Quinimò si apud alium
fur vel prædo deposuit, domino petenti deposita-
rius debet restituere. Tametsi enim bonæ fidei con-
gruum est, ut rem recipiat, qui dedit: attamen to-
tius rei æquitate inspectâ, quæ ex omnibus perso-
nis, quæ negocio isto continguntur, impletur; do-
mino reddenda sunt, quæ facto scelestissimo ei ad-
empta fuerunt. Hanc etenim probat Tryphoninus
16 justitiam, quæ suum cuique ita tribuit, ut non di-
strahatnr ab ullius persouæ justiore repetitione. dict.
l. bona fides 31. §. 1. vers. hac est bona fides. ff. deposit. &
inibi Wesenbec. in Paratitl. num. 7.

Sed perplexæ disquisitionis quæstio hic occurrit:
17 an res quoque immobilis recipiat depositum? Et
sanè frequentissimis Interpretum calculis negativa
opinio recepta est: eamque, post Azonem in sum-
ma suâ Cod. deposit. numer. 5. sequuntur Accursius,
Bartolus, Baldus, Salicetus & vulgò Dd. ad l. 1. ff. de-
posit, & Rubric. C. eod. ibique Sichard. numer. 4. Pa-
normitan. Felin. Innocent. aliique ad rubric. ex. eod.
Angelus, Porcius, Clingius, Schneidevvinus, Mynsin-
gerus, Wesenbec. Schilbok. Heigius, Bebio, Thadeus Pi-
so, Hottomanus, Vultejus & alij ad hunc §. nostr. Nicol.
Mozzius in tractat de deposit. cap. 1. numer. 5. & cap. de
reb. quæ deponi poss. numer. 1. Coler. de processib. execut.
part. 1. cap. 2. num. 67. & num. 104. in fin. Dn. Col-
lega Besold. part. 2. delibator jur. ex lib. 16. Pandect.
quæst. 14. pag. 165. Treutler. vol. 1. Disputat. 26. thes. 4.
ad lit. d. Pet. Gregor. Tholosan. in Syntag jur. univers.
lib. 23. cap. 3 num. 4. Donell. lib. 16. Commentar. de jur.
civ. cap. 14. Giphan. in Altdorph. lect. ad l. si rem 47. n.
5. ff. de acquir. vel. amitt. possess. Hackelman. disput. 9.
thes. 13. Arumæus Exercit. 12. thes. 14. Locamer. quæ-
stionum juridicar. fascic. 35. quæst. 4. Forster. libr. 3.
Disputat. 26. thes. 16. Paulus Berens disputat. 9. ad In-
stit. them. 3. quæst. 1. Steinhausen in Paratitl. ff. depositi.
numer. 6. Schickard. disputat. 12. thes. 6. sub lit. a. &
resolut quæst. 1. Cludius in tract. de jure sequestrat. cap.
1. numer. 19. cum seq. & cap 8. num. 2. & seqq. Verùm
contraria affirmans sententia legum veritati magis
videtur consentanea. Tum quia objectum depositi
indefinitè in vocabulo rei constituitur. l. 1. §. quæ de-
positu. 5. & passim. ff. deposit. Rei autem vocabulum 18
non minus immobilibus competere, quàm mobili-
bus, extra controversiam est. l. rei appellatio. 5. ibique
Dd ff. de verborum significat. Tum quia deponere
nihil aliud est, quàm commendare, sive rei custo-
diam alicujus fidei committere. d. l. 1. in princ. l. Lu-
cius. 24 vers quid est enim. ff. deposit. l. commendare.
186. ff. de verb. significat. At rei quoque immobilis
custodiam esse, expediti juris est. l. 3. in fin. ff. de ac-
quir. vel amitt. possess. l. si vendita. 12. ibi, in insula cu-
stodienda. ff. de peric. & commod. rei vend. l. dominus.
55. in princip. ff. locati. Tum etiam quia & commo-
datum in re immobili consistit. l. 1. §. 1. ff. commo- 20
dat. & monitum supr. §. proximo. num. 13. in quo ipso
etiam custodia præstanda est. l. si, ut certo. 5. §. custo-
diam. 5. ff. d. tit. Atque huic decisioni, post Gœd-
dæum ad rubr. ext. de sequestrat. poss. & fruct. num. 10.
cum seqq. & ad l. sequester. 100. num. 2. ff. de verbor. si-
gnificat. ad stipulantur D. Bocerus class. 2. Disput. 10.
thes. 7. ad lit. b, edit. 2. Plebst. Disputat. 2. de jure topico
Ducatus Würtemberg. thes. 16. ad lit. a. edit. 1. Hæno-
nius disputat. 13. controvers. 11. Matth. Stephani. cen-
tur. 3. quæst. 31. Vngepaur. Exercit. Inst. 10. quæst. 6. pag.
397. edit. ult. Nebelius in them. dub. disputat. 12. th. 4.
lit. A. Setser. disput. ad Instit. 21. th. 12. lit. f. Wegner.
disputat. 10. ad Institut. th. 6. lit. d. Knipschildt. d. exer-
citat. Acad. 4. q. 1. pag. 125. cum seq. Höstichius pro-
gymnas. decur. 6. posit. 4. lit. A. Hunnius Disputat.
14. thes. 22. & libr. 3. var. resolut. jur. civ. tract.
3. part. 4. quæst. 1. pag. 941. cum seqq. Stuckius. parte 1.

Exercit. Iustin. decad. 10. assert. 7. lit. c. Quirinus Kubach. cent. 1. quæst. illustr. decur. 1. quæst. 3. & Timæus Faber disput. 22. ad Instit. Imperial. th. 13. sub lit. b.

21 Non obstat, quòd nulla lex sit, quæ dicat, etiam rei immobilis depositum esse; nullumque rei immobilis depositæ exemplum in Corpore Justinianèo extet. Siquidem non exemplis, sed legibus judicare oportet. l. nemo judex. 13. Cod. de sentent. & interloc. om. jud. D. Georg. Mundius in Comment. de diffamationib. cap. 4. num. 85. pag. 120. edit. 1. Nam & commodatum in re immobili consistere, apparet ex d. l. 1. §. 1. ff. commodat. & tamen ejus vix alibi expressum exemplum occurrit. Imò exempla depositæ rei immobilis extant in cap. 1. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Clement. unic. eod. c. examinatæ. 15. ibi, Ecclesiam sequestratam. ext. de judic. cap. 2. ext. de del. & contum. l. si cùm dotem. 22. §. sin autem. 8. ibi, dotem sequestrari. ff. solut. matrim. & similib. quia sequestrationem (quæ, secundùm jura modò allegata, etiam potest esse rerum immobilium) depositi speciem esse, exploratum est. l. propriè. 6. ff. deposit. & ostensum supr. num. 11.

22 Similiter non resistit, quòd Ulpianus ait, depositum esse, quod custodiendum alicui datum sive traditum est. d. l. 1. in princ. ibiq; glos. ff. deposit. rem autem immobilem neque tradi, neque dari, neque custodiri posse: cùm neque loco moveri, neque manu in manum dari, neque latere, neque fugere, neque auferri, vel subtrahi queat. §. quod autem. 7. vers. abolita. supr. de usucapionib. & long. temp. præscript. Hoc,
23 inquam, non resistit. Quod enim in d. vers. abolita. fundi locivè furtum non fieri dicitur: in causa non est custodia, aut factum tradendi: sed quòd loco moveri non possit, & auferri: cùm tamen furtum à ferendo appellatum esse putetur, rerumque duntaxat sit mobilium. §. 2. infr. de obligat. quæ ex delict. nascun. & l. 1. ff. de furt. Etsi verò furtum locorum fundorumque fieri nequit: iis tamen vim inferri, incendium fieri, depasci eos, corrumpi, & multis aliis modis ob neglectam custodiam deteriorari posse, in confesso est. §. quod autem. 3. supr. de usucapionib. l. 1. & tot. tit. ff. & C. de vi, & vi armat. d. l. si vendita. 11. ff. de peric. & commod. rei
24 vend. Sed & factum dandi tradendique in rem cadere immobilem, elucescit ex l. si stipulatus. 4. ff. de usuris. l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verbor. obligationib. l. 1. l. 3. l. tenetur. 6. §. sed si aream. 2. & l. si tibi. 8. ff. de actionib. empt. Proindeque falsum est, quod nonnulli docent, tradere nihil aliud esse, quàm è manu in manum dare: cùm traditio significet quamlibet rei translationem, quæ modò nudum est factum, à causa possessionis jurisque vacuum. l. 2. ff. de verborum obligationib. modò non nudum, sed cum causa. dict. leg. 3. ff. de actionib. empti. D. Gœdd. ad d. rubric. tit. de sequestrat. possess. & fruct. numer. 11. Clud. d. tract. de jure sequestrat. cap. 8. num. 6.

25 Hìc verò nova, quæ præclarissimum D. Bocerum incessit religio, me paululùm subsistere jubet. Perstringit me ille num. 24. pag. 194. quòd prædicta argumenta ex Domino Gœddeo transcripserim. Alienam operam (inquit) omnibus obviam transcribere integram, & meis Commentariis adponere, mihi religio esset, &c. O religiosum hominem! Sed ô nimis in religione inconstantem. Nam ipsissima illa Gœddæi argumenta hic Doctor noster transcripsit, & suis classibus apposuit, d. disput. 10. class. 2. pag. 220. th. 1. Quid ergo, mi Domine Bocere? Ita ne religionem tuam mutas? Ita ne ab eâ recedis? Aut, num forsitan tibi licere putas, quod in aliis reprehendis? Certè, si quis omnia tua Scripta evolvat: deprehendet facilè, te quoque aliorum operâ usum esse: nihilque ferè in iisdem inveniet, quod non antea etiam sit traditum ab aliis: tantùm excipio quosdam errores tuos, qui sunt singulares. Nunquid ergo

Turpe est Doctori, cùm culpa redarguit ipsum?

In custodiendâ porrò re depositâ, depositarium 26
tantummodò dolum, & latam culpam præstare teneri, liquet ex hoc §. nostro. l. 1. §. ultim. si hominem. 7. in princip. l. si fine. 20. l. quod Nerva. 32. ff. deposit. l. si, ut certo. 5. §. 2. ff. commodat. l. 1. §. is quoque, apud quem. 5. ff. de obligationib. & actionib. l. contractus. 23. ff. de regul. juris. eleganter Marcilius hic in suis not. & Iustus Majer. in Commentar. de culpa in contractib. præstandâ. th. 115. Ejusque ratio duplex est: tum quia ille, qui negligenti amico rem custodiendam tradit; non ei, sed suæ facilitati id imputare debet, ut Iustinianus hîc in fine loquitur: & in simili respondit Paulus in l. cùm mandatu. 23. in fine.
ff. de minorib. Tum quia depositum nullam deposi- 27
tarii, hoc est, ejus, apud quem deponitur; sed solius deponentis utilitatem continet. d. l. si, ut certo. 5. §. 2. ff commodat. Hænon. Disput. 13. controvers. 12. At quid, si suis rebus summam adhibere diligentiam consueverit depositarius: an non hoc casu ad levem etiam culpam tenebitur? Non teneri, discimus ex hoc §. & juribus præallegatis; ex quibus constat, nullam in deposito rationem culpæ levis & levissimæ, nullam desidiæ aut negligentiæ habendam: sed solius doli & latæ culpæ præstationem esse: ut rectè monuit Treutlerus volum. 1. Disputat. 26. thes. 2. ad lit. c. ubi Accursium dissentientem citat. Idem Treutler. latè consil. 34. num. 19. & seqq. volum. 1. Eâdem de re vide nervosè ac doctè disserentem Frantzkium exercitat. 9. quæst. 9. pag. 285. & seqq. itemq; Locame-
rum d. fascic. 35. quæst. 5. & 6. Enimverò excipiun- 28
tur nonnulli casus, quibus præter dolum & latam culpam, in deposito etiam culpa levis & levissima præstatur. I. Si depositarius se deposito obtulerit. dict. leg. 1. §. sæpe evenit. 35 ff. deposit. Licèt aliter sentire videatur Cludius. d. tractat. de jure sequestrat. cap. 11. numer. 11. II. Si pro rei custodiâ mercedem acceperit. d. l. si, ut certo. 5. §. 2. vers. nisi fortè. ff. commodat. Ioannes Matiencus in repetit. l. contractus. 24.

dus. 24. *ff. de reg. jur. numer.* 99. Tametsi hoc casu magis locatio propriè, quàm depositum censeatur.
29 *d. l.* 1. *§. si quis servum.* 9. *ff. deposit.* Quanquam autem Dn. Collega Bocerus *in hoc §. nostro. numer.* 34. *pag.* 196. autumat, manere depositum, utcunque merces intervenerit: tamen fallit se ipsum. Quomodo enim, obsecro, actio ex locato & conducto locum habebit in deposito? Proinde cùm Ulpianus Jureconsultus *in d. l.* 1. *§. si quis servum.* 9. *ff. deposit.* apertè actionem ex locato & conducto esse dicat, si merces custodiæ intervenerit: non video sanè, cur erroneam & absurdam Boceri opinionem, præ verâ ac juri consona Ulpiani sententiâ, amplecti debeam; maximè cùm D. Bocero nihil omnino suppetat, quod ad tam expressum textum respondere queat.
30 Huc accedit, quòd differentia specifica (teste ipsomet Bocero *ad hunc §. num.* 9.) quâ locatio & conductio secernitur à deposito, in eo consistit, quòd depositum *gratis* fiat: in locatione verò & conductione merces interveniat pro custodiâ. *d. l.* 1. *§. si vestimenta.* 8. *ff. deposit.* Quî ergo depositum erit, si merces interveniat? Hoc qui dicit, is æquè ineptè statuit, ac si hominem animal irrationale esse diceret. Insuper D. Bocerus perperam & vitiosè in definitione depositi addidisset vocabulum *gratis*, si etiam mercede interveniente depositum maneret.
31 Nam, teste Aristotele *lib.* 6. *Topic. cap.* 2. (cujus rigida præcepta in suis definitionibus se observasse videri vult D. Bocerus) omnis definitio, constans tali aliquo vocabulo, quo detracto, perfecta nihilominus relinquitur definitio, ea vitiosa est. Sed hæc planiora esse puto, quàm ut prolixiore refutatione
32 indigeant. III. Si depositarius in mora restituendi depositum fuerit. *l. si in Asia.* 12. *§. ultim. ff. dict. tit. Clud. d. cap.* 11. *num.* 22. *Osterman. hic in suis rationalib. pag.* 68. IV. Si depositum solius depositarii gratiâ fuerit factum, *ut in specie l. si quis nec causam.* 4. *ff. de reb. credit. si cert. pet.* V. Si nominatim convenerit, ut res deposita esset periculo ejus, qui suscepit. *dict. l.* 1. *§. sæpe.* 35. *ff. deposit. d. l.* 1. *§.* 2. *ff. commodati. l. juris gentium.* 7. *§. sed & si quis. ff. de pact.* ubi Pomponius, *prout eum refert Ulpianus*, ait: omne periculum, adeoque non id solùm, quòd culpa, sed & illud, quod casu fortuito accidit, ex pacto
33 & conventione spectare ad depositarium. Idem dicendum putat Accursius *ad d. l.* 1. *§. sæpe. ff. deposit. & ad l.* 1. *C. eod. & alibi.* si culpa, etiam levis, casum præcesserit, *argum. d. l.* 5. *§. quod verò.* 4. *ff. commodat. & d. l. si in Asia.* 12. *§. ultim. ff. deposit. & similibus.* Quæ opinatio quantumvis à multis magni nominis Doctoribus recepta sit, *nempe à Bartolo, Alexandro, Iasone, Castrens. Zasio, & aliis, quos refert & sequitur Fachineus lib.* 2. *controvers. jur. cap.* 70. *quibus assentitur etiam Ioan. Iacobus Plobst. Disput.* 2. *de jure topic.* Württemberg. *thes.* 17. *ad lit. b. edit.* 1. juri tamen nostro civili conveniens haud videtur. Depositarium etenim ob culpam levem non teneri: sed dolum duntaxat, &, quæ huic proxima est, latam culpam præstare debere, notissimum est *ex hoc §. & d. l. quod Nerva.* 32. *ff. depositi. & similibus suprà allegatis.* Si igitur depositarius culpam solam, & per se consideratam, præstare non cogitur: multò certè minùs eandem præstare compelletur, si præter culpam etiam casus fortuitus accesserit, eoque res interierit. Hujusque ratio perspicua est: quia fatalis interitus sive casus fortuitus efficit, non ut dutiùs depositarius, sed ut minùs obligetur, *argument. d. l. contractus.* 23. *ff. de regul. jur. & l. quæ fortuitis.* 6. *Cod. de pignerat. act.*

Nec hanc nostram, ceu veriorem, impugnat sen- 34
tentiam *d. l. si, ut certo.* 5. *§. quod verò.* 4. *ff. commodati.* ubi casus fortuitus imputatur ei, qui commodatum accepit, si aliqua culpa intervenit. *Longè namque* diversa est inter commodatarium & depositarium ratio. Commodatarius enim cùm ob culpam quoque levem teneatur: mirum non est, si etiam ad casum fortuitum, qui ex levi ipsius culpâ resultat, adstringatur. At depositarius cùm levis culpæ nomine obligari nequeat, *ut ex prædictis patescit*: nulla patitur ratio, ut de casu fortuito, qui ex levi proficiscitur culpâ, teneatur.

Neque etiam nostram definitionem evertit *d. l. si* 35
in Asia. 12. *§. ultim. ff. deposit.* ubi Pomponius in hæc verba respondit: *Quemadmodum quod ex stipulatu, vel ex testamento dari oporteat, post judicium acceptum cum detrimento rei periret: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit.* In isthoc siquidem responso depositarius circa restitutionem tantùm rei, non autem in re ipsa culpam commisit.
Litem enim secum contestari passus est; nec depo- 36
situm reddidit; cùm id reddere potuerit. Itaque 37
in mora fuit constitutus, quæ meritò obligationem perpetuat. *l. si ex legati.* 23. *ff. de verbor. obligat.* Nec hanc frangit solutionem; si quis instando objiciat: culpam etiam in ipsam rem commissam perpetuare obligationem. *l. si servum.* 91. *§. sequitur.* 3. *ff. d. tit.* proindeque depositarium, culpâ in rem ipsam admissâ, ad casus fortuiti præstationem adstrin-
gendum esse. *Etenim dicendum*: regulam illam, 38
quâ generaliter affirmatur, quòd per quamvis culpam obligatio perpetuetur, non esse ad levem depositarii culpam applicandam: propterea quòd nominatim & in specie tum hoc in §. nostro, tum alibi cautum sit, ob culpam levem non teneri depositarium. In toto quippe jure generi per speciem derogatur. *l. in toto.* 80. *ff. de regul. jur. Sed vide Ioannem Vaudum, istam rem latiùs enodantem, variarum quæstion. lib.* 1. *quæst.* 33. *quem refert, & sequi videtur* D. Collega Bocerus *class.* 1. *Di-*
sput. 10. *thes.* 21. *ad lit. b. edit.* 2. Porrò idem Bocerus 39
rem istam novissimè aliter explicat *in præsenti §. numer.* 31. *pag.* 195. ubi dictam *l. si in Asia.* 12. *§. ultim. ff. deposit.* accipiendam putat de eo casu, quo depositarius

sitarius in dolo consistit. Sed qua ex causa, non vi-
40 deo. Nec enim sequitur: depositarium continuò
in dolo esse, si judicii accipiendi tempore potuit rem
depositam reddere, nec reddidit: quandoquidem
quælibet, etiam fatua, bestialis, temeraria, injusta,
inepta atque insulsa causa, à dolo excusat, *argum. l. igitur. 12. §. 2. & 3. ff. de liberali caus. glos. & Iason. in l. unic. §. ult. n. 24. & seqq. ff. si quis jus dic. non obtemper. Menoch consil. 31. num. 8. consil. 98 num. 34. & cons. 728. num. 15. Tiraquell. de pœn. tempor. caus. 43. Cothman. consil. 4 n. 6. & consil. 51. n. 14. vol. 3. hosque cum multis aliis referens* D. *Mundius in Commentar. de diffamationib. cap. 2. §. 3. num. 37. & seqq.* Neque
41 juvat Boceri explicationem *l. si quis in-ciatus. 13. ff. deposit.* Nam loquitur ille textus de eo, qui licet sciat, se reddere debere, nec ullam causam prætendere possit, quò minus reddat: tamen rem depositam reddere non vult. Hunc dolo malo facere, rectè respondet ibidem Paulus Jurisconsultus. Ast idem de casu *dicta l. si in Asia. 12. §. ult.* absque divinatione dici nequit.
42 Cæterum quocunque tempore depositum sibi reddi depositor petit: res deposita restituenda est: etiamsi convenerit, quo tempore depositum reddi debeat: quia cùm deponentis gratiâ contrahatur: non prohibendus est pro arbitrio revocare contractum, & mutare voluntatem. *l. 1. §. est autem. 22. & §. si deposuer. 45. ubi Bartol. Castrens. & Costal. ff. de-*
43 *posit. ibiq; in Paratitl. Wesenbec. num. 7.* Eo autem loco depositum est restituendum, ubi est sine dolo malo depositarii: nisi depositor suis impensis alibi reddi velit. *d. l. si in Asia. 12. in princ. & §. 1. ff deposit. l. cum res. 47 ff. de legat. 1. l. quod legatur. 38. ff. de judic.* aut convenerit inter partes, quo loco debeat restitui. *l. ei, apud quem 5. §. 1. ff. deposit. l. in bonæ fidei. 7. & l. is, qui certo. 9. ff. de eo, quod certo loco dari oport. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civil. cap. 13.* Et sanè
44 eadem ipsa res, quæ data sive deposita est, in specie restituenda est, *hoc §. nostro. & l. 1. §. is quoque, apud quem. 5. ff. de oblig. & actio.* nisi quantitas, veluti pecunia sit deposita, & conventum; ut tantundem redderetur. Tunc enim eandem quantitatem in genere eodem reddi, æquitati congruit. *l. Lucius. 24. l. die. 25 §. 1. l. si sacculum. 29. § 1 ff. deposit. l. in navem. 31. ff. locat.* Siquidem contractus ex conventione legem accipiunt. *l. 1. §. si convenit. 6. ff deposit. l. in conventionalibus. 52. ff de verb. oblig.* Vide Franzkium *d. exercitat. 9. quæst 8. pag. 284.* Quòd si depositarius ob contumaciam restituere depositum nolit; vel ejus dolo, aut latâ culpâ res deposita perierit, ut restitui nequeat: officio judicis jus jurandum in litem depositori potest deferri, ut ejus arbitrio rei pretium statuatur. *d. l. 1. §. in depositi. 26. ff. deposit l. 2. §. 1. l. tutor. 8 ff. de in lit. jurand. l. 2. Cod. d. tit. D. Bocer. d. class. 2.* D*isputat. 10. thes. 30. edit. 2. & in hoc §. num.*
45 *42. pag.* 197. Fructus quoque, omnisque causa, & rei utilitas, itemque partus in restitutionem venit. *dict. leg. 1. §. & ideo. 24 ff. deposit. Azo in summa Codic. eod. titul. num. 26. Mozz. in tractat. de deposit. colum. 4. numer. 1. & 2.* usuræ autem sine morâ & conventione non debentur. *dict. l. Lucius. 24. dict. leg. die 25. §. 1. l. Publia. 26. §. 1. l. si sacculum. 29. §. 1. ff. deposit. l. 2. & l. 4. Cod. eod.* Eâque de re enodatius tractant *Duarenus in Commentar. tit. Cod & Digest. depositi. cap. 4. Cujacius in Commentar. in lib. 9. quæstion. Papin. pagin. 200. cum seqq. Bronchorst. centur. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 4. edit. 1. & Treutler. volum. 1. Disput. 26. thes. 7. ad lit. A.*

Quæri haud infrequenter solet: si quis penes ali- 46
quem cistam sive valisiam signatam, vel simile quid deposuerit: utrùm cista tantum, an & species inclusæ petendæ sint? Et utrumque petendum, verisimilius videtur. *l. 1. §. si cista signata. 41. ibiq; Bartol. numer. 2 ff. deposit.* Cæterum si cista illa reserata vel dissigillata, indeque aliquid amissum fuerit; & quantum sit ablatum, ignoretur: tunc, deficientibus probationibus, juramento deponentis (habitâ moderatione judicis secundùm personæ qualitatem) creditur. *d. l. 1. §. si quis argentum. 40. vers. salvo eo. ff. d. tit. l. si quando. 9. C. unde vi. Idem tradidimus in §. item exercitor. 3. num. 11. infr. de obligationib. quæ quas. ex delict. nascunt.* Cur autem tam severè contra depositarium lex statuerit, ratio hæc assignatur: quia iniquissimum esse judicavit, depositarium deponentis amici fidem, quam de eo habuit amicus, ita turpiter debuisse fallere: ut post Aristotel. *lib. problem. section. 29. quæst. 2. & 6.* docuit Menochius *lib. 2. de arbitrar. judic. quæst. centur. 3. cas. 208. num. 28.* Ve-
runtamen deponentis juramento contra deposita- 47
rium non statur, si facti & personarum qualitas aliud suaserit: ut, si cista per se facilè reserari potuerit: & depositarius sit vir probus & bonæ famæ, spectatæq; fidei: vel si deponens non consignasset valisiam hospiti, sed eam ita simpliciter in diversorio reliquisset: vel si illi custodiam non mandasset, sed eam ipse retinuisset, aut denique, omni se culpâ vacare, depositarius probare vellet: de quibus & similibus casibus exceptis plenissimè agunt *Iohan. Baptista Plotus in d. l. si quando. 9. §. 10 n. 6. cum seqq. C. unde vi. Mascard. volum. 1. de probationib. conclus. 507. Hippolyt. de Marsil. ad rubr. C. de probat. numer 134. Hegius in hoc §. nostro, num. 35. Menochius d. cas. 208. numer. 30. & multis seqq. aliiq; per hunc relati.* Eâdem de re jus nostrum renovatum Württembergicum sequentibus disposuit verbis, *part. 2. tit. 3. pag. 246.* So in einem beschlossenen oder versigelten Faß / Kisten oder anderm / jemand etwas hinderlegt / oder zubehaltẽ vertrawt / vnd jhme die hinderlegte Stuck nicht sonderlich gezeigt / oder dargezehlt / so ist er / wann er solch Faß / oder Kisten beschlossen oder versigelt / wie jhme solches zugestelt / wieder antwortet / nicht schuldig vmb jedes Stuck besonder Red vnd Antwort zugeben. Es wäre dann einige Gefahr oder Betrug darbey gebrauchet worden. Da aber die Sigillen abgerissen / oder die Schloß geöffnet / daß Faß Kisten / oder anders auffgethon / vnd etwas darauß verändert / auch

der

der Hinderleger bewiese/ daß solches gefährlicher weise/ bey dem/ der es hinder jhme gehabt vnnd verwahrt haben sole/ beschehen: so sol er auff sein begehren mit seinem Ayd/ was in dem Faß/ oder Kisten gewesen/ zuerhalten zugelassen werden. So er aber kein Betrug bewiesen/ auch der/ hinder den die Haab gelegt/ ein redlicher Mann/ gutes Namens/ vnd sich mit seinem Ayd zuentschuldigen/ daß er solch Faß oder Kisten nicht auffgethon/ noch dessen einiges wissen/ vnd Schuld habe/ sol er ledig gesprochen werden. Doch sollen in jetztgemelten Fällen/ die offene Gastgeben oder Wirth/ mehr dann andere/ vnd zum höchsten Fleiß/ also verbunden seyn/ daß sie nichts/ dann allein ohnversehens zugestandene Vnglücksfäll/ entschuldigen mögen.

48 Porrò si pecunia, nec clausa, nec obsignata apud aliquem deposita fuerit, & convenerit, ut tantundem restituatur, non mutuum, sed depositum, potiùs contractum videri, evincitur perspicuè *ex l. Lucius. 24. l. die sponsaliorum. 25. §. 1. & l. si sacculum, 29. §. 1. ff. depositi.* In hisce enim locis omnibus habetur, quòd usuræ pecuniæ, sic depositæ, ut non eadem, verum tantundem redderetur, præstari ex conventione debeant. Atqui usuræ ex mutuo non debentur, etsi de illis præstandis ab initio convenerit. *l. quamvis. 3. ibique glos. C. de usur.* Non igitur in proposito casu mutuum, sed depositum contractum intelligitur. Hancq; sententiam pluribus defendit D. Hunnius *lib. 3. var resolut. jur. civ tract. 3. part. 4. quæst. 2. pag. 944. & seqq.* contra dissentientes Hotomanum *lib. 4. obs. 10.* & Nicolaum Bellonum *lib. 1. supputation. cap. 7.* Vide quoque Kubachium *cent. 1. quæstion. illustr decur. 1. q. 4.* Quæri & illud non inconvenienter poterit: an etiam depositarius quovis tempore & pro lubitu rem depositam invito, neque reposcenti deponenti restituere valeat? Et quamvis id affirment Treutler *vol. 1. disput. 26. th. 5. sub lit b.* & ibidem Hunnius *in suis resolut pag. 1673. cum seq* contrarium tamen verius esse putaverim. Tum quia contra legem depositionis facere non potest, qui semel officium suscepit: quoniam ex post facto fiunt necessitatis, quæ ab initio erant voluntatis. *l. sicut. 5. C. de obligat. & act. 3. mandatum. 11. infr. de mandat. l. si quis. 27. §. 2. ff. eod l. in commodato. 17. §. 3. ff. commodati.* Tum quia eam ob causam deponimus res nostras, & in iis custodiendis alterius operam imploramus, quòd ipsi eas non possumus custodire. Sed si depositarius invito deponenti eas pro lubitu restituerat: hunc depositi finem transgrederetur; hocque modo redundaret in odium deponentis, quod tamen in ejus favorem introductum est, *contra l. legata inutiliter. 14. ff. de adim. vel transf. legat.* Tum postremò quia non verum esset, quòd pro lubitu deponens rem suam repetere posset, *contra d. l. 1. §. est autem. 22. & §. si deposuero. 45. ff. depositi.* Nec obstat ratio à Treutlero *prædicto loco* adducta: quòd scilicet depositarius tantùm ad rem restituendam, non etiam ad servandam teneatur. *Nam* fal-

sa est isthæc ratio: quippe negotio contracto, & officio suscepto, depositarius obligari cœpit non tantùm de re restituenda, sed etiam servandâ. *Wesenbec. in Paratit. ff. depositi. numer. 5.* Enimverò istud limitari debet, si justissima & gravissima causa supervenerit. *l. si, apud quem. 5. §. fin. ff. eod. Richter. in tractat. de contractib. disput. 5. th. 1. sub lit. k pag. 113.*

Actio ex deposito nascitur duplex: una directa, 49
altera contraria: id quod satis arguit inscriptio tituli Digestor. quæ ita concepta est: *Depositi, vel contrà.* Sicuti in commodato, cùm agitur commodati, vel contrà. Una enim hic est actio principalis; altera autem est veluti secundaria. *l. in commodato. 17. §. 1. ff. commodati.* Quoties agitur ad id, 50
de quo principaliter contractus initus est, tunc datur actio directa: quæ actio ei competit, qui deposuit rem; adversus eum, apud quem res deposita est. De eo namque principaliter negocium contractum est, ut res custodiatur, & postea reddatur, cùm deponens eam repetere voluerit. Sed utilitatis causa receptum est: ut depositario contrà; id est, vicissim etiam liceat experiri certis ex causis: & ea actio dicitur contraria, *ut bellè notavit Duarenus ad t. ff. & C. de commodato. cap. 3. & ad tit. Cod. & Digest. depositi, vel contrà. cap. 2.* Et certè directa depositi actio non solùm depositori; sed & heredibus, cùm rei sit persecutoria, cæterisque successoribus accommodatur. *l. 1. §. hac actio. 19. ff. depositi.* singulis tamen pro portione hereditariâ, ut & reliqua jura. *l. 2. C. de heredditar. actionib. l. ea, quæ. 6. C. famil. ercisc.* Quòd si res individua sit deposita: uni agenti, præstitâ satisdatione, restituetur: aut in ædem sacram deponetur: hacque ratione depositarius omni actione & periculo liberabitur. *d. l. 1. §. si pecunia. 36. cum §. seq. ff. deposit.* In heredem quo- 51
que ejus, apud quem depositum est, hæc actio datur in solidum; vel si plures sint, in quemlibet eorum pro eâ parte, quâ heres est. *l. si hominem. 7. §. 1. ff. eod.* nisi res divisionem non recipiat: quo casu quilibet in solidum, sed in condemnationem pro eâ parte, quâ heres convenitur. *l. si duo. 22. ibique Accursius. ff. d. tit. & ibidem in suis Paratitl. Wesenbecius numer. 9. & Steinhaussen numer. 5. item Duarenus cap. 4. ad finem.* Planè, hæc actio si instituatur, 52
& depositarius apud se rem depositam esse, in lite inficietur: si tumultûs, incendii, ruinæ, vel naufragii causâ res sit deposita, depositarius convictus in duplum condemnatur, non etiam ejus heres: nisi de hujus dolo agatur. *l. 1. §. 1. & seqq. l. de eo, quod tumultu. 18. ff. deposit. §. rei persequendæ. 17. vers. planè si depositi. infr. de actionibus.* Fürstlich Würtembergisch Ernewert Landrecht / *part. 2. tit. 3. pag. 247.*
Hæcque depositi actio illo gaudet privilegio: 53
ut is, qui eâ experitur, omnibus creditoribus, etiam privilegiatis, quique tacitum vel expressum pignus non habent, præferatur. *dict. l. si hominem. 7. §. 1. vers. & ante privilegia. ff. deposit.*

posit. l. si ventri. 9. §. in bonis ibique Ripa ff. de privileg. creditor. Stracha in tract. de decoctorib. part. ult.
54 Heigius hic numer. 30. Nulla item compensatio, deductio, vel doli, aut non numeratæ pecuniæ, aliave altiorem indaginem requirens exceptio, isthanc actionem excludit. l. penultim. C. deposit. l. fin. C. de compensat. l. in contractibus. 14. §. 1. C. de non numerat. pecun. 8. in bona fidei. 30. ubi id explicui paulò latiùs. num. 25. & 29. infr. de actionib. Oldendorp. class. 4. act. 23. pag. mihi 673. §. qua ratione, &c. Sebast. Medic. in tract. de compensat. part. 1. quæst. 19. Eman. Costa in l. si ex cautione. 3. limit. 2. numer. 1. & seqq. C. de non num. pecun. Mozz. in tract. de deposit. col. 4. numer. ultim. Hunnius Disputat. 20. ad Instit. thes. 16. Arumæus exercitat. Iustin. 12. thes. 16. Andr. Gerhardi decad. 13. quæst. 2. Schickhard. Disput. ad Institut. 12. thes. 6. sub lit. b in fine & resolut. quæst. 5. Enimverò retentionem in deposito ob impensas dari, concludunt Casp. Schifordeghker. part. 1. tractat. 1. quæst. 3. eumque laudans Valentinus Riemer. decad.
55 9. quæst. illustr. 9. Præterea hac actione condemnatus, adeò confestim ac præcisè rem restituere tenetur: ut illi quadrimestre tempus (quod aliis debitoribus ad judicatum solvendum est indultum. lib. 2. C. de usur. rei judic.) haud indulgeatur, argument. dict. leg. 1. §. est autem. 22. ff. deposit. & dict. leg. penultim. ibi illico modis omnibus compellatur. Codic. eod. Wurmbser. lib. practicar. observat. titul. 23. observat. 1. Imò suo nomine conventus & condemnatus, infamiæ maculâ notatur. l. 1. l. furti. 6. §. si quis alieno. ff. de his, qui not. infam. l. qui depositum 10. ubi glos.
56 Bartol. & Castrens. Codic. depositi. Quòd si, depositore invito, rem depositam contrectarit depositarius: & hæc depositi, & furti actio, itemque condictio furtiva competit. l. si quis inficiatus. 13. §. 1. l. si sacculum. 29. in princip. ff. eod. Sed & depositorem rei vindicatione rem suam depositam repetere posse, enucleati juris est. l. 1. in fine. & ibi Sichardus. numer. 2. C. eod. tit. l. officium. 9. ff. de rei vindicat. D. Collega Bocer. class. 2. Disput. 10. thes. 37. edit. 2.

57 Actio depositi contraria tribuitur depositario, ejusque heredi, in deponentem, & ejus heredem: ad recuperandos sumptus, in rem depositam necessariò & utiliter factos. leg. ei, apud quem. 5. in princip. l. si in Asia. 12. leg. actione. 23. ff. deposit. ibique in suis
58 Paratitl. Steinhaussen numer. 5. Non autem, ut in directâ, ita & in hac contrariâ actione, in litem juratur: quia non de fide ruptâ, sed de indemnitate ejus, qui depositum suscepit, agitur. dict. leg. ei, apud quem. 5. in princip. ff. eod. Oldendorp. class. 4. action. 23. pag. 676. numer. 5. Ideoque hoc in judicio damnatum infamia non sequitur. §. ex quibusdam. 2. infr. de pœn. temer. litigant. l. furti. 6. §. ultim. ff. de his, qui notant. infam. Schneidewvin. in hoc §. numer. 21. & Wesenbec. in Paratitl. ff. deposit. numer. ultim. Ioh. Coppen. lib. 2. observ. 14. numer. 3. Döringius in Bibliotheca Iurisconsultorum. tom. 1. verb. actio depositi. num. 3. fol. 305.

Hæc de speciali sive vulgari deposito breviter ex- 59
plicata sufficiant: succedit modò sequestratio: quæ est rei litigiosæ à pluribus facta depositio, definitore Treutlero Disput 26. thes. 8. volum. 1. Alias definitiones videre est in tract. meo de process. judiciar. decad. 23. conclus. 1. ad lit. D. Dictaque est à sequestro, qui est is, apud quem fit ejusmodi depositio. l. sequester. 110. ff. de verborum signification. l. licèt. 17. ff. depositi. Sequester autem, auctore Modestino, dicitur à sequendo: non tamen, quòd ipsi depositores fidem illius sequantur; sed quòd ipse sequester quasi sequatur eos, qui de re contendunt, paratus eam restituere parti alterutri, cui ex lege depositi ipsam reddi oportet. dict. leg. sequester. 110. ff. de verborum significatione. D. Bocer. class. 2. Disput. 10. thes. 11. & Disput. 11. thes. 2. edit. 2. item in hoc §. numer. 65. pagin. 199. Atque istam Modestini Jurisconsulti etymologiam, contra alios, eruditè & copiosè defendunt Gœddæus ad rubr. tit. Decretal. de sequestrat. possess. & fruct. numer. 4. cum seqq. & Cludius in tractat. de
jure sequestrat. cap. 1. numer. 6. & seqq. Illis porrò 60
definitionis verbis (rei litigiosæ à pluribus) discriminatur sequestratio à deposito in specie sic appellato. In sequestrum enim tantummodo res litigiosa seu controversa venit: at depositum rem etiam non controversam admittit. Requiritur item in sequestro, ut duo pluresvè deponant: depositum verò à parte deponentis unicâ duntaxat personâ contentum est. d. l. licèt. 17. in pr. ff. deposit. Ioan. Bauman. in tr. de sequestris. cap. 1. n. 12. & seqq.

Hic obiter notandum: sequestrum & sequestra- 61
tionem pro uno eodemque accipi. Nam tametsi rem pensiculatius consideranti videri potest, sequestrationem à sequestro differre, quantum factum à jure, ita ut sequestrum juris, sequestratio facti esse censeatur: usus tamen hæc duo vocabula confundit, adeoque unum pro altero accipitur: ut videre est apud Franciscum Curt. in tract. de sequestris. Angel. Perus. in tractat. sequestror. Iacobum de Arena in tractat. de sequestrationib. Wesenbec. consil. 7. per tot.
hosque citantem Cludium d. cap. 1. numer. 22. Sed & 62
illud monendum est: quòd, etiamsi Doctores communiter, sequestrum seu sequestrationem atque arrestum unum idemque esse, existiment. Quintil. Mandos. in tract. de monitor. quæst. 8. num. 3. & quæst. 10. num. 3. Mynsinger. decad. 7. respons. 66. num. 14. Matth. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. num 81. 112. 157. & 159. toto tamen genere arrestum à sequestratione differat. Arrestum quippe est impedimentum sive interdictum, ne res aut persona loco, vel statu suo moveatur. Molin. ad consuet. Parisiens. part. 2. §. 52. glos. 1. in verb. arresto. numer. 1. & seq. Petr. Peck. in tract. de jure sistendi. cap. 1. numer. 4. hosque referens D. Bocer. d. Disput. 11. thes. 1. ad lit. C. & in hoc §. numer. 66. Sequestratio sive sequestrum quid

quid sit, ex definitione supra posita liquet. Deinde sequestrum depositi species est, atque ita contractus: arrestum neque depositum est, neque contractus, sed manuum quædam injectio. *Conrad. Lag. in method. jur. part. 5. cap. 32. de execut. rei judic. num. 23. Pyrrhus ad consuet. Aurel. rubr. de execut. instrument. cap. 5. 10. & 12.* Nos Germani dicimus: ein Verbot legen/anhalten/arrestiren/auffhalten. *D. D. Besold. in thesaur. practico. lit. A. num. 58. & idem Besoldus & Iohan. Georg. Kierner. in disput. inaugurali. de jure sequestrationis. th. 15.* Prætereа sequestrum fit causa custodiæ, & tantùm in re litigiosa. *d. l. sequester. 110. ff. de verbor. signif. l. propriè. 6. ff. deposit.* Arrestum non fit custodiæ causa, nec in re litigiosa solummodò; sed tam in personam, quàm in rem quamlibet, etiam non litigiosam, exercetur. In arrestis siquidem alicui à Magistratu interdicitur, ne excedat ex eo loco, in quo inventus est, nisi rebus cum eo compositis, qui de illo apud judicem questus est. *Pyrrhus d. cap. 12. eumque laudans Cludius d. tractat. de jure sequestrat. cap. 2. num. 6.* Vide Berlichium *part. 1.*
63 *conclusion. practicabil. conclus. 50. & 51.* Sic à sequestratione missio in possessionem ex primo decreto plurimùm differt: quoniam illa tam partium conventione, quàm judice auctore fieri potest: hæc nunquam sine judicis decreto & cognitione. *l. jubere. 4. ff. de jurisdict. l. dies. 4. §. 1. §. duas. 3. §. hoc autem 8. ff. de dam. infect. l. 2. ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Missus insuper in possessionem ex primo decreto, maximè in actione reali, post annum verus possessor efficitur. *l. possideri. 3. §. ultim. ff. d. tit. c. quoniam. 5. §. in aliis verò ext. ut lit. non contest. non procedat.* In sequestratione autem hoc legibus cautum non reperitur. *Innocent. in c. ex literis. 2. num. 2. ext. de dol. & contumac. Angel. in l. si quis emptionis. 8. §. sed & si quis. num. 5. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. Alexand. in d. l. interesse. 39. num. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess. Coler. d. part. 1. de process. execut. cap. 2. num. 66.* Adhæc in possessionem missio non tantùm ei, qui missus est, sed & aliis, eandem causam habentibus, prodest, nocetque. *l. cum unus. 12. ff. de reb. auctorit. judic. possid.* Sequestrum verò prodest nocetq; tantùm deponentibus. *d. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. D. Gœddaeus ad d. rubric. de sequestrat. possess. & fruct. numer. 21.* Hoc ampliùs sequestratio fit penes tertium, qui non est in lite. *d. l. sequester. 110. & ibi Alciat. num. 2. ff. de verb. sign.* Sed missio in possessionem uni ex litigatoribus decernitur. Creditor etenim seu actor in possessionem rei mittitur. *d. c. quoniam. 5. §. in aliis. ext. ut lit. non contestat. non proced. dict. l. 3. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess. c. 1. ext. de dol. & contumac.* Denique missus in possessionem ex primo decreto jus pignoris prætorii consequitur. *l. si finita. 15. §. ex hoc edicto. 11. ff. de dam. infect. l. 1. & 2. C. de prætorio pignor. c. fin. ext. de eo, qui mittitur in possess. &c.* In sequestro autem nihil juris in sequestrem transfertur. *d. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. Clud. prædicto c. 2. n. 19. ubi hanc rem persequitur latiùs.*

Dividitur vulgò sequestratio in voluntariam sive 64
conventionalem, & necessariam sive judicialem seu prætoriam. Voluntaria est rei litigiosæ depositio, quæ fit merâ partium litigantium voluntate ac conventione. *l. ei apud quem. 5. §. 1. ibi, cum sequestre convenit. & §. 2. ibi, qui eum elegerant. l. propriè. 6. ibi, certâ conditione custodiendum traditur. l. licèt. 17. §. 1. ibi, id enim agitur eâ depositione. ff. depositi. l. si qua sunt. 5. ibi, ex consensu eligendus est amicus. ff. familiæ ercisc. l. interesse. 39. ibi, qua mente apud sequestrum deponitur. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. postquam. 5. §. 1. vers. sed si nec ipsi. ff. ut legator. seu fideicommissor. servandor. caus. cav. l. si soluturus. 39.*
in fin. ff. de solutionibus. Necessaria perhibetur, quæ 65
à judice, adhibitâ causæ cognitione, decernitur. *l. unic. ibi, sequestrationis necessitas. C. de prohibit. sequestrat. pecun. l. si fidejussor. 7. §. ultim. ibi, si hoc judici sederit. ibique Costalius. ff. qui satisdare cogant. cap. 1. 2. & 3. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Clement. unic. eod.* Atque hanc sequestrationis partitionem quamvis Clarissimus Dn. Bocerus, Collega meus, ut non satis logicam, aliquatenus rejiciat. *class. 2. Disput. 20. thes. 13. & Disput. 11. th. 17. edit. 2.* ego tamen eam, tanquam prædictarum legum auctoritate satis suffultam, concordibus omnium ferè Interpretum, tam veterum, quàm neotericorum, calculis receptam, tot seculis approbatam, & quasi usu præscriptam omnino retinendam judico, *argument. l. minimè. 23. & l. si de interpretatione. 37. ff. de legib. l. 1. vers. sanè crebrior. ff. de offic. quæstor. & l. si idem. 11. ibi, Sabino, Cassio, Proculo placuit. ff. de jurisdict.* Eandem quippe probant & tuentur, *Iacobus de Arena in tractat. de sequestrat. numer. 2. & 3. Azo ad tit. Cod. de prohibit. sequestrat. pecun. numer. 3. Iason. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisdare cogant. Corasius lib. 3. Miscellan. jur. civil. cap. 2. numer. 1. Mynsinger. centur. 5. observat. 35. Gail. in tractat. de arrest. cap. 12. num. 1. Schneidewinus in hoc nostro §. num. 5. Sebast. Medic. in tract. de conservand. possess. gloss. 2. part. 1. numer. 289. Sichardus numer. 4. & Gilkenius numer. 2. ad tit. C. de prohibit. sequestrat. pecun. Colerus de process. execut. part 1. cap. 2. num. 55. Giphanius in Commentar. de divisionib. jur. thes. 97. Vultejus lib. 1. Iurisprud. Roman. cap. 33. num. 3. Gœddaeus ad cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. numer. 79. cum seqq. Cludius in tractat. de jure sequestrat. cap. 3. numer. 2. Hackelman. Disp. 9. thes. 14. lit. a. Pauman. d. tract. de sequestris. cap. 2. Stuckius part. 1. Exercit. Iustin. decad. 10. assert. 6. lit. K. Arnold. Vinnius lib. 4. Iurisprud. contracta. cap. 8. pag. 247. Steinhaussen in Paratitl. ff. depositi. numer. 6. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 3. part. 4. quæst. 3. pag. 947. & seq. Dn. Collega Besoldus & Kirner. d. disp. de jure sequestrationis. th. 24. cum seq. aliiq; ab iis citati.*

66 Verum huic divisioni, pluribus non solùm legum
momentis stabilitæ, sed etiam non contemnendis
magnorum & omnium ferè (*ut paulò antè dictum*)
Jurisconsultorum auctoritatibus corroboratæ, no-
viter repugnat Dn. Bocerus, Jurisconsultus haud in-
celebris, *in hoc §. nostro. numer. 67. & seqq. pag.* 200.
Rationes ipsius quibus ad impugnandam hanc re-
ceptam divisionem utitur, admodum frigidæ sunt,
& in hoc potissimùm consistunt: Depositum & sic
etiam sequestratio, est contractus. At sequestratio
necessaria non est contractus: cum in eâ non inter-
veniat consensus partis, utpote quæ judicis fit aucto-
ritate. Ergo sequestratio necessaria non est deposi-
tum: & consequenter nec sequestratio. Sed ad hanc
& similes objectiunculas sufficienter respondet
67 Hunnius, *dicto loco*. Nempe negatur minor propo
sitio. Nam etiam in sequestratione necessariâ inter-
venit consensus, si minus expressus, saltem tacitus:
quandoquidem sequestrationi causam præbens, ta-
citè ipso facto in sequestrum consentit. Non igitur
deficit contractus, utcunque judicis auctoritas in-
tercedat: sicuti nec stipulatio prætoria, quæ jussu
prætoris interponitur, definit contractus esse, licèt
capris pignoribus quispiam ad eam cogatur. Cæte-
rùm quod attinet ad Bocerianã sequestrationis di-
visionem, qua eam in propriam, & quasi sequestra-
tionem dispertit: quoniam ea satis, solideque con-
futata est à D. Gœddæo, *in repetitione d. cap. 1. de se-
questrat. possess. & fruct. num. 8. pag. 117. edit. 2.* de illa
plura dicere supersedeo.
68 Porrò voluntariam seu conventionalem seque-
strationem semper & ubique permissam esse, præ-
allegati Interpretes uno ore attestantur, *argument.
dict. leg. ei, apud quem. 5. §. 1. & l. seq. ff. deposit. dict. leg.
interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. in commo-
dato 17. §. sicut. 3 ff. commodat. dict. leg. si qua sunt. 5. ff.
famil. ercisc. & similium. Baldus & Salicet. num. 3. in*
69 *dict. leg. unic. Codic. de prohibit. sequestrat. pecun.* Hu-
jusque assertionis ratio manifesta est: quia rerum
suarum quilibet liberam habet moderationem, li-
berumque arbitrium. *l. in re mandata. 21. Codic. man-
dat. l. sed & si 25. §. consuluit. 11. ibi, dum re sua se abuti
putant. ff. de heredit. petit.* & contractum inire, in
cujusvis positum est voluntate. *l. sicut. 4. C. de obligat.
& actionibus.* jurique pro se introducto quisque re-
70 nunciare potest. *l. penult. C. de pact.* Nec oberit, si
objiciatur, quòd à judice fieri nequit, id nec à pri-
vato privata conventione fieri posse: proindeque
sequestrationem etiam, quam judex regulariter con-
cedere non potest, nec à partibus posse concedi, *ar-
gument. l. 3 ff. de testib. l. non videntur. 167. §. qui jus-
su. & l. u damnium. 169. ff. de regul. jur.* Nam respon-
detur: multa posse fieri à privato privata conven-
tione, quæ judex facere non potest. *Verbi gratia*:
partes contrahentes certam pœnam conventione
constituere possunt, ubi nulla est. *l. magnam 12. Cod.
de contrah. & committ. stipulat.* judex non potest. *l.*
71 *1. §. quorum. 4. ff. ad senatusconsf. Turpill.* Sic partes
possunt testi juramentum ab eo præstandum remit-
tere. *c. tuæ. 39. ibique glos. ext. de testibus. l. ult. in fine.
Cod. de temporib. appellation. Iohan. Ferrar. Papiens. in
forma oppositionis contra testes. in verb. & non jurati.
numer. 2.* judex non potest. *l. jurisjurandi. 9. Cod de
testib. can. hortamur. 19. caus. 3. quæstion. 9. c. nuper
nobis. 51. ext. de testib.* Sic quoque alter litigantium
rectè se adstringit ad dictum & testimonium adver-
sarii, ut eo absolvatur, vel condemnetur. *l. cum pro-
ponas. 6. & l. delata. 9. C. de reb. credit. & jurejur. l. fin.
Cod. de fideicommiss. c. Quinta vallis. 23. ext. de jure
jur.* idem judici concessum non est, *argum. l. prola-
tam. 1. C. de sentent. & interloc. om. jud. l. fin. C. de rei
vindicat. Gœddæus ad d. cap. 1. de sequestrat. possess. &
fruct. num. 105.* Ex contrario multa judici sunt per- 72
missa, quæ partibus sunt prohibita: veluti, Judex
potest sententiam interlocutoriam revocare: quia
ea, quoad judicem, nunquam transit in rem judica-
tam. *l. quod jussit. 14. & ibi Bartol. Alexand. Gothofre-
dus & Dd. communiter. ff. de re judicat. Maraut. in
tract. de ordine judicior. part. 6. tit. de sententia. num. 7.*
At partibus id non est licitum: quoniam sententia
interlocutoria, quoad partes, in judicatum facit
transitum, *argum. c. cum cessante. 60. ubi glos. & Pa-
normitan ext. de appellationib. Iason in d. l. quod jussit.
14. num. 17. & seq ff. de re judicat.*
In tantum autem sequestratio voluntaria legibus 73
est permissa, ut interdum lex ipsa rem litigiosam
sequestrò ponere hortetur. Etenim si plures sint
coheredes, communia hereditaria instrumenta ha-
bentes; utile visum est, ut inter eos conveniat,
hæc apud majoris partis heredem, vel quem major
pars elegerit, deponere. *d. l. si qua sunt. 5. ff. famil. er-
cisc. Celer. d. part. 1. de processib. execut. cap. 2. num. 123.*
Sic etiam, si legatorum, fideique commissorum causa
caveri oporteat: probatum est, ut virum bonum ab
utraque parte eligant, apud quem, ut sequestrem,
fructus deponantur. *d. l. postquam. 5. §. sed si nec ipsi ff.
ut legator. servand. caus. caveat.* Cæterùm neces- 74
sariam sive judicialem rerum tam mobilium, quàm
immobilium, tam corporalium, quàm incorpora-
lium & quantitatum sequestrationem, non solùm
civili, sed & canonico jure regulariter prohibitam
vetitamque esse, crebrius, & meritò quidem (fru-
strà reclamantibus Johanne Roberto *libr. 1. senten-
tiar. jur. cap. 5.* Cujacio *in Paratitl. Cod. de prohibit.
sequestrat. pecun.* Fornerio *in d. l. sequester. 110. ff. de
verb. significat.* & novissimè Schrotero *diatribar. do-
mestic. decad. 7. quæst. 5.*) obtinuit *d. cap. 1. ibi, pro suo
arbitrio sequestrari. & ibi. mandato sequestrationis pe-
nitus revocato. de sequestrat. possess. & fruct. cap. 1. ut
lite pendente nihil innovet. d. l. unic. C. de prohibit. se-
questr. pecun. ibique Azo, Bartol. Bald. Salicet. Dua-
ren. & Sichardus, Rebuffus in d. l. sequester. 110. §.
prima ergo sit conclusio. & ibid. Alciatus & Brechæus.
ff. de verbor. signific. Hunnius d. libr. 3. var. resol.
tract. 3. part. 4. quæst. 4. pag. 949. cum seq Gail in
tract. de arrestis. capit. 1. numer. 7. Mynsinger. d. cent. 5.
obs.*

obs. 35. pluresque alii, quos laudant & sequuntur D.
Gœddæus ad d. c. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 83.
& Cludius d. tr. de jure sequestrat. c. 4. numer. 2. i-
temque Knip*schildt. exercit. 4. q. 8. pag. 133. & seq.*

Conclusionis hujus rationes adferri solent multi-
75 plices. I. Quia nemo in possessione sua, ne rescri-
pto quidem supremi Principis, est turbandus. *l. me-*
minerint. 6. C. unde vi. l. si quis. 7. C. ad L. Iul. de vi
publ. cap. 1. ut lite pendente nihil innovet. c. conqueren-
te. 7. & ibi Panormitan. numer. 7. de restitut. spoliator.
Sequestrationem autem esse quandam possessionis
turbationem, vel ex eo liquescit, quod possessor rei
controversæ sive litigiosæ sequestratæ fructus non
percipit, sed penes sequestrem manent: *idque plu-*
ribus probat Wesenbecius consil. 7. numer. 4. & 7.
76 II. Quia ab executione processum inchoari, juri
minimè congruit. *l. 1. ibique Dd. C. de execut. rei ju-*
dicat. adeò, ut etiam sententia, contra ordinem ju-
ris notorium lata, ipso jure nulla existimetur. *l. pro-*
latam. 4. Cod. de sentent. & interlocut. om. jud. Atqui
sequestrationem esse quandam executionis speciem,
negari non potest: *uti tradiderunt Francisc. Curt.*
de sequestrat. numer. 75. & Colerus d. part. 1. de pro-
77 *cess. execut. c. 2. numer. 81.* III. Quia nullus con-
tractus sine consensu, vel vero, vel præsumpto per-
ficitur. *l. 1. §. conventionis. 3 ff. de pact. l. 2. l. 3. & 4. ff.*
de oblig. & act. Ast in sequestro judiciali nec verus,
nec præsumptus consensus interponitur: nisi lex
expressa, qua hic destituimur, eum suppleat, & ines-
se præsumat: quoniam facti est magis, quam juris. *l.*
consilio. 7. §. ult. ff. de curatorib. furioso, & aliis, &c.
78 Ergo judicialis sequestratio, utpote quæ species
contractus est, fieri regulariter non potest. *Hœnon.*
disputat. 13. controvers. 13. IV. Quia non solum
juris ratio dictitat, ut actor, qui reum sibi condem-
nari cupit, intentionem suam plenè probet. *l. 2. & l.*
quingenta. 12. ff. de probationib. l. actor. 23. C. eod. l. qui
accusare. 4. C. de edend. d. l. unic. C. de prohibita se-
questrat. pecunia. verùm etiam ipsa æquitas hoc per-
suadet. Iniquissimum namque foret, lite super re
quadam motâ, & actore nihil probante, sicque reo
non convicto, rem litigiosam reo adimere, & ter-
tio tradere. Alias quilibet litem intendere, &
commodum possessionis alteri eripere posset. Ist-
hæc autem juris ratio & æquitas, quæ sequestratio-
nem prohibent, non tantum in actionibus in per-
79 sonam, sed & in actonibus in rem militant. Tam
enim is, qui fundum, domum, vestem, & aliam
rem ut suam petit. *l. 2. l. proprietas. 4. l. sive possidea-*
tis. 16. & l. ad probationem. 21. C. de probationibus
quàm ille, qui certam pecuniæ quantitatem postu-
lat, probationibus obnoxius est, *l. 1. l. rationes. 6.*
80 *& l. cum res. 12. C. eod. tit.* V. Quia nemini pos-
sessionis suæ commodum absque legitima causæ co-
gnitione adimi debet. *d. l. meminerint. 6. C. unde vi.*
& d. l. si quis. 7. C. ad lege Iul. de vi publ. d. c. conque-
rente. 7. & passim. ext. de restitut. spoliator. Est quip-
pe commodum possessionis maximum. *§. retinendæ.*
4. vers. commodum. infr. de interdictis. Ideòque
Accursius eum, qui possidet, beatum pronuncia-
vit; *in §. si judex. 2. vers. si tres vel plures. super*
verbo, requirat. tit. de pace tenend. & eius violato-
ribus. Nam qui possidet rem, non modò eius fru-
ctus percipit: sed & adversarium facit actorem,
eoque non probante, qui possidet, absolvitur. *dict.*
§. retinendæ. 4. vers. commodum. infr. de interdict. l.
ult. C. de rei vindicat. In pari quoque causa pro
possessore judicari consuevit. *l. si à sede. 31. de præ-*
bendi. in 6. & c. in pari. 66. ff. de reg. jur. eod. libro.
Quin & qui possidet, usucapiendi habet conditio-
nem, & rei dominium per possessionem acquirit. *l.*
Paulus respondit. 12. §. 1. ff. quibus mod. pign. vel hy-
poth. solvit. l. 3. ff. de usurpat. & usucap. l. unic. C. de
usuca. transformand. & similibus. Prætereà qui rem
possidet immobilem, à præstatione cautionis judi-
cio sisti est immunis, *l. sciendum. 15. in princ. ff. qui*
satisdar. cogant. Sic, duobus habentibus causam
ab uno, is, qui possidet, vel cui res est tradita, alteri
præfertur. *l. si ea res. 31. §. uterque. 2. ff. de actionibus*
empt. l. sive autem. 9. §. si duobus. 4. ff. de Public. in
rem act. l. quoties. 15. C. de rei vind. Insuper ille, qui
possidet, dominus præsumitur, *arg. l. 1. §. 1. ff. famil.*
ercis. l. sive possidetis. 16. C. de probationibus. Accurs.
in l. sicut, 8. §. sed si quæritur. super verb. possessoris. ff.
si servitus vindicet. Cæterùm hisce, aliisque possessio- 81
nis commodis ac emolumentis, maximè secundùm eos,
qui per sequestrationem in sequestrem possessionem
transferri opinantur (*quâ de opinione inferiùs suo lo-*
co, numer. 132.) possessor privaretur. VI. Quia si-
cuti à capturâ personæ non debet incipi processus,
argumentum. l. 2. C. de exactoribus tributor. & l. 2. ob
æs alienum. 12. C. de obligat. & actionibus ita nec à se-
questro, quod nihil aliud, quàm captura rerum de-
bitoris, reputatur. *Bald. in l. consentaneum. 8. n. 32.*
C. *quomod. & quando judex sententiam, &c. Coler.*
part. 3. de processibus execut. capit. 11. numer. 57. &
seq. VII. Quia quod favore alicuius introductum 82
est, id alio modo in ejusdem odium non est retor-
quendum. *l. quod favore. 6. C. de legibus.* At si se-
questratio rerum, in controversiam vocatarum, an-
te sententiam & plenam dominii probationem sem-
per fieri posset: non solum possessionis commodum
reo invito auferretur; sed qui favore esset efficien-
dus, odio prægravaretur: cum tamen favorabi-
liores rei potius, quàm actores, habeantur. *l. favora-* 83
biliores. 115. ff. de regul. jur. VIII. Quia denique si 84
cuique possessori jura permittunt resistere vim infe-
renti, vel possessionem avellere conanti. *l. quemad-*
modum. 29. §. 1. ff. ad l. Aquil. l. ut vim. 3. ff. de ju-
stit. & jur. cum concordantibus. quomodo adversus
eundem hanc possessionis turbationem sive seque-
strationem admittent? *D. Gœdd. in repetitione d.*
cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. numer. 83. Ex
quibus rationibus quovis electro dilucidius evadit:
necessariam vel judicialem omnium omnino rerum

sequestrationem, tam jure civili, quàm pontificio, regulariter esse prohibitam.

85 Huic ita firmatæ decisioni seu regulæ primò non obstat, quòd Impp. Honorius & Theodosius non cujusque rei, sed pecuniæ tantùm sequestrationem prohibuerunt, tum *in rubrica tit. C. de prohibita sequestratione pecuniæ*. tum ipso nigro sive textu, *ibi, ex quolibet contractu pecunia*. & in fine ibi, *pecuniam petiturus*. Nam, ad hujus objectionis resolutionem,

86 sciendum est: quod pecuniæ verbum trifariam in jure nostro accipiatur. Primùm enim strictè sumitur, & pecuniam duntaxat numeratam seu signatam denotat: idque præcipuè fit, quando hoc epitheton, *numerata*, aut *signata*, verbo pecuniæ adjicitur, aut significatio ista ex re subjecta colligitur, *arg. l. pecunia verbum*. 178. *ff. de verbor signific. l. item si filius familias*. 7. §. *mutui*. 3. *ff. ad SC. Macedonian. l. si quis*. 4. §. 1. *ff. de reb. credit. Gœddæus ad l. pecunia*. 4. *numer*. 35. *ff de verb. signif*. Deinde latè accipitur, pro rebus, pondere, numero, mensurave constantibus, *ut in l. legata*. 19. *& l. talis*. 30. *in princ. ff de legat*. 1. *l*. 2. §. *creditum*. 3. *& l. singularia*. 15. *ff. de, reb. credit. Iohan. Gnidius in tract. de mineralib. lib*. 3 *de moneta. tit*. 9. *num*. 5. *pag*. 109. Tertiò capitur latissimè, pro omni re, quæ in patrimonio nostro esse potest, tam mobili, quàm immobili, sive sint corpora, sive jura, *d. l. pecuniæ verbum*. 178. *& l pecuniæ nomine*. 222. *ff. de verb. signific. l*. 1. *C. de constit. pecun. l. in illa stipulatione*. 50. *ff. de verbor. obligat. l. si creditor*. 37. *in princip. ff. de pecul. l. liber homo*. 20. §. 1. *ibi*

87 *quanta pecunia ff. de stipulation servor*. In hac autem latissima significatione, pecuniæ verbū in dubio accipi oportere, post Alciatum, Rebuffum & Brechæum, à se allegatos, ostendit Gœddæus *in repetit. d. cap*. 1. *de sequestrat. possess. & fruct. numer*. 92. *per d. l. pecunia*. 178. *ff. de verb. significat*. Adde Rener. Budel. *de re numar. libr*. 1. *cap*. 1. *numer*. 46. *& seq*. itemque Kitzelium *in tract. de jure monetar. clas*. 1. *theorem*. 4. *lit. H. & l. pag*. 43. Nihil ergo vetat, quò minùs eodem generali sensu verbum illud *in d. tit. C. de prohibita sequestrat. pecun*. accipiatur: & consequenter, non solum pecuniæ numeratæ, vel rei, quæ pondere, numero, aut mensura constat; sed omnium etiam rerum, tam soli, quam mobilium, tam incorporalium, quam corporalium, sequestrationem judicialem prohibitam esse, concludatur.

Nec urget quicquam, quòd præfati Impp. *in d. l. unic. C. de prohibit. sequest. per* verbum *pecunia* adjecerint, idque repetierint. Illud etenim, ut latissimum, non restringendi vim; sed potius generalem prohibitionem extendendi, naturam habet: cumque verisimile non sit, Imperatores in inscriptione sive rubrica superfluis voluisse uti vocibus: perspicuum sit, non temere & absque singulari efficacia ac virtute, pecuniæ verbum ab Impp. illic ad-

88 jectum & geminatum fuisse. Adde, quod verba generalia in potiore significatu, & cum effectu sunt accipienda. *l*. 1. §. 2. *quod quisque jur. in alter. statuer. l. si per alium*. 5. §. 2. *ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur, &c. l*. 1. §. *ultim. ff. si ager vectigalis, &c*. Neque verò pro vanâ aut superflua adjectione haberi potest illud, quod singularem aliquam virtutem & efficaciam continet? & dubium, quod obstabat, quadantenus tollit, *argument. l. si stipulatus*. 4. *ff. de usur. l. si quando*. 109. *in princip. ff. de legat*. 1. *Zos. consil*. 3 *num*. 47. *volum*. 1. *Clud. in tractat. de jure sequestrat. cap*. 4. *num*. 34.

Secundò, non adversatur, quod de ordine titulorum à dissentientibus affertur: videlicet in libro quarto Codic. præcedere titulos, *de rebus creditis*; *si certum petatur*; *& de suffragio*: deinde subjici titulum, *de prohibita sequestratione pecuniæ*: & sequi titulum, *de condictione indebiti*: titulos autem, *de rebus creditis, de suffragio, ac de condict. indebit*. ad materiam pecuniæ creditæ spectare: proindeque titulum quoque, *de prohibit. sequestrat. pecun*. qui istis includitur, ad eandem materiam pertinere: atque adeò in actionibus personalibus tantummodo locum obtinere. Hoc, *inquam*, non adversatur: Tum 89
quia negari nequit, & res ipsa loquitur; in Codice nostro Justinianeo non ita exactam methodum & ordinem, ut in Pandectis, esse servatum; sed in eo singula facta & species, pro re natâ incidentes, decidi: *sicuti monet D. Wesenbecius in Oeconomia Codic. in præfatione*. Tum quia ordo ille libri quarti Codic. generalem sequestrationis prohibitionem non impedit, sed potius confirmat. Siquidem *in titul. de suffragio*, qui proximè præcedit titulum, *de prohibit. sequestrat. pecun*. non solùm tractatur de rebus, pondere, numero, mensurâ consistentibus, suffragii causâ datis; verum etiam de cæteris corporibus, tam immobilibus, quàm mobilibus, seseque moventibus. *l. unic*. §. 1. *&* §. 2. *C. de suffragio*. Similiter titulus, *de condict. indebit*. qui immediatè sequitur titulum, *de prohibit. sequestrat. pecun*. omnes omnino res, immobiles, mobiles, & se moventes complectitur; easque omnes in condictionem indebiti veniunt. *l. qui promisit*. 48. *l. fideicommissum*. 62. *& fin. ff. de condict. indebit. l*. 2. *& l. fideicommissum*. 7. *C. eod. Gœdd. ad d. c*. 1. *de sequestrat. possess. numer*. 93.

Tertiò, non obsistit, quod *dict. lex. unic. Cod. de prohibit. sequestrat. pecun*. pertineat ad correctionem 90
l. 1. *C. Theod. si certum petatur de chirographis. libr*. 2. *tit*. 27. qua lege uno casu admittebatur pecuniæ creditæ sequestratio, nempe quo quæstio inter debitorem creditorem & exoriebatur de falso chirographo. Hoc Impp. *in d. l. unic. Cod. de prohibit. sequestrat. pecun*. emendarunt, & generaliter, pecuniæ creditæ sequestrationem prohibuerunt. Unde dicendum videtur; constitutionem istam. *l. unic*. ad pecuniam creditam, sicque actionem in personam solummodò pertinere. Illud, *inquam*, non obsistit. Licèt enim concedatur, dictam *l. unic*. pertinere ad emendationem dictæ *l*. 1. *C. Theod. si cert. pet. de chirograph*. ob id tamen generalis prohibitio

91 bitio sequestrationis non restringitur. Nam certi petitio non tantum persequitur res in quantitate existentes, sed quaslibet etiam alias, vel mobiles, vel immobiles, quæ in stipulationem, permutationem, transactionem, aliumve similem contractum, vel quasi contractum veniunt. *l. certi condictio. 9. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. 1. ff. de condict. triticiar. l. stipulationum. 74. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. scire. 6. Codic. de contrah. & commutt. stipulat.* Ex chirographo autem tam res immobilis, quàm mobilis, sive quantitas ac pecunia numerata deberi potest. *dict. leg. unic. §. 1. & 2. C. de suffragio. l. penult. ff. qui testamant. facere possunt.* Ideoque *dict. lex. unic. Cod. de prohib. sequestrat. pecun.* ad quantitatem duntaxat nequaquam restringenda est. Imò ut generalis prohibitio appareret; pecuniæ vocabulum tanquam latissimum, inscriptioni sive rubricæ ejusdem legis est adjectum. *Gœdd. ad d. c. 1. 1. de sequestrat. possess. numer. 94. Clud. d. tract. de jure. sequestrat. capit. 4. numer. 41.*

92 Quartò, non refragatur, quòd in *d. l. unic. C. de prohib. sequestrat. pecun. & toto libro 4. Codic.* de actionibus solummodò personalibus, non item de actionibus realibus, agatur: ac propterea quod de actionibus in personam ibidem constituatur, ad actiones in rem non sit extendendum: cum istæ actiones toto inter se cœlo differant. *§. 1. infr. de actionib. l. actionum. 25. in princ. ff. de obligat. & actionib.* Posito namque, sed non concesso, in *d. l. unic. C. de prohibita sequestrat. pecun. & toto libro 4. Codic.* agi tantùm de actionibus in personam: attamen inde haud convincitur, sequestrationem judicialem in actionibus realibus esse permissam. Rationes siquidem, quæ ab Impp. illic adferuntur, & quæ superiùs *numer. 75. & seqq.* recitatæ sunt, tam in actionibus in rem, quàm in actionibus in personam procedunt. Quemadmodum enim in actionibus in personam actor probationes adferre, reumque convincere debet: ita quoque in actionibus in rem. *dict. l. 1. d. l. 2. d. l. 4. d. l. 6. 12. 16. & 21. Cod. de probationibus.* Et quemadmodum in actionibus personalibus processus initium ab executione non est faciendum: ita nec in actionibus in rem *d. l. 1. Cod. de execut. rei judicat.* Sicut etiam in actione in personam actor reum in possessione turbare, eique commodum possessionis eripere non potest: ita quoque in actione in rem *d. l. meminerint. 6. C. unde vi. & juribus similibus*

93 *prællegatis.* Potius itaque locum hic sibi vindicabit illud notissimum axioma: ubi eadem est juris ratio, ibi quoque idem jus est statuendum *l. quædam. 9. §. nummularios. ff. de edend. l. illud quæsitum. 32. ff.*

94 *ad l. Aquil. l. non possunt. 12. & l. seq. ff. de legib.* Unde ratio legis, censetur anima legis: imò pro ipsa lege habetur: & jus supplere dicitur. *l. cùm mulier 47. ff. solut. matrimon. l. cum ratio. 7. ff. de bon. damnat. l. scire. 13. §. aliud. 2. vers. sed etsi maximè. ff. de excusationibus can. consuetudo. 5. Distinct. 1. Bald. in l. si quis servo. 20. numer. 7. C. de furt. Panormitan. in c. ratio nulla. 3. ext. de præbend.* Præterea æquitas, quæ ab Impp. *in d. l. unic. C. de prohibit. sequest. pecun.* adducitur, & quæ sequestrationem impedit, non solum in actionibus personalibus, sed etiam in realibus locum habet. Nam sicuti æquum est in actionibus in personam, ut actor probationes secum adferat, & reum convincat, nec ab executione initium processus faciat, reumve in possessione turbet: ita quoque in actionibus in rem, utpote quæ eundem desiderant processum, æquum hoc esse dicendum est. Quare hic rursus trito illi axiomati locus erit: 95
ubi eadem est æquitas, ibi semper idem jus esse debet. *l. à Titio. 108. ff. de verb. obligat. & d. l. illud. 32. ff. ad leg. Aquil. Bald. in l. si quis. 8. numer. C. de interdict. matrim. inter pupil. & tutor. &c.* Et quemadmodum ratio; ita etiam æquitas jus supplet. *l. 2. §. item Varus. 5. in fin. ff. de aqua, & aqua pluv. arcend. l. placuit. 8. ubi Iason. C. de judic. Wesenbec. consil. 2. numer. 2.* Imò æquitas regina juris vocatur. *Zas. in l. si insulam. 84. numer. 11. ff. de verbor. obligat. Matth. Color. de process. execut. part. 1. cap. 9. num. 31.* Cùm ergo ratio & æquitas juris eadem militet in realibus, quæ in personalibus actionibus: rectè concluditur, tam in illis, quam in his sequestrationem prohibitam esse. *Clud. d. tractat. de jur. sequestrat. cap. 4. numer. 27.*

Quintò, non resistit, quòd Honorius & Theodosius Impp. *in d. l. unic. C. de prohibit. sequest. pecun.* de pecunia ex quolibet contractu debita; sicque tantum de actionibus in personam, quæ ex contractibus oriuntur, loquantur. *§. 1. infr. de actionib. l. actionum. 25. in princ. vers. in person. ff. de obligationib. & actionibus.* Quamvis enim id concedatur: tamen & illud vicissim concedi necesse est: quod ratio decisioni annexa generalis sit, adeòque non solùm ad contractum, vel quasi contractum, ex iisque descendentes obligationes & actiones personales: verùm etiam ad quamcunque aliam petitionem ac vindicationem, actionesque reales pertineat, *veluti ex paulò ante dictis clarissimè constat.* Sic parùm ad rem 97
facit, quòd Impp. *in dict. leg. unic.* aliquoties verbo, *debitoris*, utantur: verbum autem *debendi*, ad personales solummodo actiones referendum videatur: cum actionibus istis persequamur res nobis debitas: actionibus verò realibus, res nostras. *d. §. 1. infr. de actionib. l. in rem. 32. ff. de rei vindic.* Etenim verbum *debere* omnem omnino actionem; atque ita tam realem, quàm personalem complecti, enitescit *ex l. pecunia. 178. §. fin. ff. de verbor. significat. & uberiùs explicamus infrà ad princip. tit. de actionibus. num. 32. & seq.* Minùs movet, quòd memorati Impp. vocabu- 98
li *solutionis* mentionem faciant: solutio autem actiones duntaxat in personam respiciat: cùm solutio nihil aliud, quàm obligationis liberatio in actione personali, esse putetur, *argum. l. solutionis. 176 ff. de verborum significat. & l. solutam pecuniam. 49. in princip. ff. de solut. & liberat.* Certum namque est, verbum *solvendi*

solvendi generale esse; & tam in rem, quàm in personam actionibus convenire. Siquidem non tantùm quod nobis debetur; sed & quod nostrum est, solvi nobis dicitur. *l. pignorib. 22. C. de usuru. Clud. d.c 4. num. 31.*

100 Sextò nihil planè decerpit nostræ sententiæ: quòd quilibet rei suæ liber sit moderator & arbiter, *vulgatâ l. in re mandata. 21. C. mandat.* Res autem, quæ actione in rem petitur, fit actoris: ac proinde quando actor rei suæ litigiosæ sequestrationem petit, cōcedenda & permissa sequestratio videatur. *Quandò quidem* breviter respondetur: dictam *l. 21. Cod. d. titul.* procedere in iis, qui absque contradictione plenum alicujus rei habent dominium. Hi liberam rerum suarum moderationem, liberumque arbitrium obtinent: secus est in illis, qui res adhuc controversas & litigiosas petunt, *argumento totius tit. C. de litigiosis.*

101 Septimò, non evertit decisionem nostram hæc argumentatio: ubi ratio est diversa, ibi quoque diversa est juris dispositio, *prædict. l. illud. 32. ff. ad leg. Aquil.* Atqui inter quantitatem & corpus est diversa ratio: quoniam quantitas corpus non habet; ac ideo non potest interverti, aut corrumpi; & consequenter nec sequestrari. Reliquæ verò res corpus habent, & interire possunt: ac ea propter sequestrantur. Ergo quod de quantitate *in d. l. unic. C. de probib. sequestrat. pecun.* asseritur, malè ad corpora extenditur. Hæc, *inquam*, argumentatio decisionem nostram non evertit. Etenim negatur; inter quantitatem & corpus diversam hîc juris rationem

102 esse. Is siquidem præcipuus sequestrationis censetur finis: ne actio instituta vel instituenda reddatur inanis: sed ut salvum maneat jus actoris, isque in casu victoriæ possit consequi, quod actione institutâ petiit, vel petere destinavit. Nemo autem sanus facilè inficias ibit: debitorem alicujus quantitatis bona sua, quibus isthæc quantitas inest, ita dissipare, profundere ac perdere posse, ut ampliùs non sit solvendo, & facultatem solvendæ quantitatis debitæ amittat: atque adeò actio instituta inanis prorsus &

103 elusoria reddatur. Sed & *pecunia* verbum *in sæpe allegata l. unic. Cod. de prohib. sequestrat. pecun.* ita strictè pro re invisibili ac incorporali, quantitate nimirum, non est accipiendum: sed potiùs pro corpore, quod pecuniæ verbum continet & importat, quodque tangi & apprehendi potest. Alias enim si rem saltem incorporalem atque invisibilem denotaret: insulsa, ac ridicula videretur sequestrationis prohibitio, rei scilicet, quæ in rerum naturâ non existit. *Verùm vide Cludium, ad istud argumentum fusissimè respondentem d. tr. de jure sequest. c. 4. num. 37. & seqq.*

104 Octavò & ultimò nihil negocii facessunt textus plures, quibus sequestratio judicialis in actionibus realibus concessa perhibetur, *l. postquam. 5. §. 1. ff. ut legator. seu fideicommissor. servandor. caus. caveat. l. Imperatores. 21. §. ult. ff. de appellationib. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisdar. cogant. l. si cùm dotem. 22. §. fin autem. 8. ff. solut. matrimon. l. si cujus. 13. §. sed si inter. 3. ff. de usufruct. l. 3. ff. de liber. exhibend. l. ab executione. 5. C. quor. appellat. non recipiunt. l. ultim. Cod. de agricol. & censit. l. ultim. C. de assert. tollend. & l. ult. C. quib. ad libert. proclam. non lic.* Nam in hisce legib' omnibus, & nonnullis aliis, proponuntur casus speciales, qui certas ob causas sequestrationem, quæ aliàs regulariter prohibita est, admittunt; quorum aliquot paulò pòst sum explicaturus. Refutatis itaque plerisque, quæ momenti quid habere videbantur, Adversariorum argumentis: suprà tradita, communiq; Doctorum applausu corroborata, est retinenda conclusio sive regula: qua statuitur, sequestrationem necessariam omnium rerum, tam jure civili, quam Canonico, illicitam esse, atque prohibitam. Hinc 105 fieri solet, ut qui sequestrationem jure factam affirmat, illud demonstrare teneatur. Etenim possessor, cui res per sequestrationem ablata est, probatione non indiget: cùm sufficiat, eum pro se habere regulam, quæ sequestrationem prohibeat. Nam qui regu- 106 lam juris communis pro se habet, intentionem habet fundatam: eique inhærendum tenaciter, donec in contrarium dispositio specialis probetur, *argum. l. ab ea parte. 5. ff. de probationib. l. omnu. 202. ff. de reg. jur. Baldus in l. si tutor. 6. Cod de serv. pign. dat. manum. Decius in l. 1. n. 6. & ibidem Cagnolus num. 21 ff. de regul. jur. Schurff cons. 5. num. 5. cum seqq. & cons. 6. num. 4. & 8. cum seqq. Wesenbec. cons. 7. num. 7. Clud. d. cap 4. num. 44. & seq.* Porrò recensentur plures à Doctoribus casus, quibus etiam judicialis sequestratio licita permissaque judicatur. Ego paucos, eosque præcipuos, & qui communi in hominum usu frequentiùs occurrunt, tantummodò perstingam.

Primus itaque casus sit; si debitor vel reus con- 107 ventus, propter dilapidationem, aut prodigalitatem bonorum suorum, ad inopiam vergat. Tunc n. judex sequestrationem rei litigiosæ rectè decernit: ne judicium elusorium reddatur, & creditor seu actor, etiamsi victoriam reportet, vel nihil, vel parùm in executione sententiæ, à reo convicto consequatur. *arg. l. nam u nullam. 6. ff. de dol. mal. l. Imperatores. 11. §. fin. ibiq; Bartol. ff. de appellationib. cap. 2. & 3. extr. de sequestrat. possess. & fruct.* Fürstlich Württembergisch Erneuert Landrecht. *part. 1. tit. 80. §.* Da aber / rc. *pag. 230. Azo in summa Cod. de prohib. sequestrat. pec. Guido Pap decis. 246. Mynsing. cent. 5. observ. 35. n. 4. Gail. lib. 1. observ. 147. n. 3. & observ. 148. n. 2. Petr. Frider. Mindan. de mand. judic. lib. 2. c. 39. n. 3. D. Collega Magirus in Com. ad l. sequester. 110. n. 5. ff de verb. significat. Camillus Borell. in suis decis. de sequestr. n. 27. & 186.* Et sanè dilapidatio, legitimè probata, sequestrationi locum facit, non solùm in judiciis realibus, putà si aliquis dominium rei mobilis, vel immobilis vindicet; verùm etiam in personalibus judiciis, quando videlicet pecunia, hoc est, quælibet res mobilis, vel immobilis, ex obligatione petitur, *ut notant Francisc. Curtius in tractat. sequestrat. quæst. 6. n. 33. Coler. in tractat. de process. execut. part. 1. cap. 2. num.*

num. 103. *hosque cum aliis citans Cludius in tract. de jur. sequestrat. cap.* 5. *num.* 17. Quo modo autem dilapidatio seu prodigalitas probetur; abundè, post alios, quos allegat, declarat Josephus Mascardus *vol.* 1. *de probationib. conclus.* 515. *& volum.* 3. *conclus.* 1234.

108 Secundus sequestrationis casus est: si reus, nulla immobilia possidens, cum re mobili controversa, de fugâ suspect⁹ sit. Nam tunc ad ejus rei sequestrationem rationabiliter proceditur: ne videlicet creditor re suâ planè privetur. *l. si fidejussor.* 7. *§. fin. ff. qui satisdar. cogant. l. senatusconsulto.* 16. *ff. de offic. præsid. Coler. d. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 100. *Coras. lib.* 3. *miscell. jur. civil cap.* 2. *num.* 9. *D. Bocer. class.* 2. *Disput.* 11. *thes.* 50. *cum seqq. edit.* 2. *Bauman. in tractat. de sequestru cap.* 3. *num.* 1. *Gœdd. in cap.* 2. *de sequestrat. possess. & fruct. num.* 28. *cum seqq. Dornsperger. in syntagm. jur. lib.* 3. *cap.* 10. *de sequestro pag.* 739. *Gilkenius ad d. l. unic. C. de prohibit. sequestrat. pecun. num.* 3. *& seqq.* Imò hoc casu, quo scilicet debitor de fugâ suspectus est, non tantùm sequestratio rerum, sed etiam personarum, concessa intelligitur: adeò, ut debitor fugitivus per creditorem, si præsens sit periculum fugæ, & judicis copia haberi nequeat, propriâ authoritate capi & incarcerari possit, *argum. l. ait prætor.* 10. *§. si debitorem.* 16. *ff. quæ in fraud. creditor. l. generali.* 54. *C. de decurionib. latè Iason in §.* 1. *numer.* 72. *& seqq.*

109 *infr. de actionib. & Gail lib.* 2. *observat.* 44. Cæterum creditor affirmans, debitorem de fugâ suspectum esse, id docere cogitur. *argum. l. qui accusare.* 4. *C. de edend. l. frustrà.* 8. *& l. actor.* 23. *Cod. de probationibus. Bauman. d. tract. cap.* 6. *num.* 4. *& seqq.* Ex quibus verò indiciis suspicio fugæ colligatur, explicuit copiosè *Iohan. Baptista Caccialupus in tract. de debitore suspecto & fugit. quæst.* 1. *item Iacobus Menochius lib.* 2. *de arbitr. judic. quæst. casu* 87. *nec non Mascard. d. vol.* 1. *de probationib. conclus.* 455. *& vol.* 2. *conclus.* 823.

110 Tertius casus, quo sequestratio est permissa, perhibetur: si servus ad libertatem proclamaverit, & dominus in possessione vel quasi servitutis sit. Tunc etenim servi peculium (quod is domini permissu a rationibus dominicis separatum habet. *l. depositi.* 5. *§ fin. l. sed si damnum.* 9. *§. præterea.* 4. *ff. de peculio*) non ad dominum transfertur: sed durante lite, ac donec causa per judicem cognoscatur, penes tertium sequestratur. *l. fin. Cod. de ordine cognit. l. ultim. C. quib. ad libert. proclam non licet. l. unic. §. sin er peculio. Codic. de assert. tollend Coras. d. lib.* 3. *miscellan. cap* 2. *num* 9. *Iohan. Petr. de Ferrar. in sua practic. in form. sequestri seu faximenti. verb. sapiens vir. num.* 2. *fallent.* 3. *Coler. de process. execut. d. part.* 1. *cap.* 2. *numer.* 114. *Hackelman. Disputat.* 9. *thes.* 14. *lit. f.* Quod

111 autem de servo, cujus apud nos hodie nullus ferè est usus, modò dictum est: idem à paritate rationis ad filiosfamilias, monachos, & similes, si de eorum statu agatur, extendi poterit, *tradente Iohanne Petro de Ferrar. loco prællegato.* Quemadmodum enim servus omnia domino: ita filius patri, respectu peculii profectitii, omnia acquirit. *§.* 1. *supr. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. §.* 1. *& §. item vobu.* 3. *supr. per quas pers. cuique acquir. l. acquiritur.* 10. *§.* 1. *& l. etiam invitu* 32. *ff. de acquir. rer. domin. §.* 1. *infrà. de stipulat. server. l. quodcunque.* 45. *ff. de verbor. obligat.* Et sicut servus acquirit domino, *juribus modò adductis*: ita etiam monachus acquirit monasterio, *per notata Panormitani in c. quod à te. num.* 7. *ext. de cleric. conjugat. & Nicolai Everhardi in topic. legalib. loc. à servo ad monach. num.* 3.

Quartus casus sequestrationis est: si de momentaneâ aut litigiosâ possessione lis orta fuerit, & præsens periculum, metusve armorum subsit. Hac utique specie judex tam ad instantiam unius vel alterius partis, quàm ex officio & motu proprio, partibus non petentibus, rem controversam sequestrare; ac deinde cognoscere debet, cuinam momentanea possessio adjudicanda sit: ne scilicet partes ad arma veniant, pacemque & tranquillitatem publicam violent. *Ita sentiunt Dd. communiter: Baldus in dict. leg. fin. Codic. de ordine cognit. huncq; citans Vultejus lib.* 1. *Iurisprud. Roman. cap.* 33. *numer.* 10. *Speculator in tit. de petit. & possess. §.* 1. *numer.* 38. *Hostiens. in sua summa, de sequestrat. possess. vers. duodecimus. Iason in d. l. si fidejussor.* 7. *§. fin. num.* 27. *ff. qui satisdar. cogant. Guido Pap. decis.* 246. *numer.* 5. *Nevisan. in sua sylv. nuptial. num.* 81. *Natta consil.* 121. *Coras. d. lib.* 3. *Miscellan. cap.* 2. *numer.* 9. *Sebastian. Medic. de conservand. possess. glos.* 2. *part.* 1. *num.* 219. *Ferner. ad l. sequester,* 110. *ff. de verborum significatione. Borell. in suis decis. de sequestrat. num.* 32. *Duaren. ad dict. leg. unic. in fin. Codic. de prohibit. sequestration. pecun. & ibidem Gilkenius numer.* 11. *aliique, per eum relati.* Et quanquam non desunt, qui armorum propter metum sequestrationem haud fieri posse, disputando defendere probabiliter conantur. *Iacobus de Arena in tract. de sequestrat. n.* 21. *Dn. Collega Bocer d. class.* 2. *Disput.* 11. *thes.* 57. *edit.* 2. *Gœddæus in cap.* 2. *de sequestrat possess. & fruct. num.* 44. *cum sequentib. Reyger. in process. judic. Disput. ultim. thes.* 8. *ad lit. b* tamen hodie ex Ordinatione Cameræ Imperialis res ita expedita & decisa est, ut dubitationi loc⁹ nullus relinqui debeat. *part.* 2. *titul.* 21. *§.* ob auch in obberührtem Fällen. Hujusq; decisionis ratio est perspicua: quandoquidem si propter prodigalitatem, dilapidationem, ac fugam adversarii sequestratio permissa est, *ut expositum suprà numer.* 93 *& seq.* multò certè magis, ad evitanda homicidia, latrocinia, aliaque delicta & publica & privata, quæ ex conjunctione armorum oriuntur, sequestratio in salutem Reipublicæ concessa erit. Cur enim (*inquit Iulianus*) ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos potest jurisdictione suâ componere? *l. si cujus.* 13. *§. sed si inter.* 3. *ff. de usufruct.* Eoque conferunt etiam *l. ultim. §.* 1. *ff. de offic. procurat. Cæsar. l. illicitas.* 6. *§. ne potentiores.* 2. *& l. congruit.* 13. *ff. de offic. præsid. l. si super possessione.* 9. *Codic. de transactionib. & l. denunciamus.*

etiamus. 5. C. de his, qui ad Eccles. confugiunt. Illudque in Camerâ non semel observatum esse, testatur Mynsinger. cent. 2. observ. 11. in fine. & innuit Gail. lib. 1. observat. 5. num. 1. & 2.

114 Quintum sequestrationis casum præbet puella, quam duo adolescentes ambiunt; & uterque matrimonium sibi ab eâ promissum contendit. Hic namque copula interdici, & puella, donec lis finiatur, in domo honesta sequestrari debet. c. cum locum. 14. & ibi glos. in verb. donec. & Panormitan. num 4. ext. de sponsalib. c. causam matrimonii. 14. de probationib. Speculat. lib. 4. tit. de sequestrat. possess. & fruct. num. 7. Natta consil. 150. num. 2. part. 2. Hotoman. consil. 43. num. 5. Gail. d. lib. 1. obser. 112. numer. 15. & lib. 2. observat. 45. num. 7. Gilhausen in arb. judic. p. 1. c. 1. §. 1. num. 41. Marcus Antonius Gen. in part. Curiæ Archiepiscopal. Neapol. capit. 14. pag. 57. Bauman. d. tr. de sequestris. cap. 3. num. 14. Iohan. Kuzel. in Synops. matrimon. c. 3. theorem. 20. lit. e. & f. pag.
115 79. item cap. 10. theorem. 13. lit. g. & h. pag. 355. Nec huic obstat, hominem liberum, cùm in commercio esse non censeatur, sequestrari minimè posse, §. item juris. 2. infr. de inutilib. stipulat. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. & liber homo. 103. ff. de verbor. oblig. Quia potius jus illud, quod in commercium venite post (puta quisnam jus conjugii in personâ, de qua quæritur, habere debeat) quàm persona ipsa sequestrari videtur. Clud. d. tract. de jure sequestrat. cap. 5. num. 38. Imò liberi quoque hominis sequestrationem fieri posse, utroque jure probatur. l. 3. §. fin. ff. de liber. exhibend. d. c. cùm locum. 14. de sponsalib. c. ex transmissa. 8. & c. literas. 13. in fin. de restitut. spoliator. Dn. Bocer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 61. & seqq. Vide Knipschildt d. exercit. Acad. 4. quæst. 12. pag. 139. & seq.

116 Sextus casus est: cùm à sententiæ executione, qua judicationis modus exceditur, appellatum est: quoniam si res, de qua contenditur, mobilis sit; ea possessori detrahitur & sequestro idoneo conceditur: sin fuerit immobilis, fructus omnes, qui tempore interpositæ provocationis capti, vel postea nati erunt, in deposito sequestrario collocantur, jure fundi penes eum, qui appellaverit, constituto. l. ab executione. 5. C. quor. appellat. non recip. Bald. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. numer. 2. ff. qui satisdar. cogant. Ceras. d. lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 2. numer. 9. Zabarell. in Clement. unic. num. 22. de sequestrat. Panormitan. in c. fin. num. 8. cum seqq. de sequestr. possess. & fruct. Curtius in d. l. unic. num. 5. Cod. de prohibit. sequestrat. pecun. Gail. d. lib. 1. observ. 147. n. 8. Bocer. d. Disputat. 11. thes. 68. Bauman. d. capit. 3. num. 24. Coler. d. tract. de processib. execut. part. 1. cap.
117 2. num. 118. & part. 3. cap. 11. num. 18. Neque movet, quod objicitur, in proposito themate fructus rei litigiosæ potius victori, quàm sequestro, concedendos esse: tum propter sententiam, quæ transitum fecit in rem judicatam: tum propter jus, quod victor sibi habet acquisitum; nec non præsumptionem, quæ pro eo militat. Nam appellatio interposita hoc operatur: ut fructus in victorem transferri nequeant; sed penes tertium, donec alia super appellatione interposita feratur sententia, sequestrentur. Appellatio quippe hic licita putatur, utpote quæ non supermeritis causæ principalis, sed tantum super modo & excessu executionis interjecta fuit, d. l. ab executione. 5. C. quor. appellat. non recip. Clud. d. cap. 5. numer. 64.

Septimus sequestrationis casus obtinet in emptione-venditione: si nimirum inter emptorem & venditorem lis oriatur de pretii solutione, ac rei venditæ traditione, & alteruter alterius fidem suspectam habeat, ita ut precium venditori tutò numerari, vel merx aut res vendita emptori absque periculo tradi nequeat. Hic certè non immeritò tam precium, quàm res vendita ad manus judicis, vel penes tertium aliquem sequestratur; &, donec contrahentibus consulatur, controversiaque summatiè, cum hac specie processu juris ordinario, ac longo sufflamine litis opus non sit, cognoscatur, deponitur. l. si soluturus. 39. in fin. ff. de solutionib. & liberat. Francisc. Curt. in tract. de sequestrat. quæst. 1. numer. 12. in fin. vers. septimò fallit. Coler. d. part. 1. cap. 2. num. 128. Fornerius in d. l. sequester. 110. ff. de verbor. significat. hosque referens & sequens Cludius præallegato cap. 5. num. 69. & sequente. 118

Octavum sequestrationis casum suppeditat res, tempore peritura: quæ lite motâ, vendi implorato judicis officio, ejusque precium loco rei sequestrari poterit, argument. l. litib. 20. C. de agricol. & censit. & l. ult. §. 1. ff. de requirend. reis. Panormit. in cap. 2. numer. 24 de sequestrat. possess. & fruct. Sigismund. Scacc. lib. 8. c. 38. num. 8. de judic. caus. civil. crim. & heretet. Iacob. de Aren. de sequestrat. num. 19. Iohan. Petr. de Ferrar. in forma sequestri seu fiximenti. verb. sapiens vir. num. 8. Gail. d. lib. 1. obs. 184. n. 3. ubi ait, in facti contingentia per judicem & Assessores Cameræ, ad evitandum interitum, rei litigiosæ alienationem concessam fuisse. Et quamvis quidam autumeut, ad solius sequestris officium pertinere, res tempore perituras alienare, Ioan. Ant. Masuerius in addit. ad Ferrariens. dict. loco, ad verb. fructuum eumque citans D. Gœddaus in d. cap. 2. numer. 64. de sequestrat. possess. & fruct. id tamen duntaxat procedere sciendum est, quando judex alicui tertio curam & custodiam rerum litigiosarum commisit, argu. l. propriè. 6. ibi, custodiendum. ff. depos. l. is, penes quem 6. C. eod. & l. 1. ff. de curatore bonis dando. Clud. d. cap. 5. num. 75. 119

Nonus casus, quo sequestrationem permissam dicimus, est; cùm inter dominum & colonum est de dominio rei controversia. Etenim si recusaverit colonus de restituendis fructibus satisdare; fructus isti sequestrabuntur. d. l. litibus. 20. C. de agricol. & censit. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 60. edit. 2. Neque huic contradicit textus in l. si quis conductionis. 25. C. de locato & conduct. ex quâ liquescit, colo- 120

colonum seu conductorem domino locatori quæstionem dominii referre non posse: sed prius possessionem restituere, & postea de proprietate litigare debere: & consequenter sequestrationi hoc casu locum non esse. Nam dispositio illius legis tunc obtinet, quando de locatione constat, & colonus locationem non diffitetur. At *d. l. litib. 20. C. de agric. & censit.* eo loquitur de casu, quo colonus negat, se rem habere à domino, neque aliter de locatione apparet sive constat, quam ex assertione domini. Hoc casu dominii quæstio rectè domino refertì,& si colonus cautionem de restituendis reditibus vel fructibus præstare detrectat, ad eorum sequestrationem procedi potest. Et ita ex communi Doctorum sententia istud contrarium (quòd difficile appellat) diluit Corasius *d. lib. 3. miscellan. cap. 2. numer. 10.* [illegible] aliter, & quidem prolixè, allegatos textus enarret & conciliet Gœddæus *in cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 33. cum multis subseqq.* Neque etiam obest, quod regeritur, *in d. l. litibus.* non de necessario & judiciali, sed voluntario ac conventionali sequestro agi: adeòque inter casus judiciales, & in quibus à judice decernitur sequestratio, legem illam referendam non esse. Cum enim Justinianus Imp. illic mandet sequestrationem, hancque prædicto casu fieri præcipiat: ipso jubare clarius inde patet, eum non de voluntaria, utpote quæ ex mera partium conventione, sine judicis præcepto, proficiscitur; sed de judiciali aut necessaria sequestratione loqui: *quemadmodum id verbosius ostendit Andreas Cludius d. tractat. de jur. sequestrat. cap. 5. num. 77.*

122

123 Decimus sequestrationis constituitur casus: si fisco aliquid debeatur, nec debitor persolvat debitum: ad sequestrationem bonorum debitoris, non citra rationem, descenditur. Tum quia propter debitum fiscale potest debitor incarcerari, *arg. l. 2. ibi, custodiis. & l. 3. ibi, ubreptus. & utrobique glos. C. de*

124 *exactorib. tributor.* proindeque multò magis bona ejus sequestrari poterunt: cùm plus sit, longeque gravius, personam capere, quàm bona sequestrare, *argum. cap. 2. ibi, vos mutius cum eo agere volentes, possessionem sequestrari fe. istis & ibi Panormitan. n. 12. ext. de dol. & contumac. Bald. in l. per diversas. 22. num. 44. C. mandat.* Tum quia debitor pro pecuniario debito non est incarcerandus, si bona habeat, ex quibus creditori satis fieri possit. *arg. l. à Divo Pio. 15. §. in venditione 2. ff. de re judic. l. 1. C. qui bon. ced poss. Bartol. in d. l. 2. num 3. C. de exactorib. tributor.* Ergo in fisci arbitrio positum est; sequestrationem bonorum petere, & debitorem carceri non mancipare. *Ita tenent Matth. Coler. de process. execut. part. 1. c. 2. num. 142. hancque referens Cludius d. c. 5. num. 81. Scacciu lib. 3. c. 38. num. 6. de judic. caus. civil. crim. & heretic. itemque Gilhausen. in arb. judic. p. 6. cap 10. §. 3. num. 29.*

125 Undecimus casus est: si appellatum sit à sententia lata de spirituali beneficio, quòd una cum fructibus apud personam idoneam sequestratur; nisi condemnatus triennio pacificè beneficium istud possederit. Tunc etenim sequestratio cessat; & possessor in beneficii spiritualis possessione tuendus est, *per textum in Clement. unic. de sequestrat. possess. & fruct. Gœdd. in cap. 3. de sequestrat. poss. num. 10. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 69. edit. 2.* Quando autem in appellationis instantia, propter fugam aut dilapidationem sequestratio decernenda est: non judex inferior, à quo est appellatum, sed judex superior, ad quem causa per appellationem est devoluta, sequestrationem decernit. *l. ab executione. 5. & ibi gloss. in verbo, cognitor. Cod. quor. appellat. non recip.* Ratio, cur eo casu judex inferior sequestrationem decernere nequeat, est facilis: quia totius causæ negocium per appellationis viam ad superiorem est devolutum. *c. pastoralis. 28. §. præterea. de offic. & potest. jud. deleg.* ac judex inferior, lata semel sententia officio suo perfunctus est. *l. judex. 55. ff. de re judicat. Gœdd. in d. cap.* [illegible] *numer. 23. de sequestrat. poss. & fruct.*

Duodecimum casum, quo sequestratio permissa dicitur, subministrat odium rei contumaciter absentis. Nam si quis in judicium vocatus non compareat, sed contumaciter sese absentet: contra eum rectè ad sequestrationem bonorum, quæ vocantur in controversiam, devenitur. *c. ex literis. 2. ext. de dol. & contumac.* Cùm enim possit judex partem præsentem in possessionem ex primo decreto immittere. *c. tua. 3. & c. quoniam frequenter. 5. ut lit. non contest. non procedatur. &c.* multò magis concedendum est judici, propter contumaciam rei conventi, bona ejus sequestrare: quippe cùm minus præjudicium inferat sequestratio, quàm missio in possessionem bonorum. Siquidem missus post annum, veram acquirit possessionem: quod in sequestratione, jure proditum non extat. *Ita sentiunt Corasius lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 2. num. 10. vers. octavus, &c. Curtius in tract. de sequestrat. in princ. num. 12. vers. quintò fallit. Angel. de sequestrat. numer. 10. Molin. in consuetud. Parisiens. tit. 7. & 52. glos. 1. in verb. arrest. numer. 11. Wesenbec. consil. 7. numer. 4. Matth. Colerus de process. execut. part. 1. cap. 2. n. 84. & seqq. hosque omnes laudans D. Cludius sæpe allegato tract. de jure sequestrat. cap. 5. num. 90. cum seqq.* ubi non solùm secundum hanc, ab Interpretibus nostris unanimiter receptam sententiam in Collegio juridico Academiæ Helmstadiensis pronunciatum esse, asserit: verùm etiam argumentis nonnullis, quæ contra istum casum à dissentientibus proferuntur, abundè satisfacit: quò Lectorem benevolum brevitatis studio rejicimus. 127 128

Posteaquam igitur præcipuos casus, quibus sequestrari res possunt, breviter recensuimus: nunc paucis de modo & formâ sequestrandi, propter ejusmodi casus, rem aliquam, dispiciamus. Modus autem & forma sequestrandi primùm in eo consistit: ut ad sequestrationem videndam citetur is, 129

*Mm 2 cujus

130 cujus in præjudicium ea tendit. Notissimi quippe juris est: quòd in omnibus actibus, qui adhibita causæ cognitione expediuntur, & maximè sunt præjudicii, partis adversæ, cujus interest, citatio requiratur. *l. de unoquoque. 47. in princip. ff. de re judic. l. nam ita Divus. 39. ff. de adoptionibus l. in causa cognitione. 11. in fine principii. ibi, causa enim cognita. ff. de minorib. l. bona. 3. §. si causa cognita. 8. ff. de bonor. possessionib. Novell. 119. cap. 6. Francisc. Curt. in tractat. de sequestris. quæst. 7. numer. 40. Camill. Borell. in suis decis. de sequest. numer. 18. Scacc. lib. 1. c. 38. num. 25. de judic. caus. civil. crimin. & hæreticalium. Trentacinq. lib. 3. resolut. 12. num. 5. D. Anton. Winter. in suo Assessore. part. 1. cap. 4. numer. 35. & 40.* Illudque adeo censetur verum: ut, si Princeps sinè partis citatione procederet, alterique præjudicium crearet; justa ex causa istud factum non præsumeretur, *per notata Abbatis in capit. 1. col. 5. de caus. possess. & propriet. Socini consil. 266. numer. 55. vol. 2. Iasonis consil. 231. colum. fin. numer. 3. vol. 2. & Cravetta consil. 50. numer. 5.*

131 Et sanè citatio, cum facti sit, solennitasque extrinseca, non præsumitur, nisi probetur. *l. quæcunque. 15. §. fin. ff. de Public. in rem act. c. quod sicut. 28. & ibi glos. in verbo vocatos, de electione. Vant. in tractat. de nullitatib. titul. de nullitat. ex defectu citat numer. 12. Alciat. de præsumptionib. præsumpt. 9. numer. 19. reg. 3. latè Mascard. vol. 1. de probationib. conclus. 290. numer. 1. 2. & 4.* Enim verò si de fuga omnino suspectus sit adversarius; proindeque metuendum, ne ad illam ipsa citatione verbali instruatur: tunc, omissa citatione, judex rem de qua est controversia, sequestro deponere potest.

132 Siquidem contra fugitivos procedi solet de facto, ordine juris non servato, *argument. l. quæsitum. 14. ibique Gothofred. ff. de pignorib. l. penult. Codic. de pignerat. act. Bald. in l. fidejussor. 7. §. fin. & ibid. Alexand. numer. 3. & Iason. numer. 10. ff. qui satisdar. cogant. Cephal. consil. 439. num. 58. & seq. lib. 3. Francisc. Vivius in communibus opin. in verb. sequester. D. Bocer. class. 2. Disputat. 11. thes. 76. edit. 1.* Hinc rectè traditum est: propter præsens moræ periculum, non solum ad sequestrationem bonorum; sed & ad capturam personæ, diebus quoque feriatis, in honorem Dei introductis, procedi posse, *argument. l. 1. §. fin. & l. solet. 3. ff. de feriis. Curt. d. tractat. de sequestru. quæst. 10. numer. 47. Sichard. in l. unic. n. 12. Codic. de prohibit. sequestrat. pecun. Bald. in dict. l. si fidejussor. 7. §. ultim. numer. 1. ff. qui satisdar. cogant. & idem in l. dies festos. 11. C. de feriis.*

133 Deinde in sequestratione legitimè decernenda requiritur: ut judici fiat fides de credito seu jure, propter quod sequestratio petitur. Ad nudam enim assertionem ac petitionem creditoris sive actoris: sequestrum non debet à judice discreto concedi; sed prius diligenter investigari, an reus, cujus bona sunt sequestranda, actori sit obligatus, vel aliquid debeat; id quod chirographo, publico instrumento, vel testibus, fide dignis, probari poterit. Nam si ad simplicem cujusvis petitionem seu instantiam, sequestrationis remedium decernendum foret: quilibet hoc petere, & reum fructuum perceptione spoliare posset: quod & juri, & rationi naturali vehementer adversatur. *dict. l. unic. Codic. de prohibit. sequestrat. pecun. Andr. Clud. in tract. de jure sequestrat. cap. 5. numer. 110. & cap. 6. numer. 7.*

Et licèt quidam Interpretes ad obtinendum sequestrum, 134
publicum instrumentum, quo doceatur de debito, præcisè necessarium esse opinentur. *Bartol. in l. jubemus. 16. numer. 5. Cod. de erogat. militar. annon. Mathesilanus in tractat. de carcere. Grammat. consil. 27. numer. 2. & si qui sint alii:* attamen contrariæ sententiæ defensionem qui suscipiunt, veritati propius accedere mihi videntur. Tum quia summaria duntaxat causæ cognitio ad concedendum sequestrum sufficit: cum ea quoque in primo decreto requiratur. *l. si is, à quo. 3. §. 1. ff. ut in possess. legator. &c. Bald. in d. l. unic. C. de prohibit sequestrat. pecun. Iohan. de Imol. & Angel. Aretin. in l. Imperatores. 21. §. fin. ff. de appellat. Iason in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. num. 13. ff. qui satisd. cogant. Mascard. vol. 3. de probationib. conclus. 1298. numer. 3.* Tum quia si duo testes sufficiunt ad debitum principale probandum: multò magis illi hic sufficient, *D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 77. sub lit. d. edit. 2.* Nec 135
repugnat textus *in d. l. jubemus. 16. §. super his. 2. in verb. erogationis pittacia. C. de erogat. militar. annon.* ubi ad obtinendum sequestrum videtur instrumentum publicum fuisse necessarium. *Etenim* ibi pittacia non sunt publicum instrumentum; sed rationes & commentarii annonarum militarium: *ut benè notarunt Cujacius & Gothofredus ad l. actuarii. 5. Codic. eod. tit. itemque D. Bocerus d. thes. 77. ad lit. E.* Tametsi specialem illic contineri casum existimet Cludius *d. cap. 6. num. 9.*

Præterea sequestrationem petens debet notum 136
facere judici, & demonstrare: periculum aliquod subesse, vel ne res consumatur, vel ne debitor efficiatur non solvendo, aut hujusmodi aliam probabilem justamque subesse causam. *Ita scribunt & sentiunt Abbas in cap. 2. numer. 29. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Iason & Alexand. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisdar. cogant. hosque referens Mascardus d. conclus. 1298. numer. 4. vol. 3.* Cùm enim sequestratio regulariter sit vetita ac prohibita: causa justa non præsumitur, sed probatione opus habet: siquidem pro reo militat juris regula, quæ sequestrationem prohibet, & onus probandi in adversarium reiicit. *l. ab ea parte. 5. & l. in exceptionibus. 19. ff. de probationib.* & pro regula, hoc est, sequestrationem non admittendam esse, pronunciatur: nisi contrarium, id est, causa, ex qua admittenda sit, demonstretur. *Bald. in cap. 1. numer. 2. ext. de alienat. judic. mutand. caus. fact. Wesenbec. consil. 7. num 7. & attigimus supr. numer. 92.*

Adhæc, ad sequestrationis permissionem deside- 137
ratur: ut judex, citatis & auditis partibus, jureque actoris

actoris explorato, & causa, ob quam sequestratio petitur, adductâ, cognitionem causæ adhibeat, & accuratè sedulòque dispiciat: an jus actoris saltem summariè sit probatum: an defensiones rei conventi sint relevantes: an item causa sequestrationis sit sufficiens, justa & legibus approbata. Nam si causam sequestrationis justam, & legibus expressam, vel expressis parem aut graviorem deprehendit: licitè, & absque periculo, sequestrationis necessitatem decernere poterit. Cæterum in decernenda sequestratione cognitionem causæ necessariam esse, evincitur *ex l. si. apud quem. 5. §. ultim. ibi, denunciatione facta. ff. deposit. l. in causæ cognitione. 13. in fine princip. ibi. causa enim cognita. ff. de minorib. l. nam ita Divus. 39. ff. de adoptionibus & de qua re. 74. in princ. ff. de judiciis.* Imò sequestrum, causæ cognitione non præeunte factum, censetur nullum: quia tunc ex solo officio est permissum. Judex autem ex se ad officium moveri non debet sine justa causa, & causæ cognitione. *c. 1. junctâ ibi glos. in verb. pro suo arbitrio. de sequestrat. possess. & fruct.* Atque ita in terminis docent *Angelus consil. 107. numer. 2. Wesenbecius d. consil. 7. numer. 7. pag. 334. & seq. eosque referens Cludius d. tract. de jure sequestrat. cap. 6. n. 13. & seqq.* ubi subjicit, in tantum cognitione causæ opus esse, ut etiam in notoriis ea requiratur, *per doctrinam Baldi in l. eum fratrem. 9. numer. 5. Cod. de his, quib. ut indign. & in l. ea quidem. 7. ubi etiam latè Salicet. C. de accusationib.*

138 Denique inter requisita sequestrationis numerat quoque juramentum calumniæ Vincentius Coratius *in tractat. de sequestro. part. 3. quæst. 4.* ut nimirum pars, quæ sequestrationem fieri petit, jurejurando affirmet; se non calumniæ & æmulationis causa; sed ad juris, debitique sui conservationem id facere, *argument. l. de pupillo. 5. §. opus. 14. ubi Iason. ff. de operis novi nunciat. & l. qui bona. 13. §. alieno. 14. ff. de dam. infect. D. Bocer. class. 2. Disput. 11. thes. 75. edit. 2. Bauman in tract. de sequestris. cap. 5. n. 2.* Quod tamen non perpetuum esse videtur. Ideoque judex hoc casu diligenter advertere debet; num istiusmodi juramento opus sit: & non potiùs ani-
139 mo calumniandi ab adversario exigatur. Quid enim si causa, ex qua sequestratio fieri potest, manifesta sit & notoria: quorsum hic calumniæ sacramento opus esset: cum haud temerè, sed magna cum discretione & prudentia, à judice juramenta sint imponenda; *tradente Cludio præallegato cap. 6. n. 19.*
140 Quòd si ex justa aliqua causa, itemque debitò modo ac forma sequestratio fiat: ideò licita reputatur, ut si quis eam impedire conetur, & quid contra eam tentet, si de litigantibus fuerit, jure suo cadat; sin alius, excommunicetur jure canonico. *Clement. unic. de sequestrat. possess. & fruct. Oldendorp. in enchiridio exception. in exceptione sequestri. fol. 93.* vel aliter jure civili coërceatur. *l. unic. ff. si quis jus dicenti non obtemper. l. à Divo Pio. 15. ff. de re judicat. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 11. thes. 79.*

Elegans hic incidit quæstio: si sequestratio fru- 141
ctuum, pecuniæ, vel alterius rei, à judice fuerit justè & ritè facta: pars autem sequestrationem patiens aliundè non habeat, quo se sustentare, ac litis expensas solvere queat: an, lite adhuc pendente, ei sumptus ad litem, & necessaria alimenta, ex re litigiosa sequestratâ, sint suppeditanda? Et ajens sententia frequentius, & meritò quidem, obtinuit. *l. ultim. ubi Baldus & Salicet. Cod. de ordine cognit. l. unic. §. super peculio. Cod. de assert. tollend. l. sed etsi hereditas. 11. §. 1. vers. proinde. ff. ad exhibend. Iacobus de Arena in tractat. de sequestris. numer. 14. Francisc. Curt. in tractat. de sequestris. quæst. 1. num. 10. Coler. in tractat. de process. execut. part. 3. cap. 11. numer. 6. pag. 703. D. Bocer. d. Disputat. 11. thes. 80. Treutler. Disputat. 26. thes. 11. lit. g. volum. 1. Hackelman. Disputat. 9. thes. 15. lit. f. Clud. d. tract. de jure sequestrat. cap. 5. numer. 86. & cap. 10. num. 24. & seq. ubi plures adhuc laudat.* Neque adversatur, quod ne- 142
mo adversarium suum in se armare teneatur, *argument. l. 1. C. de edend. & l. nimis grave. 7. Cod. de testibus.* Malè namque asseritur, illius armis ac sumptibus adversarium armari: cum dubius & anceps litis eventus hunc dominum efficere possit: nec desint pro possessore præsumptiones, quibus in dubio multum fidei tribuendum *l. sive possidetis. 16. C. de probationibus.* Et ita, *post Franciscum Herculanum in proband. negat. & Alciat. de præsumpt. à se citatos.* docent D. Gœddæus *in cap. 2. numer. 54. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Knipschildt d. exercit. 4. q. 13. pag. 146. &* Alexand. Trentacinq. *liber. 3. resol. 12. num. 6. vers. & quando. &c.*

Porrò ad officium sequestris pertinet: ut rem 143
penes se depositam diligenter ac fideliter custodiat: ne ipsius dolo, latave culpa res ista quid incommodi capiat, *argumento hujus nostri §. l. 1. l. propriè. 6. ibi, custodiendum. l. si sine dolo. 20. & l. quod Nerva. 32. ff. deposit.* Fürstlich Württembergisch Ernewert Landrecht / *part. 1. titul. 80. §.* Vnnd welcher. *pagina. 230.* Sed & sequester non solùm rem ipsam, ne deterior fiat, custodire; verùm etiam fructus colligere, in tutum reponere, dissipata, & malè ablata revocare; adeòque omnia ea facere debet, quæ vir bonus in re aliena custodienda & administranda facere solet; donec lis finiatur, vel causa terminetur, *cap. 1. ibi, ut de causa possessionis, &c. item c. 2. extr. de sequestrat. possess. & fruct. ibique D. Gœddæus num. 55. l. postquam. 5. §. 1. vers. sed si nec ipsi. ff. ut legator. seu fideicommissor. servand. caus. caveat. l. is, cui legatorum. 5. §. qui legatorum. 22. ff. ut in possess. legator. vel fideicommiss. servand. causa esse lic.* Quin & hoc ad 144
sequestris officium spectat: ut fructus, tempore perituros, distrahat: & precium inde redactum, pro utilitate litigantium, in usuras concedat: fructus autem, mora non deteriores futuros, studiosè conservet & custodiat, *argument. dict. l. is cui. 5. §. qui legatorum. 22. vers. quinimò tales. ff. d. tit. l. litteras. 20. §. 1. & 2. Codic. agricol. & consit. & l. ul-*

tim. §. 1. ff. de requirend. vel absentib. damnand. Angel. Aretin. in l. Imperatores. 21. ff. de appellat. Corasius de sequestro. part. 2. quæst. 21. & part. 3. quæst. 47. Neque verò fructus tantùm; sed & rem ipsam litigiosam, quæ tempore sive morâ est peritura (cùm eadem in hac re, quæ in fructibus hic militet ratio: ne scilicet ea partibus planè pereat) in litigantium commodum, sequester vendere; & precium inde redactum loco rei custodire, ac conservare poterit, *argument. l. fin. C. de ordin. cognit. d. l. litib. 20. §. 1. & 2. C. de agric & censit. Bartol. in l. interesse. 39. n. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess. & idem in l. si quis affirmavit. 9. (in quibusdam exemplaribus est l. si oleum. 10.) per istum textum. numer. 3. ff de dol. mal. Coras. d part. 3. quæst. ult. Althus. lib. 1. Dicæolog c. 70. n. 10. pag. 242.*

145 Cui non obstat *l. ait prætor. 7. §. 1. & 2. ff. de jure deliberand.* ubi expressum est, sine prætoris sive judicis permissu alienationem seu diminutionem rei minùs ritè fieri: ac proinde sequestrum judicis auctoritatem adhibere debere. *Nam* lex illa nequaquam de casu nostro sive de sequestre; sed de longè diverso casu, nimirum de tutore, qui nomine pupilli, heredis instituti, tempus ad deliberandum petiit, disertè loquitur. Hic tutor res hereditarias diminuere nequit: nisi causa cognitâ, bonique viri arbitratu diminutio fiat. Ratio autem, quare tutor illud facere nequeat, duplex est: tum quia tutor, qui res hereditarias privato arbitrio alienaret; hereditatem expilasse, resque istas in fraudem creditorum alienasse videretur, *de quo crimine est tot. tit. ff. expilata hereditat.* Tum quia si auctoritate propriâ ejuscemodi res alienaret: hereditatem adiisse, seque pro herede gessisse, crederetur. *l pro herede. 20. cum l. seq. §. 1. & l. gerit. 88. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Quæ gemina ratio cùm in sequestre cesset: idcirco quod de tutore allatum est, ad illum trahi non debet, *argum. l. quod verò. 14. & l. seq. ff. de legib l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. ibi, sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig.* D. *Clud. in tract. de jure sequestrat. c. 11. num. 31.*

146 Ecquid verò in sequestrem rei depositæ possessio transeat, dubia valde est, mirumque in modum agitata, diversisque Interpretum censuris vexata quæstio? Etenim quidam, per rei controversæ sequestrationem interverti possessionem, eamque simpliciter in sequestrem transire autumant. *Azo numer. 2. & gloss. in verb. sequestrationis. in tit. Cod. de prohibit. sequestrat. pecun. Angel. in tract. de sequestrat. numer. 2. Hanetonius in tract. de judicior. ordin. tit. de sequestratione. pag. mihi 37. Pratejus in Lexico, verb. possessio. in fine.* Alii è diametro contrarium tradunt; adeoque sequestrum nunquam possidere contendunt. *Cujacius lib. 9. observat. c. 33. in vers. in possessione est depositarius, &c. Idque tenuisse glossam in c. examinata 15. ext. de judic. refert Corasius lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 2. numer. 11.* Plerique inter voluntariam & necessariam sequestrationem distinguentes, in illa possessionem amitti, in hac non item, statuunt. *Bartolus in l. interesse. 39. num. 4. item Alexand. num. 4. ff. de acquir. vel amitt. possess. Salicetus, post Iacobum de Arena & Cynum, in l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun. Panormitan. in cap. 2. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Felin. in d. c. examinata. numer. 11. de judic. Francisc. Curt. de sequestr. numer. 7. Molin. ad consuetud. Parisiens. tit. 2. gloss. 1. verb. arrest. numer. 26. Costal. in l. licèt. 17. ff. deposit. ibique Wesenbec. in Paratitl. numer. 6. Schneidevvin in hoc §. nostro num. 5. Gail. lib. 1. observat. 5. numer. 10. & observat. 184. num. 9. & in tract. de arrest. c. 12. numer. 6. Bauman. in tract. de sequestru. cap. 4. num. 3. & seq. Sibickard. Disput. 12. ad Instit. thes. 6. sub lit. a. num. 3. & resolut. quæst. 4.* Aliqui alias, & quidem diversas, distinctiones & subdistinctiones adferunt. *Raphael Cumanus in d. l. interesse. 39. in princip. ff. de acquir. vel amitt. possess. & Iohannes Petr. de Ferrar. in practicâ suâ, in formâ sequestri seu saximenti. verb. audeat vel præsumat. numer. 1.* Nonnulli denique, & maximè recentiores, indistinctè tenent: quòd possessio in sequestrem non transeat? nisi expressè ac nominatim id à partibus litigantibus sit actum, dictum, & conventum. *Ioan. Corasius d. lib. 3. miscell. jur. civil cap. 2. num. 14.* Duaren. *ad tit. 6. deposit. c. 1. circa finem. & lib. 3. de benefic. c. 10. Iul. Pacius centur. 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 80. Forner. in l. sequestr. 110. in fine. ff. de verbor. significat. Gœddæus in cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 115. cum seqq.* D. *Bocer. in hoc §. numer. 79. pag. 202. class. 2. Disput. 11. thes. 8. edit. 2. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 66. edit. 1. Hackelman. Disput. illustr. 9. thes. 15. ad lit. a. Cludius in tract. de jur. sequestrat. c. 9. num. 25. cum seqq. Hunnius Disput. 14. thes. 27. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 4. pag. 954. & seq. Olemannus in not. ad Disput. 25. Giphanii, ad Instit numer. 11. & seq. Paulus Berens Disput. 9. ad Instit. them. 3. quæst. 3. Richter. d. disput. 5. th. 2 sub lit. d. pag. 122. & seq.*

147 Atque hæc sententia (quam & ego verissimam esse puto) confirmatur primùm manifesto & inevitabili textu *in d. l. interesse. 39 ff. de acquir. vel amitt. possess.* ubi Julianus docet, per sequestrationem non transferri possessionem; nisi apertè hoc inter litigatores fuerit approbatum, sive actum, conventum & expressum. Cujus legis (ut planiùs intelligatur) talis constitui solet facti species: Caius & Mævius de re quadam disceptârunt, & tandem eam apud sequestrum deposuerunt, eâ conditione, ut illi, qui reportaret victoriam, redderetur. Quæritur itaque, an isthac sequestratione videatur actum; ut, lite pendente usucapio non adimpleatur, sed potiùs interrupta censeatur? Julianus consultus per distinctionem respondit: Aut hoc apertè est actum, ut possessio omittatur: aut custodiæ duntaxat causâ res litigiosa est deposita. *Priori* casu ad usucapionem possessio partibus non procedit, hoc est, litigatores usucapionem inceptam non adimplent: sed

ea,

ea, sequestratione interveniente, interrumpitur:
quoniam omittitur hoc casu possessio à partibus, &
sequestri committitur, nec usucapio ulterius pro-
greditur. *Posteriori* verò casu usucapio non impedi-
tur: sed possessio, quæ penes deponentem fuit, pe-
nes ipsum manet, victorique ad usucapionem proce-
dit & prodest. Cùm enim hac specie in sequestrum
non sit translata possessio: perspicuum evadit, usu-
capionem anteà cœptam non impediri, neque inter-
rumpi; sed, permanente penes deponentem possessi-
one, eam continuari, *argum l. sine possessione. 25. & l.
non solùm. 31. §. qui pignori. 4. ff. de usurpat. & usu-
capionib.*

148 Deinde sequestrem regulariter non possidere, in-
de quoque patescit: quòd sequestrum est species
depositi, *ut ostensum suprà num. 9. & 10.* Nullum
autem depositum propriâ vi ac virtute, sine partium
expressa conventione, transfert possessionem in de-
positarium: quoniam modus transferendæ possessi-
onis non est: sed custodiæ solummodò causa res al-
teri committitur sive commendatur. *l. 1. & l. pro-
priè. 6. ff. deposit.* At custodia actum possessionis nul-
lum habet: cùm separata sint possessio & custodia.
*l. 3. §. ult. ibi, non possessionem, sed custodiam. ff. de ac-
quir. vel amitt. possess.* Præterea mitiùs agitur cum
eo, cujus res ob contumaciam sequestrò ponitur,
quàm si ob eam missio in possessionem ex primo de-
creto fiat. *cap. 2. in verb. cum eis mitiùs agere volen-
tes, possessionem sequestrari fecistis. ext. de dol. & contu-
149 mac.* Atqui per missionem in possessionem, missus
possessor non constituitur. *l. u, cui legatorum. 5. in
princip. ff. ut in possess. legator. vel fideicommissor. ser-
vand. caus. esse lic. l. cùm legatorum. 12. ff. quib. ex
caus. in possess. eatur.* Ergo multò minùs sequestra-
150 tione possessio transfertur. Accedit, quòd nemo
in dubio præsumitur animum perdendæ possessio-
nis, & propriæ substantiæ profundendæ habere, *ar-
gument. l cùm de indebito. 25. in princ. vers. qui enim
solvit. ff. de probationib. & l. si de eo. 40. §. 1. ff. de ac-
quir. vel amitt. possess.* cùm potiùs quælibet alia, et-
iam fatuâ & stulta causa, quàm voluntaria bono-
rum, vel alicujus juris perditio donatiove, præsu-
matur, *argum. l. Campanus. 47. ff de operis libertor.
l. si cùm autem 50. & ibi Bartol. ff. de solutionib. Bald.
in l. generaliter. 13. num. 7. C. de non num. pecun. We-
senb. consil. 42. num. 57. latissimè Tiraquellus in repe-
titione. l si unquam. 2. in verb. donatione largitus. nu-
mer. 206. & seqq. ubi hâc de re plura cumulavit.* Igi-
151 tur nec hoc in loco possessionis translatio præsumi
poterit. Adhæc ut possessio transferatur, titulus ha-
bilis & idoneus requiritur: aliàs, justo titulo defi-
ciente, res custodiæ causa tradita censetur. *l. cùm pa-
ter. 77. §. pater pluribus. 21. ff. de legat. 2.* Depositi ve-
rò titulum habilem ac idoneum non esse, ut per eum
possessio transferri possit, apparet *ex d. l. 1. & d. l.
propriè. 6. ff. deposit.* Ideoque consequens est, tradi-
tionem ex depositi sive sequestri contractu factam,
non animo transferendæ possessionis, sed custodiæ
potiùs causa factam censeri. Hoc ampliùs, officium
sequestris est: rem, ejusque possessionem deponen-
tibus conservare ac custodire, ut nihil damni in eâ
accipiant, *per notata Iacobi de Arena in tract. de se-
questrat. num. 1. & 2. & dictum suprà num. 129.* At si
possessio fieret sequestris: sine damno & injuriâ de-
ponentium, officium suum non exequeretur: tum 152
quòd possessio interumperetur, & usurparetur. *l.
naturaliter. 5. l. possessio. 20. ff. de usurpat. & usucap.*
tum quòd non custodiret tantùm, sed possessionis
jus pro suo etiam haberet: cùm id, quod possíde-
mus, in nostris quoque bonis habere dicamus. *l. bo-
norum 49. ff. de verbor. significat.* Quæ cùm ita sint:
firmiter cum Corasio, Gœddæo, Cludio, & cæteris
Interpretibus præallegatis, concludendum est: in se-
questrem rei depositæ possessionem non transire:
sed apud deponentem eam permanere: nisi illud ex-
pressè ac nominatim à litigatoribus actum, dictum-
que fuerit. *Huicque conclusioni etiam patrocinantur
Philipp. Adolphus à Münchhausen, in suis disceptatio-
nib. Pandect. quest. 17. Dernsperger. lib. 3. syntag. jur.
c. 10. de sequestro. pag. 746. Cöppen. lib. 2. observ. 15.
num. 13. Gilkaus. in process. judic. c. 10. part. 6. §. 3. n. 10.
hosq; refer. D. Besold & Kirner. in d. disp. de jure sequest.
th. 90. Knipschild d. exerc. Acad. 4. q. 18. pag. 145. & seq.*

Nec isthanc decisionem enecat *lex. licèt. 17. in fi- 153
ne. ff. deposit.* ex quâ dicendum videtur, possessionem
rei depositæ in sequestrem transferri. *Nam* primò
respondetur: Florentinum Jurisconsultum ibi de
ejusmodi casu intelligendum esse, quando non appa-
ret, uter ex litigatoribus possideat; sed uterque se
possidere contendit. Si propter hanc incertitudinem
sequestratio interponatur: possessio in sequestrem
transfertur. Idque ex hisce Jurisconsulti verbis e-
vincitur: *ut neutrius possessioni id tempus procedat.*
Tunc enim possessio, quæ antea dubia fuit ac in-
certa, nulli erepta, sed potiùs sequestri, donec lis per
sententiam finem accipiat, commissa putatur. Aliàs
cùm constat quempiam solum esse possessorem: sed
ex causa propter securitatem, putà creditoris, vel
agentis actione reali, partes etiam voluntariè ad se-
questrum descendunt: possessionem à possidente
avocari, & in sequestrem transferri nemo dixerit:
cùm jactare suum, aut animum dimittendæ posses-
sionis habere, nullus præsumatur. *d. l. cùm de inde-
bito. 25. in princ. vers. qui enim solvit. ff. de probatio-
nib. Coras. d. lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 2. num. 15.
Brenchorst. d. centur. 2. assert. 76. edit. 1.* Deinde
non incommodè dici potest: Florentinum de illâ
loqui sequestratione, in quâ possessio est deposita
sive sequestrata. Possessio etenim, secundùm eun-
dem Jureconsultum, rei depositæ apud deponen-
tem manet, nisi apud sequestrem deposita est, id est,
nisi ipsa possessio apud sequestrē deposita est; vel, nisi
animo dimittendæ possessionis res est tradita, ut Ju-
lianus ait *in d. l. interesse. 39. ff. de acq. vel amit. poss.* Depo-
nere namq; hic dimittere significat. Unde frequētes 154
hæ locutiones; Imperiū deponere, Magistratū depo-
nere,

deponere possessionem. *l. si me in vacuam. 34. in pr. ibi, quia animo deponere & mutare nos possessionem posse, &c. ff. d. tit.* Cui congruunt sequentia ejusdem Florentini verba: *Nam tum demum sequester possidet,* id est, eo tantùm casu possider sequester, cùm possessio apud ipsum dimissa depositaque est. Et subjicitur ratio: *Id enim agitur eâ depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat,* hoc est, id agitur eâ depositione, in qua dictum & actum est, ut possessio transiret in sequestrem, & ut neuter ex litigatoribus possideret, sed solus sequester. Atque hac interpretatione adhibitâ, Florentinus *in d. l. licèt. 17. ff. deposit.* optimè convenit cum Juliano *in d. l. interesse. ff. de acq. vel amitt. possess.* ita ut in utraque lege possessio in sequestrem transferatur, si hoc apertè ac expressè à partibus approbatum, dictum & actum fuerit. Atque ita eleganter istas duas leges, quæ invicem pugnare videbantur, conciliat explicatq; Duarenus *ad dict. titul. Codic. deposit. cap. 1. & d. lib. 3. de benefic. cap. 10.* cumque laudans Cludius *d. tractat. de jure sequestrat. cap. 9. n. 37.* Adde D. Besoldum *part. 2. delibatorum jur. ex lib. 16. Pandect. quæst. 5. pag. 106. & seq.*

155 Similiter decisionem nostram non debilitat *c. 1. & tot. t. ext. de sequestrat. possess. & fruct.* ubi possessionem sequestrari; sicque sequestratione possessionem in sequestrem transferri, dicitur. *Illic enim* possessionis verbum non pro jure insistendi rei; sed pro ipsis rebus sive corporibus, super quibus lis est mora, accipitur. Neque novum est, ut possessionis verbo res ipsa contineatur. *l. cùm miles. ff. de alienat. judic. mutand. caus. fact. l. si medicus. 3. ff. de var. & extraord cognit l. magis puto. 5. §. idem prætor. 10. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. l. via sternenda. 4. ff. de privileg. veteran. l. Pannonius. 86 § fin. ff de acquir. vel omit. heredit. l. Imperatores 17. ff. de servit. prad. rustic. l. interdum. 78. ff. de verb. significat. l. 2. Cod. de probationib. l. si ex pecunia. 6. Cod. de rei vindic. & similib. Coras. d. lib. 3. miscellan. c. 2. num. 13. Gœdd. in d. c. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 25.*

156 Nihil item assertioni nostræ adversatur *Clement. unic. de sequestrat. possess. & fruct.* ubi cùm beneficium sequestratur, ejus possessio in sequestrum transire videtur. *Nam* hoc saltem vult ibi Clemens Pontifex, ut si de beneficio litigetur ob animæ curam, illud ita sequestretur, ut aliquis sit, qui vice sequestri vel beneficiarii ea, quæ ad animarum curam, dignitatem & personatum *(uti loquuntur)* pertinent, expediat. At beneficiorum propriè non est possessio: cùm non in corpore, sed jure percipiendi reditus, & similibus, consistant. *Petr. Peck ad cap. 1. de regul. jur. in 6.* Non ergo sequester beneficium possidet: sed & possessionis, hoc est, redituum & usus, custodiam in se recipit, ut similis est casus *in d. l. litibus. 20. C. de agric. & censit. & cap. 2. & 3. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Gœdd. d. loco, num. 127. Paul. Berens d. Disput. 9. them. 3. quæst. 3. object. 3.*

Nihil quoque ad rhombum facit textus *in l. unic. ibi. transferenda possessionis. Cod. uti possidet,* ex quâ colligi posse videtur, per sequestrationem possessionem transferri in sequestrem. *Quamvis* enim hanc legem de sequestratione accipiendam esse, arbitretur Johannes Robertus, *lib. 3. sentent. jur. cap. 21.* Imperatores tamen Diocletianus & Maximianus ibidem sequestrationis nullam prorsus mentionem faciunt, neque de sequestratione loquuntur: & iuris ratio non patitur, ut quod de transferenda possessione ab Impp. dicitur, ad sequestrationem extendatur: cùm ea regulariter possessionem in alium non transferat, ut suprà sufficienter probatum, & notat Cludius *d. c. 9. n. 44.* 157

Haud præterea frangit conclusionem nostram: quòd Judex per sententiam suam aliquem suo dominio; & per consequens etiam possessione privare valeat. *§. fin. infr. de offic. judic. l. qui uni versas. 30. §. item cùm prætor. 2. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Antecedens siquidem non aliter verum est, quàm si natura & indoles actionis hoc requirat, *argument. l. ut fundus. 18. ff. communi divid. l. fine & alia. 2. ubi Petr. Cest. & l. sed & si res. 7. ff. de public. in rem actions. l. si per errorem. 17. ff. de usurpat. & usucap. d. §. fin. infr. de offic. judic.* Imò ne tunc quidem judex dominium alicui per suam sententiam adimit: sed possessoris non esse, utpote quòd alterius sit, saltem declarat, *argument. l. sicut. 8. §. & si quidem. 4. ff. si servitus vindic. l. licèt. 3. §. idem scribit. 11. ff. de pecul. l. Pomponius. 13. §. si jussu. 9. ff. de acquir. vel amitt. possess. Iohan. Freig. in suo Zasio ad l. 5. ff. de justit. & jur.* eumque referens D. Gœddæus *in dict. c. 1. num. 128. extr. de sequestration. possess. & fruct.* 158

Postremò nihil derogat nostræ traditioni Ordinatio Cameræ Imperialis, *part. 2. tit. 21. §. ult. vers.* Sollen Cammerrichter vnd Beysitzer/ꝛc. ubi dicitur, non solùm ad instantiam partis; verùm etiam ex officio à Judice & Assessoribus Cameræ Imperialis possessionem sequestrari posse. *Nam* respondendum: Ordinationem sive constitutionem istam Cameralem eo de casu esse intelligendam, quo non apparet, uter ex litigatoribus possideat, adeoque possessio dubia & incerta est, ac uterque se possidere contendit: hac utique specie judex ad sequestrationem licitè procedit. Quinimò isto casu possessio partibus non adimitur, nec in sequestrem transfertur; sed potiùs victori, & possessionem summariè duntaxat probanti conservatur, sequestrique conservanda committitur. Ita enim in fine *dicti tit. 21.* subjicitur: Vnd so das beschehen/sol alsdann solchs keinem Theil an seinem Jnhaben oder Besitz / in Rechten nachtheilig seyn. Qua de re explicatiùs differtat D. Cludius *prædicto tract. de jure sequestrat. c. 9. num. 42. & seq.* 159

Ambigua quoque & insignis disceptatio est: utrùm is, apud quem factum est Ecclesiæ, vel juris patronatûs, aut beneficii, cui tale jus cohæret sequestrum, 160

questrum, vocante Sacerdotio, jus præsentandi aut conferendi habeat? Atque hunc sequestrem ejuscemodi jus præsentandi habere (explosa opinatione contraria *Hostiensis*, *Antonii de Butrio*, *Panormitani & Corseti in c. examinata. 15. ext. de judic. Hieronymi de Cavall. in commun. op. contra com. quæst. 740. & Schickhardi Disputat. 12. thes. 6. ad lit. a. numer. 2. & resolut. quæst. 4.*) & crebrioribus & sanioribus
161 Interpretum suffragiis receptum est. Favor etenim ac utilitas Ecclesiarum hoc suadet: ne deficiente justo pastore, ovile Christi rapaci alicui lupo pateat. *c. ne pro defectu. 12. ext. de elect. & electi potest.* Nec æquitati consonum est: ut disciplina Ecclesiastica periclitetur propter partium conventionem, *argumento cap. 1. ext. de dolo & contumac.*
162 Adde, quòd nemo inficiari potest, quin administrationem sequester habeat non temporalium modò, sed etiam spiritualium, *Clement. unic. de sequestrat. possess. & fruct.* Itaque fructuum collectio ad eum pertinet, in quibus & beneficiorum collatio numeratur. Et hanc, tanquam communem, amplectuntur sententiam *Innocentius, Ioan. de Lignano, & Barbat. in d. c. examinata. 11. ext. de judic. Domini de Rota decis. 314. Paul. de Leazaris. & Cardinal in d. Clement. unic. notab. 10. de sequestrat. possess. & fruct. Geminian. in c. nemo deinceps. 15. col. 2. de electione. in 6. Felin. in c. cum Bertholdus. 18. de sentent. & re jud. hosque citans Cerasius lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 2. numer. 16. & seq. Duaren. liber. 3. de benefic. cap. 10. Lambertin. in tract. de jur. patronat. quæst. 9. artic. 3. lib. 1. part. 2. Baptista à Villalob. in commun opin. in verb. sequestrum. numer. 52. Gœddæus ad cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 59. & seq. Clud in tract. de jure sequestrat. cap. 11. numer. 27. Paulus Berens. Disputat. ad Instit. 9. them. 3. quæst. 4. Hieronymus Gigas in tract. de pensionibus q. 72. huncque referens D. Foeer. class. 2. Disput. 11. thes. 13. edit. 2. & Hackelman disput. illustr. 9. thes 16. lit. b.*

163 Non obstat, quòd sequester nomine tantum alieno, futuri scilicet victoris, fructus colligit, vel in possessione est, *l. generaliter. 9. & l. interesse. 39. ff de acq. vel amit. poss.* At qui alieno nomine possidet, vel fructus cogit, jus conferendi vel præsentandi non habet. *d. c. cùm Bertholdus. 18. de sent. & re jud.* ubi creditor, cui jus patronatus cum universitate pignori erat obligatum, quia fructus alieno nomine, putà debitoris, colligebat, præsentare non potuit. Hoc, *inquam*, non obstat: quia in isto c. ideo creditor non præsentabat, quòd suberat persona legitima & habilis ad præsentandum, videlicet debitor dominus, à quo iniquum esset jus illud præsentandi auferri. Hic autem nullus est, qui præsentare possit: quoniam ad hoc factum est sequestrum, ut neuter litigatorum, quamdiu res sequestrata est, ullum jus in eâ exercere queat. *Duaren. d. lib. 3. de benefic. cap. 10. in fine. Cerasf. dict. libr. 3. miscell. ... cap 2. num. 18.*

Non quoque obstat, quòd sequestrum ad hoc fieri solet, ne dissipentur fructus, sed potius conserventur, restituendi ei, qui de proprietate obtinebit, 164
cap. 1. & 2. de sequestr. possess. & fruct. Jam verò si sequester præsentaret, ejusque præsentatio admitteretur: sequestri fructus dissiparentur, qui nullo pacto vincenti restitui possent: contra finem sequestri. Non obstat, *inquam*: siquidem ad assumptionem breviter respondetur: præsentare non 165
esse dissipare: quoniam præsentatus à sequestio, ab eo præsentatus censebitur, qui obtinebit. *Ceras. d. loco.*

Nihilo magis obstat *c. quoniam 3. & cap. cùm propter. 27. ext. de jure patronat.* ubi rescriptum est, controversia de jure patronatus orta; si, ut competat, intra quatuor menses non fuerit definitum; non sequestrem, sed Episcopum loci debere Ecclesiæ providere, & alium substituere. *Nam* per distinctionem respondendum: Aut jam vacante sacerdotio, lis de jure præsentandi vel conferendi inter plures patronos vel ecclesiastes orta est: aut, pendente lite super hoc jure, vacatio illa accidit. Priore casu obtinet illud, quod in præallegatis capitulis rescriptum invenitur: posteriori verò casu locum habet, quod superius pro decisione propositæ quæstionis attulimus. Ratio diversitatis est perspicua: quandoquidem priore casu hæc tacita deposito inest conditio; ne antè fiat collatio aut præsentatio, quàm si controversia illa sit terminata: in posteriori casu isthæc conditio cessat: quia officium sequestri est, ut eo in statu rem custodiat, in quo acceperat. Accepit autem eum sacerdotio non vocante. Itaque, ut non vacans reddat, necesse est. *Ita eleganter hoc explicat D. Gœddæus ad d. cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct num. 60. cum seq. ejusque assecla Paulus Berens d. Disputat. 9. them. 3. quæst. 4. circa finem.* Eadem decisio non præter rationem extenditur ad illum casum, si Status alicujus Imperii territorium vel castrum, alteri Statui, vel Imperatoris Commissariis sequestrò positum datumque sit, juxta Cameræ ordinationem *part. 2. titul. 21 §. fin.* Hos sequestres non solùm jus patronatûs, verum etiam exercendæ interim jurisdictionis habere, ut, si judex aliquis, pendente sequestratione, aut officialis moriatur, vel conditioni suæ renunciet, alium substituant, verisimilius putatur. Alioqui in eodem statu, resoluto sequestro, reddere non possent. *Gœdd. d. loco. num. 62. Clud. d. tract. de jure sequestr. cap. 11. num. 28. Hackelman. d. Disputat. 9. thes. 16. lit. C. Treutler. disputat. 26. thes. 9. ad lit. E. volum. 1. D. Foeer. d. Class 2. disput. 11. thes. 14. edit. 2.*

Quamvis autem sequestrum justè riteque sit decreterum: oblata tamen & præstita idonea de rebus litigiosis conservandis satisdatione (quæ non inscitè medicina sequestri appellitatur) istud relaxari, reoque suarum rerum usus, per sequestrationem ademptus, rursus permitti debet. *l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisdar. cogant. l. senatusconsulto. 16. in fin. ff. de* 166

offic. præsid. l. ultim. ibi, si modò salvam rem futuram per idoneos fidejussores promiserit. C. de ordin. cognit. Mynsinger. centur. 5. observ. 35. numer. 7. Gail. lib. 1. observat. 148. numer. 5. Vivius lib. 1. opinion. commun. opin. 266. Sebast. Medic. in tract. de conservand. poss glossa 2. part. 1. numer. 298. Quintilian. Mandos. de monitor. quæst. 10. numer. 5. Vincent. Caroc. de sequestro. part. 4. quæst. 2. num. 1. D. Besold. d. part. 2. delibator. jur. ex lib. 16. Pandect. quæst 5. pag. 108. Francisc. Curt. in tract. de sequestru. num. 55. & seq. Baptista à Villalob. commun. opin. verb. sequestrum. Ioan. Ferrar. Papiens. in forma sequestri sive saximenti. gl. 1. numer. 5. Emanuel Soarez in thesaur. recept. sont. verb. sequestratio. numer. 105. Gædd. in d. c. 3.
167 numer. 14. de sequestrat. possess. & fruct. Idque tum demum procedere sciendum est, quando causa quoque, ob quam sequestratio concessa est, per satisdationem tollitur, & æquè bene adversario est consultum. Nam si sequestrationis causa non removeatur per satisdationem: probabilius est, cautionem sive satisdationem recipiendam non esse, argument. c. ex transmissa 8. &c. literas. 13. §. fin. ext. de restitut. spoliat. Panormitan. in c. 2. de sequestrat. poss. & fruct. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 11. thes. 81. edit. 2. Coras. d. lib. 3. miscell. jur. civil. c. 2. numer. 19. & 20. Althus. lib. 1. Dicaolog. c. 70. num. 18. pag. 242. Exempli gratiâ: Si propter timorem dilapidationis sequestratio decreta fuerit: cautio idonea ad relaxandum sequestrum meritò admittitur: quia tunc causa, propter quam judex permisit sequestrationem, cessat: ac victori futuro prospectum & cautum est, ut rem, quam petit, & obtinet, à fidejussoribus datis exigere, sive ex pignore constituto sibi satisfacere possit. Quòd si verò propter metum armorum, ad evitandum periculum & scandalum, sequestratio fuerit concessa: satisdatio non recipitur: propterea quòd causa sequestrationis factæ satisdatione non aufertur: sed armorum vitæque periculum, ac metus turbationis publicæ tranquillitatis permanet.
168 Satisdatio quippe malevolum propositum non immutat: & damnum facilè resarciri nequit: adeoque hoc casu satisdationi locus nullus relinquitur, argument. §. novissimè. 12. supr. de suspectis tutorib. latiùs D. Cludius. d. tract. de jure sequestrat. c. 10. numer. 4. & seqq.
169 Cæterùm an juratoria cautio ad relaxandum sequestrum sufficiat, si nec fidejussoribus, nec pignoribus reus, ob inopiam, vel aliam difficultatem, cavere possit, dubitari solet? Et quanquam id negant Bartolus in l. litibus. 20. numer. 5. C. de agric. & censit. Iason & Alexand. in l. 1. numer. 23. vers. undecimò limita. & in l. si fidejussor. 7. numer. 18. ff. qui satisdar. cog. Francisc. Curt. d. tractat. de sequestru. numer. 56. Bald. Ioan. de Imola, & alii in l. filiusfamilias. 114. §. Divi Severus & Antonius. ff. de legat. 1. affirmantium tamen sententiam veriorem & æquiorem esse, teor: dummodo reus, ad juratoriam cautionem se offerens, integræ sit vitæ, ac probatæ existimationis. Ita tenent Mynsingerus cent. 2. observ. 11. Gail. lib. 1. observat. 148. num. 6. Gædd. in d. c. 3. num. 18. cum seqq. de sequestrat. poss. & fruct. Vincent. Carat. in tract. de sequestrat. part. 4. quæst. 2. numer. 8. Matth. Coler. de process. execut. part. 3. c. 11. numer. 94. cum seqq. Treutler. Disput. 26. thes. 12. volum. 1. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 11. thes 82. edit. 2. Hackelman. Disput. illustr. thes. 15. ad lit. D. Caroc. d. tract. de sequest. p. 4. quæst. 2. num. 8. Camill. Borell. in summ decis. de sequestrat. num. 138. Bauman in tract. de sequestru. c. 17. numer. 22. cum seqq. Paulus Berens. Disputat. 9. ad Institut. them. 3. quæst. 5. Clud. d. c. 10. numer. 8. & aliquot sequentib. Hæcque assertio sustinetur textu 170
in l. 1. §. omnes. 2. vers. sin verò. C. de assert. tollend. ubi is, qui fidejussorem dare non potest, ad juratoriam cautionem admittitur. Et illum textum de sequestratione exaudiendum esse, innuit ibidem Accursius super verbo, juratoria. Huc etiam pertinet textus in Auth. generaliter. C. de Episcop. & cleric. Auth. hodie. C. de custod. reor. Novell. 112. c. 2. in princ. vers. sin autem dixerit, &c. & Novell. 134. c. 9. vers. si verò juraverit, &c. Fürstlich Würtembergisch Ernewert Landrecht. part. 1 tit. 20. §. So fern aber. pag. 104. quibus in locis expressè constituitur, si per fidejussores, vel pignora caveri non possit, ad juratoriam cautionem recurrendum esse. Quò confert etiam textus in c. per vestras. 7. §. mandamus. ibi, sub ea, quam potest, cautione præstare. ibique gloss. & Canonistæ communiter. ext. de donat. int. vir. & uxor.

Nec obstat, quòd ad relaxationem sequestri idonea satisdatio requiritur. d. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisd. cogant. l. ult. Cod. de ordin. cognit. d. l. litibus. 20. C. de agric. & censit. Satisdatio autem idonea propriè est illa, quæ fit fidejussoribus, vel pignoribus. d. l. 1. ff. qui satisdar. cog. l. 1. §. jubet. 9. ff. de collat. bonor. l. si se non obtulit. 4. §. ait prætor. 3. ff. de re judicat. l. promissoe. 21. in fin. ff. de constit. pec. l. solutam. 49. in fin. ff. de solutionib. l. ergo. 4. §. addici. 8. ff. de fideicommissar. libertatibus. Nam succinctè respondetur: adhibendam quidem esse in sequestri relaxatione idoneam, & propriè sic dictam satisdationem, si fidejussores reperiri, vel pignora dari possint, nec ad juratoriam, ceu impropriam, transiliendum esse. At si idoneè caveri nequeat; ad juratoriam cautionem non malè recurritur; quemadmodum id plenius persequitur Cludius loco paulò antè designato, ubi omnino videndus. 171

Planè finitur sequestratio quatuor potissimùm modis. Et primùm quidem eam litis terminatione finiri, non ambigitur. l. si fidejussor. 7. §. fin. ibi, lis finem acceptat. ff. qui satisd. cog. l. si quis affirmavit. 9. §. Labeo. ibi, donec inter vos dijudicetur. ibid. Bartol. ff. de dol. mal. l. fin. C. de ord. cognit. l. litibus. 20. C. de agric. & censit. c. 1. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Clementin. unic. eod. tit. Lis autem terminata sive finita dicitur, quando sententia à judice prolata transitum in rem judicatam fecit: ideoque si appellatione ritè suspensa fuerit, lis finita non censetur, & 172
con-

consequenter sequestratio adhuc durat, *argum. l. 1. in fin. ff. ad SC. Turpillian. gloss. in l. 2. super verb. quæstionem. C. ut lite pendente, vel post provocationem, &c. d. l. litibus. 20. C. de agric. & consit. Bald. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisd. cog. Speculat. in tit. de sequestrat. poss. & fruct. §. 1. vers. sed pene, &c.*
174 *Curt. in tract. de sequestru. quæst. 18. numer. 65.* Neq; resistit, per satisdationem de judicio sisti, revocari sequestrum. *d. l. si fidejussor. 7. §. fin. & ibi gloss. in verbo, satisdatio. ff. qui satisdar. cog.* Illam autem satisdationem finiti latâ à judice sententiâ, *arg. l. Græcè. 8. §. & post litem. ff. de fidejussorib.* Proindeque etiam in negotio sequestrationis, latâ à judice sententiâ, litem censeri finitam. *Etenim* facilis responsio est: quòd videlicet non simplex satisdatio de judicio sisti in sequestratione præstanda sit, sed satisdatio de re litigiosa conservandâ & restituendâ: quæ effectum habet, donec sententia transeat in rem judicatam; & quamdiu per provocationem non suspendatur. *l. sciendum. 15. §. si fundum. 6. ff. qui satisdar. cogant. D. Clud. d. tract. de jur. sequestrat. c. 10. n. 37.*

175 Secundò finitur sequestratio per sequestris renunciationem, justissimâ causâ, judicisque auctoritate interveniente, factam, *l. ei, apud quem. 5. §. fin. ff. deposit.* ubi licèt Ulpianus (ut patet ex verbis istis; *denunciatione factâ his, qui eum elegerant, &c.* ex Pomponii mente, de voluntariâ sive conventionali sequestratione loquatur, quando nimirum partium consensu sive conventione sequester est elect⁹: idem tamen, & certè multò magis in necessariâ sequestratione, quando sequester à judice ex causa electus est, obtinet. Nam sequestrationem auctoritate judicis alicui impositam & susceptam, absque ejusdem voluntate ac decreto, & sine assignatione justæ causæ, deserere aut deponere nemini permittitur. Quænam verò sint justæ renunciationis causæ, judicis discretioni & arbitrio relinquitur, *ut Ulpianus in fine dictæ l. 5. subindicat. Trentacinq §. lib. 3. variar. resolut. 12. numer. 6. Celer. d. tract. de process. execut. part. 3. c. 11. numer. 9. Börell. d. decis. ad tit. de sequestr. numer. 155.*
176 Porrò sequestris officio per renunciationem admissam finito, res litigiosa non semper parti, quæ præsens est in judicio, restituitur: sed potiùs apud ædem aliquam deponitur. Ratiò enim, *inquit Iureconsultus loco jam allegato*, ei res restituenda est, qui venit: hoc est, qui ad denunciationem, judicis auctoritate factam, in judicio comparuit. Deponenda itaque est penes tertium aliquem; vel ædem sacram, vel officium publicum: & his posterioribus casibus apud officiales ædis sacræ, officiive publici deposita intelligitur. Sed & apud eundem judicem, coram quo lis ventilatur, fieri potest depositio, si ipsi hoc ita videbitur: uti, *post Sebastianum Medic. in tract. de conservand. possess. num. 294. & Curtium in tract. de sequestru. numer. 28.* docet Cludius *d. c. 10. numer. 43. auctoritate glossæ in l. senatusconsulto. 16. super verbo, deponatur. ff. de offic. præsid.*

Tertiò finitur sequestratio conditione existente, 177
sub qua sequestratio fuit concessa, *argument. l. propriè. 6. ibi, certa conditione. ff. depositi. & dict. l. si quis affirmavit. 9. §. Labeo. 3. ibi, nondum impleta conditione. ff. de dol. mal.* vel die veniente, in quem res litigiosa sequestri est tradita, *argument. §. hoc amplius. 4. supr. quib. mod. tollit. obligatio.* Idque tam in necessariâ, quàm voluntariâ sequestratione procedere, verius est. Sive enim à partibus sequester fuerit electus, sive à judice constitutus, utroque modo sequester esse desinit, & quoad ipsum sequestratio finitur, resque alterius fidei ac custodiæ committitur, *notante Cludio d. cap. 10. numer. 49.* Quartò & ultimò sequestrationem morte sequestris finiri, vix dubitari potest. Nam cùm personæ indu- 178
stria & fides hic sit electa: ad heredes hoc officium non transit: sed morte illius, qui electus est, extinguitur, *argumento §. item si adhuc. 10. supr. de mandato. l. 1. in fin. ff. de constitutionib. princip. l. quia tale. 13. ff. soluto matrim. c. privilegium. 7. de reg. jur. in 6. & l. privileg. 196. ff. eodem.*

Actio, ex sequestratione descendens, speciali nomine actio depositi sequestraria, ad differentiam a- 179
ctionis simplicis, nominari consuevit. *l. si in Asia. 12. §. cum sequestre. 2. ff. deposit. l. si quis affirmavit. 9. §. si oleum. 3. ff. de dol. mal. Wesenbec. in Paratitl. ff. deposit. num. 6. vers. hu exceptis, &c. Alciat. in l. sequester. 110. circa finem. ff. de verb. significat. Cujac. in Paratitl. C. de prohibit. sequestrat. pecun. in fine. Bauman. in tractat. de sequestru. c. ultim. numer. 28. & seqq.* Eaque duplex perhibetur: directa, & contraria. *l. ei, apud quem. 5. & tot. tit. ff. & C. depositi, vel contrà.* Directa competit litigatori, cui res tan- 180
quam vero possessori addicta est; adversus sequestrem, ut rationes reddat, & rem litigiosam, ad custodiendum acceptam, restituat cum omni causa; hoc est, cum omnibus fructibus, commodis, utilitaribus & accessionibus, quas ex re ipsa depositâ tempore litis percepit. *l. 1. §. & ideo. 24. d. l. ei, apud quem. §. 1. & passim. ff. deposit. l. Iulianus. 9. §. penult. & ultim. ff. ad exhibend.* Datur quoque hæc actio adversus sequestrem, ut eo loco rem depositam exhibeat, de quo conventum est. Quòd si de pluribus locis convenit; in arbitrio sequestris est, quo loco exhibere velit. *d. l. ei, apud quem. 5. §. 1. ff. deposit.* In alternativis enim electionem promissoris esse, constat *ex l. plerunque. 10. §. fin. ff. de jure dot.* Sed si nihil convenit: denunciandum est ei, ut apud prætorem exhibeat. *d. l. 5. §. 1. in fin. ff. deposit.* Quod tamen accipiendum est, ut obtineat, quando institutum judicium per judicis sententiam nondum finem accepit. Eo siquidem finito, res non est penes alium sequestranda; sed restituenda ei, qui victoriam reportavit: *ut rectè explicat Cludius in tract. de jure sequestrat. c. 12. num. 7.* Præterea in heredem etiam ipsius sequestris, hanc sequestrariam depositi actionem reddi, expressum est *in l. si hominem. 7. §. 1. & dict. l. si in Asia. 12. §. cum sequestre. 2. in fine. ff deposit.*

Nn 2 Sicuti

Sicuti & è contratio heredibus eorum, qui rem litigiosam sequestrarunt, actionem hanc directam, cùm rei persecutoria sit, competere certum est. *d. l. 1. §. hac actio. 19. ff. eod. §. rei persequenda. 17. infr. de actionib.* Cæterùm an & quatenus Magistratus pecuniam, apud se depositam alii, quàm vero creditori, solvere possit, edocet Matth. Colerus, *d. tract. de processib. execut. part. 3. cap. 11.* eumque laudans Berlichius *decis. aur. 55. pag 177. & seqq.*

181 Contraria depositi sequestraria actio accommodatur sequestro, apud quem res litigiosa est deposita; ad repetendum & consequendum sumptus & damna, omneque id, quod in rem sequestratam necessariò, vel utiliter impendit, ne videlicet officium ei damnosum, vel deponens cum depositarii jacturâ locupletior fiat. *d. l. ei, apud quem. 5. in princ. ff. deposit. l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indebit. Salicet. in l. unic. Codic. de prohibit. sequestrat. pecun. Curt. in tract. de sequestru. quæst. 3. num. 27.* Sed & heredibus sequestris; ut & contra litigantium heredes, isthæc actio datur. Hi enim cùm eorum bona possideant: æquum omnino est, ut solvant sumptus, & alia, quæ sequestri ratione præstiti officii debentur, *argum. d. l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb. & l. jure natura. 206. ff. de reg. jur.* Porrò de aliis remediis, tum ipsi sequestri, tum contra eundem competentibus, enucleatè ac copiosè, post alios, quos refert, disputat Andreas Cludius *d. tract. de jure sequestrat. cap. 12. num. 25. & multis sequentib.*

§. Creditor. 4. & ultimus.

Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de eà re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratiâ datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere; si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit: securum esse, nec impediri creditum petere.

SUMMARIA.

1 *Tres pignoris notiones.*
2 *Pignoris definitio, ejusq; explanatio.*
3 *Intellectus l. 1. in princ. & l. si convenerit. 18. ff. de pignorat. action.*
4 *Pignus unde, & quid propriè dicatur.*
5 *Pignus & hypotheca quomodo differant.*
6 *An statutum disponens de pignore, locum etiam habeat in hypothecâ.*
7 *Pignus generaliter sumptum, quid significet.*
8 *Nemini res sua potest oppignerari.*
9 *Quomodo pignus differat à reliquis contractibus realibus.*
10 *Pignus aut voluntarium, aut necessarium. Hacq; divisio à morsu Boceriano vindicatur.*
11 *Voluntarium pignus quid, & quomodo constituatur.*
12 *Pignus in quibus rebus constituatur tacitâ conventione.*
13 *Si gratis alieni habitatio concessa sit: ejus res inducta & illata nec pro pensione, nec pro deteriuratione, domino obligantur.*
14 *Non solùm primi, sed & secundi inquilini bona invecta & illata, primo locatori tacitè obligata putantur.*
15 *Hujus decisionis ratio dubitandi & decidendi.*
16 *Per liberam personam alteri non acquiritur obligatio.*
17 *Intellectus l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati.*
18 *Prædium urbanum in quo hic differat à rustico.*
19 *In prædium rusticum à colono inducta, locatori non esse tacitè obligata, aliquot rationibus ostenditur.*
20 *Inclusio unius est exclusio alterius.*
21 *Explicatio & intellectus l. certi juris. 5. Codic. de locato & conduct.*
22 *Ratio differentia inter prædia urbana & rustica.*
23 *Quæ expressè solita sunt fieri, pro expressis habentur.*
24 *Cur olim moris fuerit in locationibus prædiorum urbanorum, pactum expressum adjicere de rebus illatis, ut essent pignori: non itidem in prædiis rusticis.*
25 *Non ex conventione, sed ex inductione pignus contrahitur.*
26 *Quæ illata sive inducta pignoris nexu teneantur.*
27 *An merces illa pro pensione intelligantur tacitè obstrictæ; quas mercator importat in domum conductam, ut eas postea distrahat, & non, ut semper ibi maneant.*
28 *Natura & conditio mercium quæ.*
29 *Utrùm res in prædium urbanum illata, antequam præcludantur, liberè alienari possint.*
30 *Res semper transit cum suo onere.*
31 *Intellectus l. est differentia. 9. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.*
32 *Ecquid libri Studiosorum, in habitationem conductam illati, pro pensione locationis tacitè obligentur.*
33 *Obligatione rerum generali quæ non contineantur.*
34 *Major vis taciti, quàm expressi, esse nequit. & numer. 66.*
35 *Num bona minoris 25. annis in prædium urbanum illata, tacito pignore, pro pensione domûs, teneantur.*
36 *Tacitam hypothecam sive pignus lex ipsa inducit.*
37 *Quatenus res minorum obligari non possint sine decreto prætoris.*
38 *An nummi, in prædium conductum illati, tacitè obligentur.*

104 *Num patris bona, pro dote filie suo datâ, intelligantur tacitè obligata.*

105 *Dos ibi esse debet, ubi sunt onera matrimonii.*

106 *Legatariis & fideicommissariis tacita hypotheca conceditur in bonis testatoris.*

167 *An donatio causa mortis, nomine legati contineatur.*

108 *Heredis bona, sicuti testatoris, pro legato tacitè non censentur obligata.*

109 *Tacitum legatorum pignus in quibus rebus locum habeat.*

110 *Ecquid testater tacitam istam hypothecam, pro legatis introductam, testamento remittere aut prohibere queat.*

111 *Testator contra legem nihil quidquam ordinare potest.*

112 *Tacitum legaterum pignus inter heredes dividitur.*

113 *Pignus tacitum datur insula creditori, qui pecuniam ob restitutionem adificii extruendi mutuam dedit.*

114 *Vrbem ruinis non deformari, Reipubl. interest.*

115 *An jus istud taciti pignoris porrigatur ad eum, qui redemptori operis nummos subministravit.*

116 *An etiam ei, qui in navem, aliamvè rem extruendam vel emendam nummos mutuè dedit, tacitum pignus concedatur.*

117 *Privilegium taciti pignoris non, nisi legibus nominatim constituitur.*

118 *Sententia l. interdum. 5. & l. seq. ff. qui potior in pign. vel hypoth. hab.*

119 *Pignus pratorium quid, & quotuplex.*

120 *Pratorium speciale pignus quemodo constituatur.*

121 *Iudiciale pignus quid.*

122 *Inter pratorium & judiciale pignus differentia.*

123 *Qua persona rem aliquam pignori vel hypotheca obligare possint.*

124 *Quibus licet alienare: multò magis iis licebit obligare.*

125 *Sensus l. 1. §. 1. ff. qua res pignori vel hypothec. data, &c.*

126 *Donare est perdere.*

127 *Quatenus tutor sive curator rem pupilli vel adolescentis oppignerare valeat.*

128 *An & quatenus procurator res sui domini oppignerare possit.*

129 *Nunquid administrater Reipubl. rem civitatis pignori nectere queat.*

130 *Per quas personas nobis pignoris & hypotheca obligatio acquiratur.*

131 *Pignus non rectè datur extranea persona, in quam solutio tantum in ipso contractu collata est.*

132 *Qua res oppignerari, vel non possint.*

133 *Pigneris utilitas in quo consistat.*

134 *Vno prohibito, omnia prohibita intelliguntur, per qua ad id, quod prohibitum est, pervenitur.*

135 *Sententia l. in quorum. 24. ff. de pign. & hypothec.*

136 *Debitor solvens debitum, pignus quovis tempore potest liberare.*

137 *Rei sacra, sancta, religiosa, &c. pignerationem non recipiunt.*

138 *Liberorum hominum oppignoratio jure prohibita.*

139 *Alter alterius odio non debet pragravari.*

140 *Servitutes pradiales utrùm pignori dari possint.*

141 *Quacunque in creditorem transferri nequeunt, frustrà pignori dantur.*

142 *Intellectus & explicatio l. sed an via. 12. ff. de pignorib. & hypothec.*

143 *Nemo servientis fundi causam facere potest deteriorem.*

144 *Servitutes personales utrùm oppignerari queant.*

155 *Res planè aliena pignori dari nequit.*

146 *Res aliena vendi potest.*

147 *Ratio differentia inter emptionem & pignus.*

148 *Plus cautionis in re est, quàm in persona.*

149 *Actio pignoratitia datur etiam ei debitori qui rem alienam pignori dedit.*

150 *Quatenus ex emptione nullà actio detur.*

151 *Quibus casibus pignus rei aliena valeat, aut convalescat.*

152 *Volenti non fit injuria.*

153 *Ratihabitio mandato comparatur.*

154 *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.*

155 *Calliditas, cum alterius damno conjuncta, impunita esse non debet.*

156 *An & quatenus rei propria pignus aut emptio valeat.*

157 *Nostrum esse videtur, cujus nomine actionem ad id petendum habemus.*

158 *An, si debitor, qui rem alienam obligavit, postea ejus dominus fiat, ex post-facto pignus convalescat.*

159 *Contra factum proprium debitor venire non debet.*

160 *Iniquum est, aliquem ex suo mendacio lucrum consequi.*

161 *An, si dominus rei fiat heres debitoris, pignus convalescat, ita ut creditori hypothecaria saltem utilis, adversus dominum rei pignorata, concedatur.*

162 *Conciliatio antinomia inter l. si Titio. 22. ff. de pignorib. & hypoth. & inter l. rem alienam, 41. ff. de pignorat. action.*

163 *Communi opinioni contradicere, arrogantia signum putatur.*

164 *Veritas & communis opinio aquiparantur.*

165 *Duo diversi casus continentur in d. l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act.*

166 *Heres & defunctus pro unâ eâdemque personâ habentur.*

167 *Sententia l. si servo. 20. ff. qui & à quibus manumiss.*

miss. liberi non fiunt. l. filium. 31. ff. de liberali caus. & l. si ab eo. 7. C. eod.

168 *Heredi non licet impugnare factum defuncti.*

169 *Si creditor ignorans rem alienam pignori acceperit: ei actio hypothecaria utilis datur, non quidem adversus dominum, sed quemvis alium possessorem.*

170 *Num, si debitor rem alienam creditori suo dederit pignori, scienti, rem esse alienam, pignus convalescat.*

171 *Sententia & intellectus l. 1. ff. de pignoribus & hypothec.*

172 *Creditori scienti nec contraria pigneratitia, nec hypothecaria datur.*

173 *Consideratio d. l. rem alienam 41. ff. de pignorat. act.*

174 *Ecquid res feudalis à vasallo pignori dari possit.*

175 *Omnis alienatio feudi prohibita.*

176 *Pignoris datio est alienatio.*

177 *Emphyteuta oppignerare licet rem emphyteuticam, & usufructuario jus suum fructuarium.*

178 *Ratio diversitatis inter emphyteutam sive usufructuarium, & inter vasallum.*

179 *Num vasallo sit prohibita datio hypotheca.*

180 *Propriè aliud pignus, aliud hypotheca.*

181 *Pœnalia & odiosa interpretatione magis restringi debent, quàm ampliari.*

182 *Quâ feudi alienatione sit vasallo interdictum.*

183 *Cessante dispositionis fine, cessat etiam ipsa dispositio.*

184 *Intellectus l. res hypotheca. 5. §. inter pignus. ff. de pignor & hypothec.*

185 *Tam pignoris, quàm hypotheca datio censetur alienatio.*

186 *Alienatione prohibitâ, id etiam prohibitum videtur, ex quo sequi alienatio potest.*

187 *Nunquid, si feudi dominus in oppignorationem consenserit, & postea, vasallo sine liberis mortuo, feudum ad ipsum dominum redierit, dominus satisfacere creditoribus teneatur.*

188 *Consentiens contractui, super re aliquâ inito, censetur renunciare juri, quod in re ista habuit.*

189 *Semel consentiens, jure huic consensui contravenire nequit.*

190 *Dominus feudi rata habere tenetur ea, qua ipsius consensu in feudo gesta sive alienata sunt.*

191 *Oppignoratione jus reale constituitur.*

192 *Pleraque secundum subjectam materiam accipienda.*

193 *An & quatenus omnis conventio intelligatur rebus sic stantibus.*

194 *Consideratio cap. 1. §. etsi clientulus. de alienat. feud. lib. 1. tit. 13. f.*

195 *Omnis definitio sive regula periculosa.*

196 *An & quatenus consensus juri proprio ipsius consentientis prajudicare non soleat.*

197 *Natura contractûs pignoris qua.*

198 *Confirmatio nihil novi juris tribuit.*

199 *Qui vult unum, omne id velle existimatur, quod ex illo necessariò sequitur.*

200 *Quando juris renunciatio prasumatur.*

201 *In claris non est locus conjecturis.*

202 *Plurimùm inter se differunt, consentire & obligari.*

203 *In generali locutione non comprehenditur persona loquentis.*

204 *Clausula, salvo jure meo, qua jura reservare intelligatur.*

205 *Consensus à domino feudi oppignorationi praestitus, etiam ad usuras extenditur.*

206 *Sententia l. quaero. 54. in princ. ff. locat.*

207 *Instantia confutatur.*

208 *Pignus, contractus bona fidei.*

209 *Debitoris bona vel generaliter, vel specialiter pignori supponuntur.*

210 *Generaliter quando.*

211 *Specialiter quando.*

212 *Specialis conventio etiam accessiones complectitur.*

213 *Qua pacta in pignoris constitutione servanda.*

214 *Iustum ἀντιχρήσεως pacti ea.*

215 *Multa propter incertum fructuum precium & eventum permittuntur.*

216 *Lex sive pactio pignorum commissoria, jure prohibita.*

217 *Pactio ista quid habeat proprium.*

218 *Intellectus l. si fundus. 16. §. ult. ff. de pigner. & hypoth. & l. 1. C. de pactis pignorum, &c.*

219 *Sententia l. fin. in princ. ff. de contrah. empt.*

220 *Sententia l. ult. C. de distract. pignor.*

221 *An pactum commissorium valeat, si ex intervallo, post pignus datum, adjiciatur.*

222 *Ubi lex non distinguit, ibi nec nos distinguere debemus.*

223 *Sensus l. Titius. 34. ff. de pigneratit. act.*

224 *Pactio commissoria juramento confirmari nequit.*

225 *Iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis.*

227 *Num creditor, secundùm conventionis legem, propriâ auctoritate ingredi possessionem valeat.*

227 *Mens & sententia l. creditores. 3. Cod. de pignoribus & hypothec.*

228 *Quod semel placuit, ampliùs displicere non potest: item, volenti non fit injuria: & quomodo hoc intelligendum.*

229 *Vim omnes leges aversantur.*

230 *Intellectus l. cum creditor. 55. ff. de furt. item l. qui vas. 48. in pr. ff. eod.*

231 *Intellectus l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad Leg. Aquil.*

232 *Intellectus l. 1. §. 2. ff. quod legator.*

233 *Pignoris & hypotheca effectus in quo consistat.*

234 *Actio Serviana unde sic dicta, & quid sit.*

235 *Quasi Serviana, qualis actio, & quibus nominibus appelletur.*

236 Cre-

23 *CreditorServiana, vel quasiServianâ, adversus extraneum possessorem, principali debitore nondum actione personali convento, experiri nequit.*
237 *An & quatenus creditor, debitore in solutione cessante, distrahere pignus possit.*
238 *Explicatio & intellectus l. ult. C. de jure domin. impetrand.*
239 *Correctio juris veteris non præsumitur.*
240 *De jure prælationis.*
241 *Qui prior tempore, potior jure.*
242 *Ius pignoris semel creditori quæsitum, facto debitoris deterius fieri nequit.*
243 *Generalis hypotheca anterior, speciali posteriori præfertur.*
244 *Genus omnes sub se complectitur species.*
245 *Prior creditor habens specialem hypothecam, & ei annexam generalem, debet prius excutere specialem.*
246 *Creditor hypothecarius, tempore prior, præfertur & Reipubl. & fisco.*
247 *Impensa funerum atque exequiarum omne creditum præcedunt.*
248 *Cadavera non debent jacere insepulta.*
249 *An funeris impensa creditori, non solùm tacitam hypothecam, sed etiam expressam anteriorem habenti, anteponatur.*
250 *Verbum (omne) nihil excludit.*
251 *Funeris impensa vincit dotem: hæc verò vincit hypothecam expressam anteriorem.*
252 *Summa l. & si quis. 14. §. 1. ff. de religios. & sumpt. funer.*
253 *Impensæ & sumptus funeris qui intelligantur.*
254 *Vtrùm vestes lugubres, fascia serica, &c. impensarum funebrium nomine contineantur.*
255 *Impensis funebribus annumerantur sumptus medici, & similibus præstandi.*
256 *Vt & mercedes servorum, ancillarum & mercenariorum.*
257 *Posterior potior est priore qui pecuniam nominatim credidit ad conservandam rem pignori obligatam.*
258 *Hujus decisionis ratio.*
259 *Pupillus in re, ex suâ pecuniâ comparatâ prior habetur.*
260 *An mulier ratione dotis indistinctè omnib. creditoribus, non modò tacitam, sed & expressam anteriorem hypothecam habentibus, anteferatur.*
261 *Referuntur Auctores, negativam amplectentes.*
262 *Versor sententia contraria: eiusque Auctores.*
263 *Mens & expositio l. assiduis. 12. Cod. qui potior. in pign. habeant.*
264 *Vbi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.*
265 *Mulier anteponitur creditori, cujus pecuniâ res empta est.*
266 *Consideratio l. satis notum. 4. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.*
267 *Summa l. ubi adhuc. 29. C. de jure dot.*
298 *Summa l. in rebus. 30. d. tit.*
269 *Dispositio universalis maximè geminata, nihil omnino excludit.*
270 *Favore dotium multa contra juris rationem recepta.*
271 *Refutatio contrariorum argumentorum.*
272 *Declaratur d. l. assiduis. 12. §. C. qui potior in pign. hab.*
273 *Quatenus creditoribus jus hypothecæ semel quæsitum, non sit auferendum.*
274 *In causa pignoris an eadem fisci & mulieris ratio.*
275 *Privilegium tacitæ hypothecæ, mulieri competens, à quo tempore incipiat.*
276 *An mulier privilegio prælationis renunciare possit.*
277 *Publicè interest, mulieribus suas dotes esse salvas.*
278 *Iuramentum legibus contrarium, non valet: secus tamen est de jure canonico.*
279 *Creditor habens instrumentum publicum, præfertur habenti instrumentum privatum, & in eo hypothecam priorem.*
280 *Privata scriptura contra tertium nihil probat.*
281 *Scriptura privata, subscriptione trium testium munita, habet vim instrumenti publici.*
282 *Non minorem fidem faciunt testes, quàm publicum instrumentum.*
283 *De dissolutione pignoris.*
284 *Vnusquisque pro ignorante, & etiam invito debitore solvere potest.*
285 *Oblata & consignata pecunia depositio vim solutionis habet.*
286 *Remissione expressâ vel tacitâ pignus solvitur.*
287 *An is, qui reddit debitori pignus jus pignoris remisisse præsumatur.*
288 *Reddere quid sit.*
289 *Chirographi redditio remissionem fortis inducit.*
290 *Obligatione principali sublatâ, tollitur accessoria.*
291 *Cessante causa, cessat effectus.*
292 *Pignus liberatur satisfactione.*
293 *De sorte quemadmodum satisfactum intelligatur.*
294 *De pignore quando satisfiat creditori.*
295 *Si pignus debitor æquè idoneum creditori invito offerat, an prius pignus liberetur.*
296 *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*
297 *Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium non transfertur.*
298 *Sensus l. si rem alienam. 9. §. 3. ff. de pignerat. act.*
299 *Intellectus l. si mandatu. 45. §. 2. ff. mandat.*
300 *Explicatur glossa in l. si Titio. 22. ff. de pignorib. & hypoth.*
301 *Sententia l. illud verum. 10. §. 1. ff. quod met. caus.*
302 *Aliquis facere tenetur, quod sibi non nocet, & alteri prodest.*
303 *Rei interitu pignus finitur.*

304 Qua-

Subjicitur hîc quintus contractus, qui re contrahitur, *Pignus* scilicet. Hujus verbi *Pignoris* tres præcipuè in jure reperiuntur notiones. I. rem ipsam, quæ alicui datur pignori, significat, *hoc §. nostro. ibi, qui pignus accepit. §. item Serviana. 7. vers. nam pignoris. infr. de actionibus. l. si quasi. 3. l. si convenit. 4. l. quamvis. 6. §. fin. ibi, qui dederit pignus. l. si necessarias. 8. §. si annua. 3. §. penult. & ultim. l. si cùm venderet. 13. ff. de pignorat. act. & tot. tit. ff. & C. de distract. pignor.* II. jus in re, quod ex obligatione habet creditor, designat. *l. 1. in princ. ibi, pignus contrahitur. & §. 1. ibi, contractum fit pignus. & §. 2. ibi, pignori obligaverit, &c. l. si convenerit. 18. in princip. ibi,* 1

ibi, nemen pignori tibi sit. & §. 1. *ibi, proprietas pignori data sit.* & *passim ff. de pignorat. act. l. in noxalibus. 30. ibi. aliquid in ea re jus habeant,* & *ff. de noxalib. actionib.tot.tit.ff. quæ res pignori vel hypotheca data obligari non poss. tot. tit. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* III. ipsum contractum seu conventionem, ex qua isthæc pignoris obligatio descendit, denotat. *l.1. §. ultim. ff. de pact. l. solutum.11. §. 2. ibi, pignus contractum est. ff. de pignorat. act. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. Fr. Balduin. in Commentar. de pignor.* & *hypothec cap. 1. Pacius in epitom. jur. Disput. 12. thes. 22. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 2. Schegk. in delibat. jur. Disput.15. thes.88. Iustus Schitz exercitation.jur.*
2 *disput. 13. th. 16. pag. 207.* Et in hoc significatu non malè, meo judicio, pignus definitur contractus, re initus, nominatus: quo creditori res alterius traditur, ob crediti restituendi fidem seu securitatem, *argumento hujus §. nostri,* & *l. legata. 9. §. ultim. ff. de supellect. legat.* Eodem ferè modo pignus definiunt Jacobus Cujacius *in Paratitl. ff. de pignorib.* & *hypoth. Vultejus hic n.1. Treutler. Disput. 1. thes.1. volum. 2. D. Collega Bocer. in Commentar. ad d.l. contractus. 23. c. 4. numer. 69. ff. de reg. jur. Giphanius. Disput 25. ad Institut. thes. 16.* & *Stuckius part. 1. exercit. Iustin. decad. 10. assert. 8. lit. d.* Dicitur, *contractus re initus.* Quia pignus neque nudo consensu, neque verbis, neque literis, sed rei traditione constituitur, *hoc §. nostro.* & *l. 1. §. creditor quoque. 6. ff. de obligat.*
3 & *actionib.* Nec adversatur *d. l. 1. in princ.* & *d. l. si convenerit* 18. *in princ. ff. de pignorat. act.* ubi pignus dicitur etiam nudâ conventione, sine traditione, contrahi. Nam id non de pignore, propriè sic appellato, sed de hypothecâ, intelligendum est, *ut arguit satis perspicuè §. item Serviana. 7. vers. nam pi-*
4 *gnoris appellatione. insr. de actionib.* Pignus, à pugno deductum, propriè & in specie dicitur res mobilis, quæ de manu in manum creditori traditur, sicque ad eum transit. *l. plebs est. 238. §. pignus. 2. ff. de verb. si-*
5 *gnif.* at hypotheca propriè ejus rei est, quæ nudâ conventione obligatur, & ejus possessio ad creditorem non transit. *l. si rem alienam. 9. §. propriè. 2. ff. de pignoratit. act. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 72. numer. 3. pag. 243. Timæus Faber disput. 12. ad Institut. Imperial. th. 14. sub lit. a.* Ad hanc differentiam respiciens D. Chrysostomus, *Commentar. Psalm.* 38. Pauper, inquit, non habet hypothecam, quia nihil possidet: non habet pignora, quæ tradat, quia nudus est: *prout eum laudat Ioannes Mercerius in Prolegomen. tit. ff de pignorib.* & *hypothec. numer. 13.* Pignus item contractus est, *d. l. 1. §. fin. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. de regul jur.* hypotheca autem contractus non est, sed pactum legitimum. *Borcholt. hic numer. 2. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 5. pag. 956. D. Bocer. ad d. l. contractus. cap. 4. numer. 70. ff. d. titul. edit. 2.* & *in hoc §. numer. 6. pag. 204.* Enimverò ad actionem hypothecariam quod attinet: inter pignus & hypothecam nihil interest: quoniam de utroque datur hypothecaria actio. *d. §. item Serviana. insr. de actionib.* Et de hac actione Martianus agens, scribit: inter pignus & hypothecam tantum nominis sonum differre. *l. res hypotheca. 5. §. inter pignus. ff. de pignorib.* & *hypoth.* ut legis istius inscriptio ostendit. Hinc statutum, 6
disponens de pignore, locum etiam habere in hypothecâ, non sine ratione concluditur. Siquidem obligationis intuitu, hypotheca cum pignore eadem est: quia haud minus juris habet is, cui non est tradita possessio, quàm cui tradita est, sed tantundem uterque ex æquo: proindeque toties ab ipsis juris auctoribus ista duo confundi; & pignus de re etiam immobili, ut & hypothecam de re mobili dici, cernimus. *l. 1. in princ. l. si necessarias. 8. in princ.* & *l. domo. 21. ff. de pignorat. act. l. 1. §. 2.* & *§. ultim. l. lex vectigali 11. ibi, fundus pignori datus. l. debitor. 32. l. cùm tabernam. 34. in princip. ff. de pignorib.* & *hypothec. l. 2. §. fin. ff. de religios.* & *sumpt. fun. l. pactum. 4. l. creditor. 7. C. de pignorat. act. l. 2. C. de prætor. pign. Connan. lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 13. numer. 1.* & *2. Donell. in Comment. de pignorib. c. 2.* & *ad rubr. C. eod. numer. 2. Duaren. ad tit. ff. de pign. act. cap. 1. Balduin. in tract. de pignorib.* & *hypoth. c. 1. Vultejus ad d. §. item Serviana. 7. numer. 15. infr. de actionib. Bachovius in tract. de actionib. disputat. 3. ad th. 31. pag. 97. itemq; in tractat. de pignorib.* & *hypothec. lib. 1. cap. 1. circa finem.* Atque illâ ratione moti, hanc sententiam defendunt *Anton. Negusantius in tract. de pignorib.* & *hypoth. part. 1. princ. numer. 9. Felinus in cap. cùm aliquibus. 6. ext. de sent.* & *re jud. Wesenbec. in Paratitl. ff. de pignorib.* & *hypoth. numer. 3. Hackelman. Illustrium quæst. Disput. 12. thes. 1. lit K.* & *Hœnonius Disputat. 13. controvers. 14.* ubi dissentientes allegat *Salicetum* & *Bartol. in d. l. si rem alienam. 9. §. propriè. ff. de pignorat. act. Ripam. in rubr. numer. 6. ff. de pignorib.* & *Mozzium in tractat. de pignorib.* & *hypoth. c. 1. numer. 18.* Quibus novissimè suffragantur etiam Martinus Schickardus *Disput. 12. ad Institut. thes. 7. sub lit. a.* & *resolut. quæst. prima. Anton. Asselman. de contractib. disput. 6. th. 2. pag. 142.* & Philippus Knipschildt *exercit. Iustin. 5. quæst. 1. pag. 169.* & *seq.* Itaque pignus; quatenus nomen generale est, sub se pignus in specie, & hypothecam complectens, appellari potest res omnis, 7
quæ pro debito in creditt securitatem obligatur; donec, quod debetur, sit exolutum, *argum. hujus §. nostri. ibique Vultejus numer. 10.* & *l. contrahitur. 4. D. Obrecht. prædictâ Disput. 15. thes. 11. Petr. Gregor. Tholos. lib. 23. syntagmat. jur. univers. c. 5. num. 4.* & *5.* Præterea in definitione dixi, *res alterius.* Quia
nemini res sua oppignerari potest. *l. nequ pignus. 45.* 8
ff. de regul. jur. Addidi item, *ob crediti restituendi fi-*
dem seu securitatem. Quibus verbis ceu differentiâ 9
specificâ, hic contractus distinguitur à reliquis contractibus re initis. Mutuum etenim & commodatum, rei usum; depositum custodiam rei depositæ; soluni verò pignus securitatem debiti concernit. *Vide Andream Burckhardum in Dissertat. de pignorib.* & *hy-*

& hypothec. sect. 1. conclus. 7. & Richter. in tract. de contract. disput. 6. th. 2. sub lit. h. pag. 146. Quin, ut clarius res explicetur, mutuum & commodatum spectant utilitatem debitoris tantum: depositum spectat utilitatem duntaxat creditoris; pignus utilitatem utriusque, & creditoris & debitoris: illius quidem, ut creditum ipsi fit eò securius; hujus autem, ut nimirum ipsi magis pecunia credatur, *authore Iustiniano in hoc §.* Neque enim solent homines bene cauti cuiquam temerè credere sine pignore. Nam quod Martialis, Poëta perquàm lepidus ac facetus, scitè olim de quodam Thelesino cecinit, *Epigrammat. lib. 12.* idem de plerisq; scribi dicique hoc exulcerato tempore poterit.

Cùm rogo te nummos sine pignore: non habeo, inquis.
Idem, si pro me spondet agellus, habes.
Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali:
Credis colliculis, arboribusq; meis.

10 Pignus generaliter acceptum, aut voluntarium perhibetur, aut necessarium, *Balduin. in tractat. de pignerib. & hypothec. cap. 5. D. Obrecht. Disputat. 15. thes. 21. Giphan. in Comment. de divisionib. jur. thes. 98. Heig. in praesenti §. num. 9.* Verùm hanc divisionem improbat Dn. Collega Bocerus *hic numer. 17. & seq. pag. 106.* Nam *necessarium pignus* (inquit) *non est contractus; neque contractus est pignus illud, quod testamento, vel legis auctoritate constituitur, &c.* Rectè, mi Bocere. At prae nimio carpendi studio non animadvertis, quòd expressè dicam: pignus *generaliter* acceptum, aut voluntarium perhiberi, aut necessarium. Non igitur pignus ita divido, quatenus pro contractu accipitur: sed quatenus nomen generale est. Sed praemittere debuissem *(inquis)* generalem pignoris definitionem. Fuit sanè & haec praemissa *sub n. 7.* ubi dixi: pignus, quatenus nomen generale est, appellari posse rem omnem, quae pro debito in crediti securitatem obligatur; donec, quod debetur, fit exolutum. Sub *n. 2.* autem non debui non specialem pignoris definitionem proponere: cùm in verbis immediatè praecedentibus egerim de eâ pignoris notione, quâ ipsum contractum denotat. Sed nihil tam considerate dici potest, quod tutum sit à morsibus eorum, qui id unicè agunt, & in hoc solum intenti sunt, ob idque tantùm aliorum Scripta legunt, quò ea cavillari queant. Voluntarium pignus

11 est: quod vel unius voluntate (ut testamento, quando videlicet testator alicui praedia sua obligat. *l. non est mirum. 26. ibi, cum testamento. ff. de pignerat. act. l. 1. C. communia de legat.*) vel duorum mutuâ conventione constituitur. *l. 1. ff. de pignerat. act. l. contrahitur. 4. ff. de pignerib. & hypothec. l. 1. §. ult. ff. de pact. l. justo. 44. § non mutat. 5. ff. de usurpat. & usucap.* idque expressè, non solùm verbis inter praesentes, sed etiam literis inter absentes. *l. creditor. 23. in fin. & l. penult. §. 1. ff. de pignerib. & hypoth. Donell. in tract. de pignorib. c. 7.* aut tacitè, praesumptâ nimirum voluntate contrahentium. *l. 1. & tot. tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacitè contrahit. l. unic. §. 1. ibi, in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accepimus. C. de rei uxor. act. d. l. 1. C. communia de legat. Stuck. pars. 1. Exercit. Iustin. decad. 10. assert. 8. lit. e. Petr. Gregor. d. lib. 23. syntagmat. juris univers. cap. 8. & 9.*

Tacitâ conventione pignus constituitur in rebus invectis & illatis in conductum praedium urbanum. 12
Siquidem jus praesumit, tempore locationis ita inter dominum sive locatorem & conductorem actum esse, ut inducta, tam pro pensione, quàm deteriorationе, sint obligata. *l. item quia. 4. in princ. ff. de pact. l. 2. ibiq; Mercerius num. 2. & l eo jure. 4. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l. fin. Cod. eod. Althus. lib. 1. Dicaolog. c. 72. num. 4. p. 247.* Quòd si 13
tamen gratis alicui habitatio concessa sit; ejus res inductae & illatae nec pro pensione, nec pro deteriorationе, domino obligantur. *l. Pomponius. 5. in princ. ff. in quib. caus. pig. vel hypothec. tacit. contrahit.* Ratio manifesta est: quia jus hoc taciti pignoris seu hypothecae, tantùm causâ mercedis in actione locati est receptum, ut de illâ domino magis sit cautum. *d. l. 2. ff. eod.* At qui gratis domum inhabitat, actione locati non tenetur: quia nullam debet mercedem, sine quâ locatio non consistit. *l. 2. in princ. ff. locati.* Ergo etiam illius res invectae & importatae nullo modo obligari possunt: non quidem pro pensione, quoniam nullam debet: non etiam pro deterioratione, quia aedes non conduxit, ut rectè docuit D. Obrechtus *d. Disput. 15. thes. 64. & seqq.* contra Accursium *in d. l. Pomponius 5. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit.* Planè non modò primi, 14
sed & secundi inquilini bona inducta & illata (utut obganniat Ludovic. Roman. *in singulari 85.*) primo locatori seu domino aedium tacitè obstricta censentur. *Verbi gratiâ:* conduxi à te domum, & ego postea in hac domo coenaculum alteri locavi, putà Titio, qui & ipse res suas in coenaculum intulit. Hoc casu & res meae, & res Titii, qui coenaculum à me conduxit, tibi locatori primo & aedium domino erunt obligatae, *per textum expressum in l. solutum. 11. §. solutam. 5. ff. de pignerat. action.* Ratio, cur & se- 15
cundi conductoris sive inquilini res domino intelligantur tacitè obligarae, dubitandi quidem haec est: quia secundus inquilinus cum domino non contraxit. Ratio autem decidendi est illa: quia videtur inter primum conductorem & dominum id esse actum, ut quidquid vel ab ipso, vel ipsi* voluntate ab alio illatum inductumvè fuerit, tacitè obligatû reputetur: atq; ita ipse Iurisconsult. Ulpianus *in d. l. solutum. 11. §. 5. in fin.* & objicit sibi, & respondet his verbis: *ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria.* Quasi diceret: si quis objiciat, conven- 16
tionem secundi conductoris cum primo factam non debere proficere domino: cùm per liberam personam obligatio alteri non acquiratur. *dict. leg. solutum. 11. §. per liberam. 6. ff dict. tit. l. 1. Codic. per quas person. nobis acquirit.* & proinde res secundi conductoris

ductoris domino obligata non videatur : responderi poterit, domino non proficere conventionem secundi inquilini, sed suam propriam, hoc est, eam quam habuit cum primo : ex ea, *inquam*, tacitè ipsi domino res obligata est, non tantùm primi, sed etiam secundi conductoris.

17 Nec cum his pugnat *l. si in lege.24.§.1.ff.locati.* ubi Paulus disertè respondet, res posterioris conductoris domino non obligari, sed fructus duntaxat. Nam Jurisconsultus ibi de fundo, id est, prædio rustico; Ulpianus verò *in d. §. solutam.* de domo & ædibus,
18 adeoque prædio urbano, apertè agit. Certo autem certius est, prædium urbanum differre à rustico : quòd in illo tacitè, in hoc non, nisi expressè ac specialiter, res inductæ obligentur ; ideoque etiam in illo secundi conductoris res videantur tacitè domino obligatæ, in hoc non item : quia in hoc, *inquam*, necessaria sit expressa conventio cum primo conductore, id est, colono : ergo & cum secundo. Fructus tamen fundi locati, non modò percepti à primo colono, cui dominus locavit, sed etiam à secundo, qui à primo colono conduxit, tacitè domino obligari censentur. Et hoc est, quod ait Paulus *in d. l. si in lege.24. § 1. ff. locati.* Idque copiosius exposuimus *in §. item Serviana.7. numer.13. & seqq. infr. de actionibus.*

19 Quod porrò dictum est, in prædium rusticum à colono inducta & illata, domino sive locatori non esse, tacito pacto obligata ; sed, ut illa sint pignori, expressam conventionem necessariam esse : id confirmatur primò *per dict. l. eo jure. 4. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contrahit.* Eo, inquit ibi Neratius, *jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta & illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacitè convenerit. In rusticis prædiis contrà observatur.* Deinde idem evincitur *ex §. adipiscenda. 3. versic. interdictum quoque. infr. de interdict.* ubi Justinianus Imp. tradit, res coloni obligari domino, quas ipse colonus pro mercedibus fundi pignori futuras pepigerit, id est, pignori esse, expressè convenerit. Tertiò eadem sententia robur suum accipit *ex l. si non inducta. 5. C. in quib. caus. pign. vel hypothec. tac. contrahit.* ubi de inductis & illatis in fundum specialis & expressa conventio intercedit. Quartò accedit hæc ratio : quòd cum de tacito pignore inductorum aut invectorum agunt Jurisconsulti, semper meminerint prædii urbani, nunquam rustici: *l. item quia. 4. ff. de pact. & toto ferè tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac.*
20 *contrahit.* At vulgare est, inclusionem unius esse exclusionem alterius. *l. cum prætor. 12. in princ. ff. de judic. l. maritus. 21. Cod. de procuratoribus.* Quintò non parùm eò confert, quòd ratio hujus taciti pignoris non habeat locum in prædiis rusticis, *ut paulò post ostendetur. num. 22.* Denique hanc decisionem Interpretes recentiores plerique omnes suis calculis corroborant : *Theophilus, Eguinarius Baro, Corasius, Heigius, Borcholt. Anton. Matthæus, & alii in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. Cujac. & Duarenus in d. l. item quia. 4. ff. de pact.* Connan. *liber. 4.* Commentar. *jur. civil. c. 16.* Donell. *in tract. de pignorib. cap. 2. Balduin. in* Commentar. *de pignoribus & hypoth. cap. 6.* Forcatul. *Necyomant. dialog. 17. Andr. Gerhard. decad. 14. quæst. 3. Bachovius in tract. de pignoribus & hypoth. lib. 1. c. 11. numer. 4. Menoch. de adipisc. possess. remed. 3. quæst. 4. num. 33. & seqq. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 20. ff. quæst. 4. pag. 43. aliique quos laudavimus in d. §. item Serviana. 7. num. 12. infr. de actionibus ubi etiam* Doctores *dissentientes adduximus.*

Non obstat *l. certi juris. 5. Cod. de locato & conducto.* 21
ubi Glossa, ejusque Sectatores existimant : pignus tacitum esse tam in rusticis, quàm urbanis prædiis : sed in eo tantum esse differentiã, quod in rusticis sit necessaria domini sive locatoris scientia, in urbanis necessaria ea non sit, *argumento dicta l. 5.* ubi Imp. Alexander rescripsit, inducta in prædium urbanum etiam sine scientia & voluntate domini pignoris jure teneri ; ast in prædium rusticum inducta, teneri jure pignoris illa, quæ voluntate domini à colono sint inducta. Non obstat, *inquam* : quoniam hujus distinctionis nulla est idonea ratio : sciente, an ignorante domino sint inducta, ut & ipse Iason fatetur *ad d. l. item quia. 4. num. 14. ff. de pact.* Quare dicta *l. certi. 5. Cod. de locato.* potius, ita accipienda est, ut verbo *voluntatis* aut *scientiæ* intelligatur expressa conventio, quemadmodum sumitur *in l. Pomponius. 5. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit.* Sicque sententia dictæ *l. certi. 5. C. de locat.* planè erit eadem, quæ *prædllegata l. eo jure. 4. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. & similium* : nimirum inducta & illata in prædium rusticum non obligari, nisi voluntate, id est, expressa conventione ; sed inducta & illata in prædium urbanum, obligari tacitè, hoc est, sine voluntate & scientia domini, sive expressa conventione. Reliqua, quæ huic verissimæ sententiæ opponuntur, refutavit nervosè Bachovius *loco suprà notato*, & nos diluimus *in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. num. 4.*
& seqq. Ratio porrò taciti pignoris, sive diversitatis 22
inter prædia urbana & rustica, hæc est : quia olim Romæ locationibus prædiorum urbanorum solebat plerunque nominatim & expressè adjici hæc conventio de inductis & illatis, ut essent pignori, quemadmodum & de fructibus in prædiis rusticis : *uti*
arguit l. si servus. 61. §. locavi. 8. ff. de furt. Ea autem 23
quæ expressè solita sunt fieri, & adhiberi plerunque, ex fide bona pro adjectis & expressis habentur, licèt de iis nihil nominatim cautum sit. *l. quòd si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de ædilit. edict. l. jam hoc jure. 4. in*
princ. ff. de vulg. & pupill. substitut. Cur verò Romæ 24
olim moris fuerit in locationibus prædiorum urbanorum, pactum expressum adjicere de rebus illatis, ut essent pignori, hæc videtur fuisse causa : tum quòd eam in Urbem multi peregrini & ignoti homines confluerent : tum quòd propter caritatem ædificiorum, ut in magna Urbe, multi tenuioris fortunæ & pauperes non haberent proprias domos vel

insulas, sed cœnacula passim conducerent: ideoque domini & locatores adversus ignotos & pauperes de mercede habitationis seu pensione sibi prospiciebant, obligatione rerum illatarum & inductarum. *Francisc. Balduin. d. Commentar. de pignoribus & hypothec. cap. 6.* Ceterum cur aliud jus fuerit in prædiis rusticis, in causæ fuit: quòd pro illorum pensione & mercede non tantum propositum esset dominis periculum: partim quia non ita ignotis locentur fundi: partim quia per fructus fundi, quos pignori esse constat, domino sive locatori satis sit consultum. *l. in prædiis. 7. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit.* Donell. *d. tract. de pignoribus cap. 4. in fin. Bornchorst. cent. 2. conclusionum. assert. 72. edit. 2.*

25 Illud hic diligenter notandum: inducta (putà mancipia) & illata (nempe reliquam supellectilem) esse pignori, non verò inducenda aut inferenda; adeò, ut etiamsi expresse convenerit, ut inducta sive illata sint pignori, antequam inducantur, si eadem alii dentur pignori, is potior sit in pignore: cùm non ex conventione, sed ex inductione pignus contrahatur. *l. potior est 21. §. si colonus. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. habeant.* Eodem confert textus *in l. si non inducta 5. C. in quib. caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit.* ubi de fundo, & mancipiis in eum non inductis, neque specialiter (in fundo enim expressa & specialis requiritur conventio, *ut suprà demonstratum*) obligatis rescribitur, ea non posse retineri pro pensione fundi. Ratio est: quia non erant specialiter obligata, neque etiam inducta: ac proinde pignoris nexu non tenebantur. Sed & illud ob-

26 servatu perdignum est: ea tantum inducta vel illata pignori esse, quæ eo animo inducta sunt, ut perpetuò (quamdiu scilicet durat locatio) sint in domo *l. in prædiis. 7. §. 1. ff. in quib. caus. pignus, vel hypothec tacit. contrahit. l. debitor. 32. in fin ff. de pignorib. & hypothec.* Nam si res in domum sint illatæ, non ut ibi sint, sed ut mox, aut paulò post alio transferantur; hæ tacito pignore non obstringentur. *Verbi gratiâ:* Mercator aliquot cados vini, cùm non posset statim in foro vendere, deposuit in ædibus conductis eâ mente, ut intra octo dies ad alium mercatum mitterentur. Hi cadi tacito pignori non erunt subjecti: quia in ædes conductas, ut ibi manerent, non fuerunt illati. Sic si belli causâ, aut propter latrones, quis ex villâ frumentum deportet in urbem, eo animo, ut cessante periculo eodem reportetur: hoc certè frumentum non erit pignori: quoniam non eo animo illatum est in urbem, ut ibi esset, sed ut inde in villa reportaretur. Hæcq; distinctio inter res in prædium urbanum illatas, ut sint ibi perpetuò, & inter illatas, ut tantùm ad tempus exiguum ibi sint, confirmatur etiam argumento *l. ex facto. 35. §. rerum autem. 3. ff. de heredib. instituend.* Et ratio ejus non obscura est: quia cùm res in domum inferuntur, ut aliò transferantur non hoc agi videtur, ut illæ sint pignori: cum hoc pignus sit loco pensionis, quæ plerunque tempore locationis elapso solvitur.

Quæritur autem de Mercatore, qui plerunque merces importat in domum conductam, ut eas postea distrahat, & non, ut semper ibi remaneant; an illæ pro pensione intelligantur tacitè obligatæ? Et illas tacitè obligatas non esse, opinantur *Angel. & Iason in §. item Serviana. 7. infr. de actionib. prout eos refert Hermannus Meyrer. in tract. de pignoribus & hypothec. titul. 18. numer. 26. Alexand. in l. si, constante. 24. in princip. in 3 quæst. tertia partis princ. in vers. item in quantum, &c. ff solut. matrim. Baldus in l. certi juris. 5. C. de locato. & Negusantius in tractat. de pignoribus & hypoth. 4. memb. secunda part. p. numer. 153.* Sed verisimilius est, illas tacitè pro pensione obstrictas censeri, *per textum evidentem in l. cùm tabernam 34. in princ. ff de pignor. & hypothec.* Et quia non importat omnes merces mercator, ut alio mittat vel transportet: sed, ut ibi maneant donec vendat: quod satis est ad hoc, ut locatori sint pignori obligatæ. At quid, si mercator has merces, ita tacitè pignoratas,

28 vendiderit: num pignus durabit? Et ait Scævola *in d. l. 34.* non durare, hac ratione: quia hæc est natura ac conditio mercium, ut distrahantur: sed tamen ut domino sit cautum, si mercator alias merces importet, hæ denuò illi obligatæ erunt. Quò facit textus *in l. grege. 13. in princ. ff de pignorib. & hypoth.* ubi grege pignori obligato, decedentibus capitibus quibusdam, si qua postea comparentur, vel adnascantur, nihilominus pignori tenebuntur. *Atque ita sentiunt Mynsinger. num. 16. Zasius numer. 20. cum seq. & Schneidewinus num. 38. & 39. in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. Balduinus in Commentar. de pignorib. & hypoth. cap. 6. Hackelman. Disputat. quæstion Illustr. 12. thes. 5. lit. a. & Stuckius part. 1. Exercitat. Iustin decad. 10. assert. 8 lit. e pag. 295. ad finem.* Eadem de re vide varios casus distinguentem & constituentem Jacobum Menoch. *remed. 3. de adipisc. possess quæst 17. num. 125. & aliquot. seqq*

Quæritur item de eo: nunquid res in prædium 29 urbanum illatæ, antequam præcludantur sive in inventarium redigantur, aut arrestentur per locatorem, alienari libere, hoc est, sine pignoris nexu, possint? Et res istas à pignoris obligatione minimè eximi, verius videtur, *argum. l. debitorem. 15. Cod. de pignorib. & hypoth. & l. si debitor. 12. C. de distract. pignorum.* ex quibus patet, quod res semper cum sua causâ & onere transeat. Huc que conducit, quòd ta- 30 citum pignus non ex præclusione, sed inductione contrahi, respondetur *in l. 2. & ll. seqq. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l. item quia. 4. ff. de pact.* Et absurdum est dicere: res simul atque in prædia urbana inductæ fuerint, obligatas esse: nihilominus autem eas liberè conductorem, sine onere tacitæ hypothecæ, alienare posse: ut sic locator earum causâ, actione Serviana adversus possessorem experiri nequeat. Idem quoque probatur *ex l. 1. ff. de Salviano interdict. & l. 1. C. de precario, & Salviano interd.* Non obstat *l. est differentia. 9.* 31 *ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contr.* ubi bona

 illata,

illata, ante inclusionem factam, absque ullo onere tacitæ hypothecæ, alienantur. *Nam* favore libertatis illud singulariter placuit, ut generalis hypotheca non impediat manumissionem servi: specialis autem eam impediat. *l. 2. & 3. Cod. de servo pign. dato manumiss. l. licèt. 6. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. con rah.* Cæterùm cùm dicitur, singulari jure hoc tribui libertati, ut inquilinus non prohibeatur servum manumittere, priusquam locator ei manum injecit, eumque veluti inclusit: satis apparet, res alias ab inquilino liberari abalienando non posse. Ius quippe singulare in uno significat, jus commune esse contrarium in aliis. Eaque de re diversæ opiniones alunt *Iason numer. 77. Schneidewvinus num. 53. Zasius numer. 27. & 28. ad d. §. item Serviana. 7. infr. de actionibus.* Wesenbec. *in Paratitl. ff. in quibus caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit. num. ult. Balduin. d. cap. 6. circa med. Negusant. dicto. membr. 4. numer. 131. D. Obrechtus* Disput. *15. n. 80. & multis sequentibus.*

32 Quæritur quoque conveniceter: an libri Studiosorum, in habitationem conductam illati, pro pensione locationis taciè obligentur? Et obligari, affirmant Franciscus Connanus *libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 16. numer. 8. in fine.* Quirinus Kubach. *cent. 3. quæstion. illustr. Politico-jurid. decur. 9. quæst. 3. pag. 878. cum seqq. itemque apud Arumaum vol. 4. de jure publ. discurs. 34. q. 3. pag. 117.* Hunnius *in Commentar. ad Auth. Habita. C. Ne filius pro patre, vel pater pro filio, &c. cap. 2. quæst. 12. &*

33 *alibi.* Sed rectius alii communiter negant, *argumento l. obligatione. 6. cum 2. sequentibus ff. de pignoribus & hypothec.* ubi dicitur, obligatione generali rerum neutiquam contineri ea, quæ in usum quotidianum habentur, & quæ verisimile est, quenquam specialiter obligaturum non fuisse. At libri Studiosorum in usum quotidianum habentur: nec ipsi verisimiliter illos obligaturi fuissent. Ergo generali obligatione bonorum, etiam expressâ, libri non

34 veniunt. Multò igitur minus tacitâ obligatione generali, qua inquilini res omnes taciè nexui pignoris suppositæ creduntur, venire poterunt: quoniam major vis taciti, quàm expressi, esse nequit, *argumento leg. expressa. 195. ibique Dd. ff. de r. gul. juris.* Eodem pertinet *d. Authent habita. ibi, quo eorum non misereatur, &c. Codic. ne filius pro patre &c. & l. executores. 7. cum Authent. agricultoris. Codic. quæ res pignori obligari possunt, vel non, &c.* Nec quidquam contrariam relevat opinationem, quòd privilegia, utpote juri exorbitantia, non sint extendenda, *argumentum l. quod verò. 14. ff. de legib.* Nihil enim hic exorbitans; sed rationi & juri ordinario convenit; ne instrumenta rustica, & quotidianis usibus destinata, sub hypothecâ generali & indefinita contineantur. Verùm hanc sententiam explicavi uberiùs *in dict. §. item Serviana. 7. numer. 18. & sequentibus infrà, de actionib.* Eamque, præter Interpretes illic à me relatos, defendunt *D. Bocerus hic numer. 47. & seqq. pag. 109. Hunnius sibi ipsi contrarius, Disput 19. ad Institutut. thes. 26. Martinus Schickhardus* Disput *12. thes. 7. ad liter. d. Andreas Gerhardi decad. 14. quæstion. 4. & Bachovius in tract. de actionib. disput. 3. sub th. 34. in fine. pag. 104. nec. non in tract. de pignorib. & hypoth. lib. 1. cap. 11. n 3.*

Discrepant etiam & controversantur inter se valdè Doctores: an bona minoris viginti quinque annis in prædium urbanum, non adhibito curatore, illata, & invecta, tacito pignore pro pensione domus teneantur? Ego (etsi nonnulli, haud in infimis subsellus collocandi Jureconsulti, contrarium sentiant. *Francisc. Accursius, Bartolus, Fulgosius, Salicetus & Costalius in l. item quia. 4. ff. de pactis. Iacobus Menochius in tractat. de adipisc. possession. remed. 3. num. 82. & in arbitrar. judic. quæst. lib. 2. cent. 2 cas. 171. n. 30. & seqq. D. Colliga Magirus in explicat. l. 1. ff. de Salvian. interdict. eumque laudans Andr. Burckardus d. dissertat. pignorib. & hypoth. sect. 2. conclus. 14. Angelus num. 4. & Iohannes Shneidevvinus numer. 44 in dict. §. item Serviana. 7. infrà de actionib. Everhardus Bronchorstius centur. 1. miscellanearum controversiarum, assertion. 76. & Martinus Schickardus dict. Disputat. 12. thes. 7. sub liter. d. in fine. & resolution. quæstion. 3.*) teneri illa, omnino existimo: tum quia nusquam res minorum ab hoc tacito pignore excipiuntur; tum quia in pignore non grave rei damnum versatur: tum quia tacitam hanc hypothecam lex ipsa inducit, citra curatoris, vel judicis factum; adeoque sufficit decretum legis, *argumento leg. sed si pecunia. 3. §. 1. ibi, quia non ex tutoris, vel curatoris voluntate id fit, & c. ff. de rebus eorum, qui sub tutela vel curâ sunt, &c. l. apud Iulianum. 3. in fin. ff. quibus ex caus. in possess. eat. leg. furiosus & pupillus. 46. ff. de obligationib. & actionibus.* 35 36

Neque obstat, quòd res minorum absque consensu tutorum & curatorum expressè obligari non possint. *l. 3. C. de in integr. restit minor.* Ergo nec tacitè: cum taciti & expressi par ratio esse dicatur. *l. 3 ff. de reb. credit. & l. triticum. 94. ff. de verb. obligat.* Hæc enim regula procedit tantùm, quando juris auctoritas pariter æstimat tacitum & expressum, *ut ex citatis modò locis apparet.* Ast hìc jura aliud in expresso, & aliud in tacito disertè definiverunt. Similiter non obstat, quòd res minorum obligari non possint sine decreto Prætoris, & causæ cognitione. *leg. lex, qua tutores. 22. Codic. de administration. tutorum vel curatorum, & pecunia pupill. fœnerand. leg. magu puto. 5. §. 2. & 3. & toto titulo ff. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienand. vel supponend. &c.* Id namque de expressa obligatione intelligendum est: hoc autem tacitum pignus ipso jure & interpretatione legis inducitur, *ut antè dictum.* Ideoque & *in leg. 1. §. ultim. cum leg. sequent. Digest. dicto titulo* subindicatur differentia inter pignus rei pupillàris, expressa conventione & tacita inductum. Quare cùm ipsa per minorem facta conductio domus valeat; adeò, ut si in eà non 37

fit læ-

fit læsus, nec in integrum restitui possit, quasi boni & diligentis patrisfamilias officio functus, *argum. l. verùm. 11. §. item non restituetur. 4. ff. de minoribus.* nulla certè justa est ratio, cur & res ejus in domum illatæ non obligatæ censeantur. Atque hanc opinionem, ceu omnium æquissimam & receptissimam, tenent *Baldus & Paulus de Castro in d. l. item quia. 4. ff. de pact. Iohan. Andrea in addit. ad Specul. in tit. de donat. int. vir. & uxor. §. fin. vers. quid, si mulier, &c. Alexand. in l. si constante. 24. in princ. ff solut. matrimon. Gomezius numer. 25. Bellonus numer. 3. & Iason numer. 57. in d. §. item Serviana. infr. de actionibus Negusant. d. tractat. de pignorib. & hypothec. part. 2. memb. 4. numer. 254. Soarez in thesaur. recept. sentent. lit. C. numer. 217. Gail. lib. 2. observat. 83. num. 8. & seq. D. Bocerus class. Disputat. 12. thes. 55. edit. 2. & in hoc §. numer. 42. cum seqq. Hackelman. Disput. quæst. illustr. 12. thes. 5. sub lit. B. Matth. Stepani cent. 3. quæst. 32. Stuckius part. 1. Exercitat. Instin. decad 10. assert. 8. lit. e. pag 395. & Hieronym. d. Cavallos in commun. opin contr. commun. quæst. 132. aliique per eum relati.* Adde Doctorem Mattam *tom. 3. digestorum novissimorum. tit. hypothéca. cap. 26. fol. 18.*

38 Ambigitur insuper de eo: an pecunia sive nummi, in prædium conductum illati, tacitè obligentur? Et distinguunt Interpretes quidam inter eos nummos, qui eo animo sunt illati, ut ibi sint perpetuò, tanquam thesaurus (solent enim boni patresfamilias aliquam pecuniam, velut peculium aliquod, sibi reservare & reponere in usus necessarios *l. si chorus. 79. § 1. ff. de legat. 3.*) ut hi duntaxat sint obligati: & inter eos, qui importantur, & quotidie exponuntur, ut hi non sint obligati. Quia isti ad hoc nati & formati sunt, non ut retineantur, sed ut expendantur. *D. Zasius num 22. & Schneidevvinus num. 40. in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionibus.*

39 Mihi verò, quicquid dicant alii, omnes indistinctè nummi in prædium urbanum illati videntur obligati, argumento mercium, quæ in domum conductam invectæ, tacitè pro pensione obligantur, non quidem in specie & particulariter, quoad individua, sed in genere & universaliter. Quamvis etenim species mercium vendantur: tamen semper aliæ substituuntur, quæ denuò pignore tacito obstrictæ tenentur: *ut traditum suprà num. 27. & seq ex l. cùm tabernam. 34. in princ. ff. de pignorib. & hypothec.* Sanè cùm & nummi pignore generali contineantur sine ulla distinctione. *d. l. cum tabernam. 34. §. ult. ubi Bartol. ff. eod. l. idemque. 7. §. ult. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. habeant.* tacitum autem pignus ferè sit generale quoddam pignus? ratio postulare videtur, ut & nummi in domum importati sint pignori, sive in thesaurum reponantur, sive non; modò illati eo animo, ut ibi sint, donec exponantur. Nam quin exponi possint, ut merces vendi, cùm hæc earum rerum sit natura, nullus dubito. *De eodem vide Negusantium in tract. de pignorib. & hypoth. part. 2. membr. 4. num. 166.*

40 Dubitatur præterea de lectulis, vestibus, pannis, cistis & similibus rebus, quarum quotidianus solet esse usus, an hæ illatorum & invectorum nomine contineantur, adeoque tacitè obligentur? Et non contineri, nec tacite obligari, docent plerique, *arg l. obligatione generali. 6. & 2. ll. seqq. ff. de pignorib. & hypothec. Baldus in l. certi juris. 5. in 6. quæst. C. de locato. Angelus numer. 1. Iason. numer. 63. hosque cum aliis referens Schneidevvinus numer. 42. in d. §. item Serviana. infra de actionib.* Sed usu tamen obtinuit, ut tacitè obligentur, maximè si inquilinus res alias non habeat. Unde rectè Zasius *in d. §. item Serviana. numer. 22. ad fin.* autumat: supellectilem, quæ extat tempore pensionis solvendæ, tacitè obligatam esse. *argument. præallegatæ l. cùm tabernam. 34. ff. de pignoribus & hypothec.* quam in hac materia auro dignam esse, pronunciat.

41 At quid de instrumentis & chirographis in domum conductam illatis dicendum? an & ea tacitè locatori obligata videbuntur? Et multi ajunt, non ipsas tantùm chartas, sed etiam obligationem & nomina sive debita chartis comprehensa, videri obligata, *argu. l. servum filii. 44. §. eum, qui. 5. ff. de legat. 1. qui chirographum. 59. ff. de legat. 3. & l. cùm constet. 2. C. quæ res pignori obligari poss.* ubi Impp. Severus & Antonius rescripserunt; eum, qui instrumenta agrorum suorum pignori posuerit, de ipsis agris obligandis cogitasse. *Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. part. 2. memb. 4. num. 165. & seq in fin. ubi plures ad hoc citat.* Sed isthæc opinio vix videtur probabilis; propterea quòd instrumenta vel chirographa, seu nomina debitorum sub generalitate obligationis non transire, manifesti sit juris, *l. Cajus Sejus. 86. in princ. ff. de legat. 2.* Et hac de re inspice Johannem Fabrum, diversas Glossographorum opiniones referentem, *in d. §. item Serviana. num. 6. infr. de actionib.*

42 Postremò quæri poterit de rebus alienis; an & hæ, ab inquilino in domum conductam illatæ, locatori tacitè pignori sint obligatæ? Atque obligatas non esse, certum est: quoniam ne expressè quidem illæ oppignerari aut obligari possunt. *l. 2 ff. de pignorat. act. l. quæ prædium. 6. & tot. tit. C. si aliena res pignori data sit.* Quod tamen ita accipiendum est: nisi dominus expressè in pignus consenserit. Licèt enim sciverit, & passus fuerit, rem suam inferri ab alio in domum conductam: non tamen continuò censendus est in pignus quoque tacitè consensisse; nisi forsan dolus ipsius intervenerit, *argum. l. Cajus. 39. ff. de pignerat. act. l. 2. C. si aliena res pignori data sit. l. fine. 5. Cod. ad senatusconsult. Vellejan.* Idemque probatur *Iacobo de Arena, Cyno, Baldo & Saliceto in d. l. certi juris. 5. C. de locato. Fabro numer. 1. in fin. & Schneidevvino numer. 45. & 46. in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionibus.* Quamvis aliter censeant *glossa & Alexander in d. l. certi juris. Cod. de locat. Iason in d. §. item Serviana. numer. 54. infr. de actionibus Bartol. in l. qua dotis. 33. ff solut. matrim. Negu-*

sant.

sant. d part. 2. membr. 4. num. 152. & Hermannus Meyrer. in tr. de pignor. & hypothec. lib. 1. t. 18. n 16. & seq.

43 Necessarium pignus est, quod necessitate suadente constituitur: & hoc rursus in legitimum, & prætorium, distinguitur. *Balduin. in tract. de pignoribus & hypothec. c. 7. Heigius hic n. 12. D. Obrecht. Disp. 15. thes. 106. & 107.* Legitimum vocatur, quod lex ipsa introducit, invito etiam domino: idque ratione seu contemplatione personæ, vel respectu rei sive causæ. *Donell. in tr. de pignorib. c. 5. in princ.* Ratione personæ, primò tacitum legitimum pignus tribuitur fisco in bonis omnium debitorum fiscalium. Hoc siquidem jus est fisci, ut statim sui debitoris bona, tam futura, quàm præsentia, absque expressa specialique conventione, sibi pignoris nexu devinciat. *l. Ælianus. 10. ff. de manumission. l. aufertur. 46. §. fiscus. ff. de jure fisc. l. 2. & 3. C. de privileg. fisc. l. 1. & 2. Cod. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. D. Bocer. class. 2. Disp. 12. thes. 61. ed. 2.* Ejusque ratio hæc redditur: quia cùm omnes fortunas nostras, corpus etiam & vitam, Reipublicæ, cui nati sumus, debeamus: bono autem publico pecunia fisco comparetur; ut quæ una pacis & belli, ocii & negocii, rerum denique quocunq; tempore gerendarum nervus existit, æquum sanè est, ut fisci debitor jure pignoris ad solvendum cogatur: quò ea, quæ ad publicam causam reditura sunt, omni modo dissolvantur. *D. Obrecht. d. Disput. 15. thes. 112. Connan. lib. 4 Commentar. jur. civil. cap. 16. num. 1. Meyrer. in tract. de pignorib. & hypothec. lib. 2. t. 3. num. 10. & tit. 4. num. 15.*

46 Debitorem portò intelligimus quemcunque, sive ex contractu sit debitor fisci, sive ex aliâ qualibet causa, ut ex causa tributi. *d. l. 1. & 2. Cod. in quibus caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit.* vel ex causa primipili. *l. satis notum. 4. Cod. dict. titul.* & omnino ex causa administrationis non tantùm primipilariæ, sed cujuslibet muneris, *argum. l. cùm te. 3. ff. ne uxor pro marito, &c. l. 1. ff. ad leg. Iul. de vi public. & l. 1. Codic. de privileg. fisci.*

47 Primipilus est inter centuriones legionis primus: qui & primipili centurio, & primum pilum ducere dicitur *à Livio lib. 6. 7. & 8. item Vegetio lib. 2. de re militar. cap. 8. & Cæsare de bello civil. lib. 1. & de bello Gall. lib. 3. idq; latius explicat Schardius in lexic. jurid. in verbo, primipilus, &c. & Ausonius Popma lib. 4. de different. verb. in verb. primipilus pagin. 241.* Ast in jure nostro primipilus perhibetur munus quoddam militare, nempe cura annonæ militaris. *l. solita. 3. ibiq; Cujacius & Gothofred. & l. erdinariorum. 7. Cod. de cohortalibus, &c. & tot. tit. C. de primipilo.* Ut igitur ejus, qui alia munera ad fiscum pertinentia administrat, bona, tanquam debitoris fiscalis, sunt fisco tacitè obligata: ita & bona primipili, sive ejus, qui res primipilares administrat; nec ejus tantum ipsius bona, sed uxoris quoque ejusdem dos tacitè obstricta tenetur. *d. l. satis notum. 4. Cod. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. d. l. cùm te. 3. ff. ne uxor pro marito, &c.*

48 Ratio hujus juris, cur dos uxoris sit obligata fisco etiam pro marito, est tum favor fisci, hac in parte major dote: tum quia dos, constante matrimonio, est in bonis mariti, ejusque quodammodo esse censetur. *argum. l. ubi adhuc. 29. & seq. C. de jure dot. Vide annotata ad §. fuerat. 29. n. 29. & seq. infr. de actionib.*

Sed quæritur: an non modò dos, sed etiam parapherna uxoris sint ob primipilum, aliudvè munus mariti, fisco tacitè obligata? Et veritati magis consonum est, non esse: tum quòd bona, extra dotis causam data, id est, parapherna disertè distinguuntur à bonis dotalibus; ita ut hæc sint obligata fisco pro munere mariti, illa non item. *d. l. 3. C. ne uxor pro marito, &c. d. l. 1. C. de privilegio fisci.* tum quòd ratio in paraphernis cessat: quam diximus hanc esse, quia dotalia putentur esse mariti constante matrimonio: at parapherna sive receptitia sunt planè uxoris. *l. si ego. 9. §. cæterum. 3. ff. de jur. dot. l. maritus. 21. C. de procuratorib.* 49

Hoc sanè perquàm dubium est: an & in causis criminalibus huic tacitæ hypothecæ sit locus? Et inter pœnas damnatorum distinguitur. Nam si pœna est corporalis, sive etiam bonorum omnium publicatio, non est locus hujus hypothecæ: quia priore casu non agitur de bonis: in altero verò, bona publicata sunt jam ipsius fisci. *l. commissa. 14. ff. de publican. & vectigalib.* At rerum nostrarum pignus esse non potest. *l. neque pignus. 45. ff. de reg. jur.* Quòd si mulcta aliqua sit pecuniaria: hujus mulctæ nomine bona delinquentis ante condemnationem fisco tacitè non sunt obligata: quia ante eam fiscus nullum jus habet. *l. ex judiciorum. 10. ff. de accusationib.* post condemnationem autem obligata creduntur: quoniam per sententiam quasi contrahitur, *argum. l. 3. §. idem scribit. ff. de pecul. Et ita, post alios, docent Negusantius in tractat. de pignorib. & hypothec. part. 2. membr. 4. num. 115. & Peregrinus lib. 6. de jure fisci. tit. 6. n. 12.* 50

Verùm etsi Doctores communiter ita sentiunt: non tamen, meâ sententiâ, improbabiliter dici poterit: regulam hanc, quâ fisco bona debitorum fiscalium tacitè obligantur, non pertinere ad criminales causas: tum quia toto ferè jure nulla pœnarum aut criminum hac in re est mentio: tum quia per ratò usus hujus rei esse potest. Licèt enim quispiam in mulctam condemnetur: creditoribus tamen condemnati id frandi esse non debet, qui mulctam fisci hic præveniunt & antevertunt; ut & fit in publicatione bonorum. *l. non possunt. 11. l. in summa. 17. l. quod placuit. 37. ff. de jure fisci. l. unic. C. de pœnis fiscalib. &c. Knipschildt d. exercitat. Acad. 5. quæst. 9. pag. 187.* 51

Portò simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id à Principe datum sit, *l. simile. 10. ff. ad municipalem. l. 1. C. de jure Reipubl. l. Antiochensium. 37. ff. de reb. auctorit. judic. possidend.* Ejusque ratio est: quia solus Princeps, aut quæ principum instar dominantur, civitates, fiscum, id est, pecuniam publicam, habere dicuntur; reliquæ verò privatorum loco habentur. *l. eum, qui.* 52

qui. 16. *ff. de verbor. significat. Connan. d. lib.* 4. *c.* 16. *num.* 1. *Balduin. d. tract. de pignorib. & hypothec. c.* 7. *circa medium.* Sanè omnes omnino civitates & populos, merum & mixtum imperium, jutaque regalia & fiscalia habentes, jus tacitæ hypothecæ obtinere, vulgò receptum est: ut, *post Bartolum in l.* 2. *in pr. ff. de jure fisc. & Baldum in l.* 2. *ad fin. Cod de heredit. vel act. vendit.* annotavit Negusantius *d. part.* 2. *membr.* 4 *num.* 114.

53 Deinde respectu personæ, tacitum legitimum pignus datur pupillis & minoribus 25. annis, in bonis tutorum & curatorum suorum, & pro his negocia gerentium. *l. pro officio.* 20. *C. de administrat. tutor. l. unic. §. & ut plenius. ibi, quemadmodum in administratione pupillarium rerum. Cod. de rei uxor. act. l. dabim.* 19. *§.* 1. *ff. de reb. auctorit. judic. possid. tot. tit. ff. de eo, qui pro tutor. vel curat. negot. gessit. l. unic. Codic. rem alien. gerentib. non interdic. rer. suar. alienat. l. ult. C. de legitima tutel. l. ult. §. & si quidem. 5. vers.*

54 *& inventario. C. de curatore furiosi.* Ratio tacitæ huius hypothecæ hæc est: quia quicunque tutelæ munere fungitur, sive is tutor sit, sive curator, sive alius, semper videre debet, ne pupilli bona pessum eant: si id non facit, meritò pupillo tenetur, *per jura modò allegata, & notat D. Obrecht d. disp.* 15. *thes.* 114.

55 Quæri solet: an & in tutoribus sive curatoribus ad litem tantum datis, isthæc sententia locum habeat.? Id quod Doctores affirmant, *in l. properandum.* 13. *§. fin. per istum textum. Cod. de judic. Negusant. d. tractat. de pignoribus & hypothec.* 4. *membr.* 2. *partis principal. num.* 8. *pag.* 97. Et licèt ne verbulo quidem fiat pignoris mentio *in dict. §. fin.* nec is de tutoribus ad litem, sed generaliter de tutoribus & curatoribus agat: & statuat, quod si eorum desidia quid damni pupillus minorvè in lite acceperit, id ei restituatur à tutore, vel ejus herede, aut fidejussore: quorum, inquit, substantia sive bona si non sufficiant: habet pupillus vel minor & aliud auxilium, nempe restitutionis in integrum, ob damnum in lite acceptum: nihilo minus tamen Doctorum traditio sustineri poterit: eo quòd ratio istius privilegii non minùs valeat contra tutorem ad litem, quàm ad bona, magnus videlicet minorum & pupillorum favor, ut iis cautum sit non solùm in personam, id est, actione tutelæ, sed etiam in rem, id est, hypothecaria, *argument. l.* 1. *& tot. titul. ff. de tutela, & ratio-*

56 *nib. distrahend.* Illud hic singulariter notandum, quod ab Impp. constitutum extat: si mulier suscepta liberorum suorum tutela, iterum nubat, priusquam aut iis tutorem petierit, aut reliqua persolverit: eo nomine hisce liberis tacitè obligari, non modò bona mulieris, ut tutricis; sed etiam novi mariti, sive vitrici: ut liberis magis sit consultum ac prospectum adversus matrem, iterum & secundo nuptam. *l. si mater.* 6. *ibique Bartolus & Baldus. Codic. in quib. caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit. l.* 2. *Codic. quando mulier tutel. officio fungi pot. Novell.* 22. *cap.* 40. Ratio partim jam allegatis juribus indicatur: quia scilicet contra sacramentum præstitum fiat, si mulier, quæ semel tutelam suscepit, denuò postea nubat: partim illa est; quia novæ nuptæ plerunque solent non tantum bona, sed etiam corpus & vitam novis seu posterioribus maritis addicere, rescribente Imp. Constantino *in l. lix. qua tutores.* 22. *ante finem. C. de administrat. tutor. vel curat.* Idque 57 fusius explicat Burchard. Berlichius *in tract. de jure novercar. part.* 1. *art.* 3. *sect.* 16. *num.* 1091. *cum seq. pag.* 322. *& seqq.*

Præterea si pater in administratione bonorum adventitiorum (quorum ususfructus hodie ad patrem pertinet) filiifamilias aliquid malè gesserit: bona paterna hoc nomine, saltem ut patre mortuo impeti possint, tacitè, & quidem à tempore susceptæ administrationis, obligata intelliguntur. *l. cùm oportet.* 6. *§. non autem.* 2. *& §. ultim. Codic. de bonis, quæ liberis, &c.* Quod tamen non de omnibus bonis adventitiis, sed de maternis tantum, & materni generis, intelligendum est. Quamvis enim pater omnium adventitiorum sit administrator legitimus: haud tamen omnium, sed maternorum duntaxat & materni generis, non verò proprio filii labore partorum, aut prospera fortunâ quæsitorum nomine, bona illius filio obligantur. Ita disertè distinguit Justinianus Imp. *in d. l. cùm oportet.* 6. *§. ult. C. eod.* At dubitatur de illis bonis adventitiis, in quibus pater non habet usumfructum; an eorum quoque nomine filio bona patris tacitè obligentur? Et obligari, si pater ea administraverit, tanquam legitimus administrator, ait *Bald. Novell. in tr. dotis, part.* 9. *privileg.* 8. *eumque referens Negusantius d. tract. de pignorib. & hypothec. membr.* 4. *secunda part. principal. num.* 16. Sed verius est, non obligari: tum quia eorum administratio non pertinet ad patrem, qui in iis nihil prorsus juris habet: tum quia si pater ea sponte administret, negociorum gestor potiùs dici debet, quam curator sive legitimus administrator. *argum. l.* 2. *& tot. titul. ff. de negot. gest.* Atqui gestoris bona nunquam censentur obligata gestûs nomine, sed tutoris tantum, vel curatoris. Atque ita sentire Bartolum & Alexandrum *in l. si constante.* 24. *in princ. ff. solut. matrim.* testatur Negusantius *loco præallegato.*

Quæritur itidem de Episcopo, aut de Præsule sive Abbate monasterii, num eorum etiam bona sint Ecclesiis & monasteriis tacitè, gestus & administrationis bonorum ecclesiasticorum aut monasterialium nomine, obligata; Et esse obligata, plerique asserunt, *Glos. in c. ex literis.* 5. *in verbo obligata. ibique Ioan. Imol. Panormitan. & alii. ext. de pignorib.* Verùm contrarium veritati magis accedere, mihi non sine causa videtur: primum quia bonorum administratio ecclesiasticorum jure civili non ad episcopum, sed ad œconomum pertinet. *argum. Novell.* 123. *c.* 23. Deinde quia nullus in jure (quod ego sciam) sive Cæsareo, sive Pontificio, expressus de tacito pignore in bonis Episcopi vel Prælati textus extat. Tacita autem pignora legitima non nisi lege expressa inducuntur,

Margin numbers in right column: 58 (Præterea), 59 (Et obligari), 60 (Quæritur), 61 (Verùm).

cuntur, ut ex hactenus traditis, & definitione legitimi pignoris, suprà *num.* 44. adducta, manifestum
62 redditur. Eâdem ratione eorum, qui præsunt orphanis, bona tacitè orphanotrophio obligata non videntur: quòd scilicet nulla lege, quæ tamen ad tacitum legitimum pignus est necessaria, id expressè
63 cautum reperiatur. Nec obstat, quod orphanotrophi comparantur tutoribus & curatoribus, *per textum in l. orphanotrophos. 32. C. de episcop. & cleri.* ubi dicitur, orphanotrophos esse pupillorum quasi tutores, & adolescentium quasi curatores. *Nam* non in omnibus, sed in quibusdam tantùm rebus orphanotrophi sunt similes tutoribus, nempe ut & personas orphanorum defendant, & negocia eorum administrent: ac proinde quasi, non veri tutores & curatores appellantur. *d. l. orphanotrophos. 32. C. d. tit.* Tametsi Baldus, & nonnulli alii dissentiant, *ad l. si quis presbyter. 20. C. eod.*

64 Adhæc tacitum pignus legitimum conceditur liberis prioris matrimonii, in bonis patris vel matris, ad secunda vota transeuntis. Horum enim bona omnia liberis illis tacitè obligantur, pro lucris & aliis bonis conservandis, ad ipsos liberos ex prioribus nuptiis pertinentibus, *l. hac edictali. 6. §. omnibus. 2. & l. si quis prioris. 8. §. in illo. 4. C. de secundis nupt. ibique Bartol. Bald. & Salicet. l. ult. §. 1. vers. exceptis. C. qui potior. in pign. habeant. & d. l. cum oportet. 6. §. ult. C. de bonis, quæ liberis, &c. Negusant. d. tract. de pignorib. & hypoth. memb. 4. secunda part. principal. num. 14. & seq.*

65 Dubia hic moveri solet quæstio: an non solùm patris, matris, tutoris & curatoris bona; sed etiam heredum illorum, tacitè obligentur liberis, pupillis, & adolescentibus? Et plerique Interpretes obligari rectè negant, hac ratione: quòd ne expressa quidem conventione obligatis bonis tutoris, patris, &c. contineantur bona heredis propria. *l. Paulus. 29. in princ.*
66 *ff. de pignoribus & hypoth.* Multò igitur minùs tacito tutoris, patris, &c. pignore bonorum, debent bona heredis propria contineri: cum plerunque minor sit vis taciti, quàm expressi, *argum. l. cùm quid. 3. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. expressa. 195. ff. de reg. jur. Raph. Cuman. consil. 58. incip. quæritur, an bona heredis, &c.*
67 *Dd. ad d. l. ult. Codic. qui potior. in pign. hab.* Neque adversatur *l. properandum. 13. §. fin. Cod. de judic.* ubi fit mentio heredum. *Quia* jam suprà *num.* 55. monitum est: illum §. non agere de pignore, neque expresso, neque tacito. Proindeque malè quidam argumento istius §. planè à nostra quæstione alieni, contendunt: quod bona heredum tutoris vel curatoris propria pupillo vel minori tacitè obligentur. *Sed vide Negusantium id paulò fusius explicantem. d. membr. 4. secunda part. princip. numer. 11. pag. 97. & seq.*

68 Contemplatione rei, tacita hypotheca datur in causâ dotis, ex utroque latere, videlicet tam ex parte mariti, pro restitutione dotis. *§. fuerat. 29. vers. sed & tacitam. infr. de actionibus l. unic. §. 1. Cod. de rei uxor. act. l. in rebus. 30. Cod. de jure dot. c. ex literis. 5. §. mandamus. ext. de pignoribus.* quàm ex parte mulieris, pro ipsa dote præstanda. *d. l. unic. §. 1. ibi, pro ipsa dote præstanda. item ibi, dederint vel promiserint. Codice de rei uxor. act.* Ratio, cur tacitum hoc pignus doti sit indultum, videtur potissimum duplex. Prior: quia in pactis & instrumentis dotalibus olim solebat plerunque pignus pro dote nominatim ac expressè adjici. *l. quod autem. 7. §. si uxor. 6. ff. de donationib. inter vir. & uxor. l. 1. ff. qui potior. in pignore, vel hy-*
pothec. habeant. Ea autem, quæ sunt moris & consue- 69
tudinis; facilè in bonæ fidei judiciis, ut est actio de dote, recipiuntur. *l. quòd si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de ædilit. edict.* Altera ratio est: quia in causâ dotis spectatur æquum bonum, id est, æquitas natu-
talis. *l. eas obligationes. 8. ff. de capite minutis.* At con- 70
tra æquitatem naturalem esset, dotem vel datam non restitui, vel non datam, sed promissam duntaxat, non dari: maximè cum dotis causam ubique præcipuam esse, Reipublicæ intersit. *l. 1. ff. solut. matrim.*
Knipschildt d. exercitat. Acad. 6. quæst. 7. pag. 179. Cæ- 71
terùm Dn. Obrechtus existimat, rationem hujus juris positam esse in singulari favore, quo Legumlatores mulieres sunt prosecuti. *Disputat. 15. thes. 172.*

Porrò hic aliquot utiles & pulchræ quæstiones 72
excutiendæ veniunt. Prima est: an privilegium tacitæ hujus hypothecæ locum habeat in augmento dotis: ut nimirum pro eo etiam bona mariti obligata censeantur? Et obligata censeri, constat *ex*
Novell. 97. de æqualitate dotis, &c. cap. 2. Hujusque 73
ratio est: quia augmentum dotis ejusdem est juris cujus ipsa dos, cùm sit pars dotis. *l. etiam si non deterior. 8. Cod. de jure dot. Sichard. in l. assiduis. 12. numer. 22. C. qui potior. in pignore habeant. Eaque de re copiosè Iason ad rubr. ff. solut. matrimon. Negusant. in tractat. de pignorib. & hypothec. 4. membr. secunda part. princip. num. 64. & novissimè Berlichius conclus. practicab. 45. de prælat. dotis. num. 18. & seq part 1.*

Secunda quæstio est: num hoc taciti pignoris 74
privilegium uxori competat etiam pro bonis paraphernalibus sive receptitiis, per maritum administratis? Et competere, Interpretes plerique ajunt, si modò isthæc bona maritus administraverit. *Bartolus & Baldus in l. ultim. Cod. de pactis convent. per istum textum. Iason in §. fuerat. 29. num. 41. ibique Zasius numer. 16. infr. de actionibus. Ioban. Campegius in tractat. de dot. 1. part. quæst. 8. Alexand. consil. 36. lib. 6. Salicet. in l. assiduis. 12. §. ultim. Codic. qui potior in pign. habean. Negusant. d. membr. 4. secunda part. princ. num. 63. Covarruvias lib. 1. variar. resolut. cap. 7. n. 1.* ubi hanc opinionem communem dicit: eamque secutos esse Dominos Camerales, testatur Mynsingerus *centur. 5. observat. 4. num. 3.* Item, *post alios,* statuit Berlichius *d. part. 1. conclus. 65. numer. 63. & seq.* eumq; laudans D. Besold. *vol. 4. consil. 191. n. 5. cum seq fol. 278.* Sed hæc opinatio à veritate juris prorsus aliena, adeoque dicendum videtur: pro bonis paraphernis, quæ scilicet præter dotem ad mulierem
pertu-

pertineat, uxorem non habere pignus tacitum in
bonis mariti: tum quòd lex, qua tacitum hoc pi-
gnus est inductum, de dote tantum agat: tum quod
nullum dotis privilegium ad bona paraphernalia
porrigatur. *Hacque sententia placuit glossa in c. ex li-*
teris. 5. in verb. obligata. extr. de pignoribus. & Hun-
nio in resolut. ad Treutler. volum. poster. disput. 24. th.
7. quæst. 53. pag. 609.

75 Nec obstat. *d. l. ult. C. de pact. convent.* ubi *in vers.*
sin autem minimè, &c. Justinianus Imp. ita ait:
Ex præsenti nostra lege habeat hypothecam contra res
mariti, ex quo pecunias ille exegit. Nam lex ista non
de omnibus parapherneis, sed de una duntaxat para-
phernorum specie; nimirùm de nominibus sive ob-
ligationib⁹ paraphernalib⁹ disertè tractat, *ut ex prin-*
cipio legis enitescit. Quod igitur speciali casu est con-
cessum, non debet produci ad omnia paraphernas;
præsertim cùm hujus casus propria ac specialis assi-
gnari possit ratio, quæ in reliquis paraphernis locum
non habet. Ratio autem, cur ob nomina sive obli-
gationes paraphernales marito traditas, Justinianus
dederit uxori tacitam hypothecam, *ex d. l. ult.* hæc
colligitur: quia pecunia, quam maritus ex hisce
obligationibus agendo consequitur, facile petire
posset, ac dilapidari: quod non itidem de corpori-
bus, maximè iis, quæ sunt soli, sive prædiis, dici po-
terit, *argument. l. quod verò. 14. & seqq. ff. de legi-*
bus.

76 Tertia quæstio est: utrùm hoc jus taciti pigno-
ris sibi vindicet quoque locum in donatione propter
nuptias? Et vindicare vulgò receptum est, *argum.*
l. ubi adhuc. 29. ibi, resque sibi suppositas pro dote & an-
te nuptias donatione, &c. C. de jure dot. Baldus ibidem
in penult. colum. versic. item quære, &c. Innocent. Pa-
normitan. & alii in d. c. ex literis. 5. ext. de pignoribus
Iason numer. 40. & Zasius num. 14. in d. §. fuerat. 29.
infr. de actionibus. Covarruv. d. lib. 1. var. resolut. cap.
7. num. 1. vers. eodem pacto. &c. Negusant. d. memb. 4.
secunda part. princip. numer. 64. cum seqq & Mynsin-
ger. d. cent. 5. observat. 4 num. 4. ubi hanc sententiam
in Camera approbatam esse, asserit. Verùm & istam
opinionem vix jure sustineri posse, reor: tum quia
Justinianus, taciti hujus pignoris auctor, tantùm de
dote loquitur. *d. l. unic. §. & ut plenius. 1. C. de rei*
uxor. act. d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus. Multa
autem dotium singularia sunt jure, quæ ad donatio-
nem propter nuptias minimè pertinent, ut est ipsum
jus prælationis. *d. l. assiduis. 12. §. hac autem. 1. C. qui*
77 *potior. in pign. habeant.* Tum quia hoc jus taciti pi-
gnoris datum est uxori, ut ipsius doti meliùs sit pro-
spectum, *d. l. unic. §. & ut plenius. C. de rei ux. act.*
hoc est, ut ne in damnum incidat: sed ut, matrimo-
nio soluto, dotem suam habeat salvam. Ast in dona-
tione propter nuptias mulier non de damno, sed de
lucro est sollicita: pro quo lucro, inquit Justinianus
non fovemus mulieres: sed ne damnum patiantur,
suisque rebus defraudentur, curamus. *d. l. assiduis.*
12. §. hac autem. in fine. C. qui potior in pign. habeant.

Tum quia jura singularia, ut est hoc taciti pignoris, 78
non debent porrigi ad consequentias. *d. l. quod verò.*
14. & seqq. ff. de legibus.

Non adversatur *d. l. ubi adhuc. 29. in princ. C. de* 79
jur. dot. ex qua Doctores communiter evincere cō-
nantur: uxorem habere mariti bona tacitè obliga-
ta etiam propter donationem ante, vel propter nu-
ptias. *Etenim* ea non agit nominatim de tacitâ, sed
generaliter de hypothecâ. At generalis oratio ita 80
est interpretanda, ut vitio careat, sicque non pugnet
cum jure, aut ratione legum. *l. in ambiguâ. 19. ff. de*
legib. l. 3. & l. cum in testamento. 24. ff. de reb. dubiis.
Potest igitur, imò debet *d. l. ubi. 29. C. d. jur. dot.*
accipi de hypotheca expressa: tum quòd alias pu-
gnaret cum rationibus juris modò allatis: tum quòd
constitutio *dicta l. ubi.* edita est ab Imp. Justinia-
no, anno Imperii sui secundo: sed pignus hoc ta-
citum dotis idem Imperator anno demum Imperii
sui quarto introduxit, ut perspicuum est ex subscri-
ptione Consulum *in d. l. ubi. C. de jur. dot. & d. l. u-*
nic. C. de rei ux. act. & iis, quæ diximus suprà in prole-
gomenis harum Institut. numer. 4. & 8. Similiter ni- 81
hil movet, quòd donatio propter nuptias compa-
retur doti. *Novell. 97. de æqualit. dotis, &c.* Licèt
enim in quibusdam, puta in modo sive quantitate;
doti donatio propter nuptias comparetur, *d. Novell.*
97. attamen in plerisque hanc ab illa differre, appa-
ret *ex d. l. assiduis. 12. §. penult. C. qui potior in pign.*
habeant. Et ab hac, tanquam veriori sententia, non
abhorrent *Dynus & Gomezius num 39. in d. §. fue-*
rat. 29. infr. de actionibus. itemque glossa. in d. c. ex li-
teris. 5. super verb. obligata. ext. de pignorib. Vide Hun-
nium d. resolut. ad Treutler. vol. poster. disput. 24. th. 7.
quæst. 53. pag. 609.

Quarta quæstio est: nunquid pro alimentis et- 82
iam hoc privilegium taciti pignoris competat uxo-
ri in bonis mariti? Et competere, affirmant Do-
ctores non pauci. *Bartolus, post Iacobum de Arena,*
in l. si cum dotem. 22. §. sin autem in sævissime. 8. n. 7.
ibique Raphael, & Alexander. ff. solut. matrim. Bald.
in d. l. unic. §. & ut plenius. C. de rei uxor. act. Specu-
lator. in tit. de donationib. inter vir. & uxor. §. forma-
tis. vers. sed nunquid bona viri. &c. hosque referens
Negusantius d. tract. de pignoribus & hypothec. membr.
4. secunda. part. princ. num. 47. & seqq. Hique præ- 83
supponunt, maritum uxori alimenta debere: de
quo tamen non immeritò dubitari potest, *argum. l. si*
convenerit. 4. in fine. l. si pater. 12. §. 1. l. quidem. 22. l.
inter. 26. §. convenit. 3. ff. de pactis dotalib. l. mutus.
73. §. 1. ff. de jure dot. Sed hoc posito, non planè con-
cesso: haud satis justa videtur subesse ratio, cur pri-
vilegium hoc doti datum, ad alimenta sit extenden-
dum. Siquidem horum multis in rebus diversum 84
jus esse constat: & quod specialiter doti est indul-
tum, propter utilitatem Reip. cujus interest,
dotes mulieribus salvas conservari. *d. l. 1. ff. so-*
lut. matrimon. non statim ad alimenta produci
solet, *argument. d. l. quod verò. 14. & seqq. ff. de legib.*

Quare nonnulli distinguunt inter alimenta, uxori debita constante, & debita soluto matrimonio: ut ad illa quidem pertineat hoc jus tacitæ hypothecæ,
85 ad hæc non item. *Paul. de Castro, consil.* 8. Nec Bartoli & sequacium traditio juvatur textu *in l. Lucius. 18. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. habe.* ex qua colligitur; eum, qui in sorte est potior, esse etiam in usuris potiorem: ac proinde mulierem non solùm ob ipsam dotem, sed etiam ob alimenta habere jus tacitæ hypothecæ: quoniam ut usuræ sortis, ita alimenta dotis accessio censentur. *Nam* ut omnis fere similitudo claudicat; ita & hæc usuræ atque alimentorum comparatio lubrica reputatur: cum non satis liqueat, dote data marito, ex ea protinus ipsum uxori alimenta debere, *ut paulo ante monitum.* Præterea jus hoc tacitæ hypothecæ est singulare in dote: ac propterea non temerè ad consequentias porrigendum, *sæpe allegata l. quod verè. 14. & ll. seqq. ff. de legibus.* Atque hanc olim comprobarunt sententiam *Guilielmus de Suza. & Ioan. Ruff. de Parma, prout eos citat Bartolus loco supra designato.*

86 Quinta quæstio est: ecquid pro precio rerum dotalium concedatur uxori hoc tacitæ hypothecæ privilegium? Finge: res quasdam dotales rectè ac licitè venditas à marito: & precium earum marito solutum ad alios, quibus ille fortassis debebat, pervenisse: annè hoc quoque casu huic precio pignus i-
87 stud tribuatur? Et tribui, non sine speciosa ratione Doctores statuunt: quia, inquiunt, precium succedit in locum rei, præsertim universalis, hereditariæ peculii, dotis *l. si rem & precium. 22. ff. de heredit. petit. Accurs. in l. Labeo & Sabinus. 14. super verb. ignorant. ff. de verborum signification. Francisc. Aretin. in l. 1. colum. 3. ff. solut. matrimon. Negusant. d. membr. 4. secunda part. princip. numer. 57. & sequentibus.* At sententia isthæc libertati commerciorum adversari videtur. Quis enim vellet contrahere cum marito, sive quippiam ab eo emere? Et perquàm grave esset creditori, cui debetur à marito, & quid solvitur, si illud ipsum jam tacitè uxori teneretur. Proinde ego hoc privilegium ad precia rerum dotalium, maximè si ea jam creditoribus sint soluta, non pertinere verius esse existimaverim. Sibi quippe mulier quæ rerum dotalium alienationi consentit, si quod
88 emersit damnum, imputare debet. Nec omnino verum creditur, quod Interpretes nonnulli jactant: in omni re universali precium succedere loco rei. Id enim tantum dicitur de rei hereditariæ possessore qui eam rem vendidit, & precium inde recepit: quandoquidem æquitas suadet, ut possessor nihil lucretur ex re aliena, id est, hereditaria: sed ut heredi restituat vel rem ipsam; vel si eam vendidit, id quod ex venditione lucratus est, hoc est precium. *d. l. si & rem. 22. ff. de heredit. petit.* Hoc igitur casu dicendum: precium quidem ipsum rei dotalis non esse obligatum: sed pro precio nihilominus bona mariti tacitè obligata censeri. *Ita tenere videtur Bartolus consil. 124. vol. 1.*

Sexta quæstio est: an jus tacitæ hypothecæ habeat etiam locum in dote cauta, & non numerata 89
quæ vulgò confessata, seu magis Latinè confessa appellatur: de qua scilicet per solam mariti confessionem constet & quam maritus se accepisse nunc neget? Atque probabiliorem eorum puto esse sententiam, assentientium: privilegium hoc tacitæ hypothecæ, in dote confessata nullum sibi vindicare locum. Hoc namque privilegium ideo est introductum, ut sua uxori salva & integra dos conservetur. Quæ si nulla data est, sed cauta tantum & promissa: 90
iniquum profectò foret, pro lucro fovere uxorem, quæ nullam revera dotem dederit, *argumento d. l. assiduus. 12. §. penult. in fin. C. qui potior. in pign. habeant.* Sed & Justinianus *in d. l. assiduis. 12. §. 1. vers. cum enim in personalibus. ibi, si tamen re ipsa fuerint parti mariti data, &c.* veram desiderat dotis traditionem: ac proinde non spectandum est, quid confessus sit maritus, vel quid scriptum: sed quid actum & traditum fuerit. In contractibus siquidem rei veritas potius, quam scriptura perspici debet, *ut rescripserunt Impp. Valerianus & Gallien. l. 1. C. plus valere, quod agitur, quam quod simulatè concipitur. Mynsing. cent. 1. obs. 61. Covarruv. lib. 1. resolut. cap. 7. n. 4.*

Hancque sententiam non jugulat; quod ex scri- 91
ptura mariti, seu ex confessione ejus, quæ fit per quietantiam, dos habeatur pro numerata, & numerata satis probetur: cum manifesti juris sit, quòd privata scriptura faciat probationem contra scribentem, ejusdemque heredibus præjudicet. *l. scripturas. 11. C. qui potior. in pign. habeantur.* Etenim licet alias privata scriptura, causam obligationis continens, contra debitorem, ejusdemque heredes probet: excipitur tamen causa dotis. Quia sæpe contingit, ut generi dent soceris suis cautiones vel quietantias de dote soluto seu numerata, quasi eam acceperint, habentes fidem soceris, quam tamen non acceperunt. Tunc isti generi, non obstante tali scripturâ, quâ sunt confessi, se accepisse dotes, possunt ad dotem agere: &, si excipiatur à socero de solutione, & ad hoc proferatur quietantia; potest replicare gener de non soluta, vel non numeratâ dote. Et ideo tenetur socer, non obstante illa scriptura, probare, dotem esse realiter numeratam. Quam tamen exceptionem sive replicationem habent generi ad certum tempus nimirum intra annum, vel etiam tres menses, prout diu duraverit matrimonium. *l. in dotib. 3. & Auth. seq. C. de dote cauta, non numerata.* Hinc igitur patescit; speciale hoc esse in ea scriptura, qua quispiam dotem se accepisse confessus est; quod contra scribentem & confitentem non probet. Ita, *post Sichardum in d. l. scripturas. 11. n. 3. C. qui pot. in pign. hab.* tradit Hunnius *in resol. ad Treutler. vol. poster. disputat. 24. th. 7. quæst. 52. pag. 608.*

Similiter nostræ non adversatur sententiæ: quòd 92
si privilegia dotis locum non haberent in dote confessata; hodie parùm admodum operarentur: cum sæpenumero dotes dentur, non adhibitis multis testibus:

ſtibus : ita ut non ſemper poſſit probari talis numeratio : ſed plerunque ad hoc fiant inſtrumenta, quibus maritus confiteatur, ſe accepiſſe dotem. Si ergo dos confeſſionata non habet privilegia dotis : paucæ ſanè dotes amplius privilegiatæ invenientur : ſicque favores atque privilegia dotium anguſtiſſimis terminis concludentur : cum tamen ea ampliari potius, quàm reſtringi oporteat. *c. odia. 15. de regul. jur. in 6. l. in ambiguu. 70. ff. de jur. dot. & l. in ambiguis*
93 *81. ff. de reg. jur.* Non, *inquam*, illud adverſatur. Quandoquidem experientia ipſa ſatis ſuperq; comprobatum reddit, quòd hodie numeratio dotis ut plurimum, teſtibus præſentibus, fieri ſoleat. Præterea verum quidem eſt, quòd privilegia, præſertim dotalia, utpote in ſummo gradu favorabilia, potius ſint amplianda, quam reſtringenda : ſed hoc in dubio ſolùm procedit. Aſt in propoſito claram & expreſſam habemus definitionem : quod nempe ita demum privilegia dotis locum habere debeant, ſi dos re ipſa fuerit numerata : id quod de confeſſionata, utique aſſeri haud poteſt, *prout ex prædictis apparet.*
94 Denique ita demum extendenda ſunt privilegia, ſi eorum extenſionem conſtitutiones & leges, quibus deferuntur, admittant : alioqui non oportet nos eſſe clementiores lege, *arg. l. perſpiciendum 11. ff. de pœnis.* Nec profectò dici poterit : ſtante ſententia noſtra, privilegia dotalia à nobis coarctari : cum ipſa lex ea ad verè numeratam dotem perſpicuè reſtringat. *Hunn. d. quæſt. 52. verſ. idcirco nullo tempore, &c. pag. 909.* Cæterùm iſtam quæſtionem ampliſſimè, licèt ſatis confusè, proſequuntur *Baldus Novellus in tractat. de dote. part. 10. privileg. 1. num. 4. cum ſeqq. Angel. Aretin. in §. fuerat. numer. 13 & ſeqq. inſt. de actionib. Neguſant. d. tract. de pignorib. & hypothec 4. membr. ſecunda part. princ. num 76. aliique per hunc*
95 *allegati.* De eadem quæſtione videantur quoque Bachovius *in tract. de pignorib. & hypoth. lib. 4. cap. 13. num. 1. pag. 334. Fauther. de jure prælat. c. 35. Gail. lib. 2. obſ. 81.* ibique Græværus. Rauchbar. *lib. 2. quæſt. 30.* hosq; referens Dn. Collega Beſoldus *in delibatis jur. ex lib. 23. ff. quæſt. 9. pag. 83. cum ſeq.* & Knipſchildt *d. exercit. Acad. 5. qu. 7. pag. 180.*

96 Septima quæſtio eſt : num hoc tacitæ hypothecæ privilegium, quod uxori modò non ſit hæretica : quia huic & hoc, & alia dotis privilegia meritò denegantur. *Novell. 109. & Auth. item privilegium C. de hæretic.*) competere diximus, ſponſæ quoque in bonis ſponſi competat ; Et inter ſponſam per verba de præſenti, & ſponſam per verba de futuro, rectè diſtinguitur : ut videlicet illi, non item huic, privilegium iſtud accommodetur : propterea quòd illa pro uxore habeatur ; hæc verò non ſit loco uxoris.
97 *Sed vide Bartolum & alios ad l. 2. (in Gothofredi corpore eſt l. quæſitum. 17. ff. de rebus auctorit. jud poſſid.) §. ſi ſponſa. 1. ff. de privileg. creditor. & Neguſant. prædicto memb. 4. ſecunda part. princip. numer. 71. & ſeq.* Nec refragatur huic aſſertioni, quod ante matrimonium dos non intelligatur. *l. fin. C. de donationibus ante nupt.* Nam illud quidem non negamus : ſed hic matrimonium interveniſſe dicimus : cum ſponſalia de præſenti à vero matrimonio non differant, *argument. l. nuptias. 30. ibique Decius ff. de regul. jur. l. penult. in fine prin. ff. de donat. inter vir. & uxor. & pluribus demonſtratum ad rubric. tit. ſupr. de nupt. numer. 5. & ſeq.* Deinde obſervandum : quòd licèt ante matrimonium propria & vera dos non cenſeatur : tamen dos putativa reputetur, in qua privilegium tacitæ hypothecæ locum obtinere, *poſt alios* docent Sichardus *ad d. l. aſſiduis. 12. numer. 23. C. qui potior. in pign. habeant.* & Hunnius *d. reſolut. ad Treutler. volum. poſter. Diſputat. 24. th. 7. quæſt. 50. & 51. p. 604. cum ſeqq. ubi fuſius eâ de re Diſputat.* ibique videatur quoque Bachovius *pag. 616. verſ. etiam in ſponſa, &c. & in d. tract. de pignoribus & hypothec. liber. 4. cap. 13. num. 4. pag 336.*

Octava quæſtio eſt : an jus hoc tacitæ hypothe- 98
cæ heredi uxoris concedi debeat ? Et debere, non ineptè ſtatuitur : quoniam illud jus potius rei, id eſt, conſervandæ doti ſive actioni dotis, quàm perſonæ mulieris datur. *l. unic. §. & ut plenius. 1. ibi, ita & in hujuſmodi actione damus ex utroque latere hypothecam. Cod. de rei uxor. act. Bartol. in l. ff. ſolut. matrimon. Bald. Novell. d. tract. de dot. part. 12. num. 6.*
Alioqui notum eſt, privilegia perſonalia ad heredes 99
non tranſire, *l. privilegia. 196. ff. de regulis. jur.* Et iſthæc quoque ratio eſt, cur hoc taciti pignoris jus non modò in heredem, de quo jam dictum ; ſed etiam in ceſſionarium, id eſt, in eum, cui dotis actio
ceſſa fuerit, tranſeat. Eſt enim pervulgare Inter- 100
pretum pronunciatum : quicquid eſt tranſmiſſibile ad heredem, etiam ceſſibile eſt, ſive regulariter cedi poteſt, & in ceſſionarium tranſit. *l. ex pluribus. 42. ubi Dynus, Bartol. & alii. ff. de adminiſtrat. & peric. tutor. Bald. in rubr. C. de novo Cod. compon. in fin. & in l. 1. C. de privileg. dot. Tiraquell in tract.*
de retraict lignag. §. 26. gloſ. 1. numer. 47. Eſt quip- 101
pe hoc pignus tacitum ſequela, & velut pediſſequa actionis de dote : ac proinde eam comitatur, in eumque tranſit, in quem actio, ut in heredem, & in ceſſionarium ipſius mulieris, *argumentum. l. emptori. 6. & l. venditor actionis. 23. ff. de heredit. vel act. vendit. Neguſant. d. tractat. de pignoribus & hypoth. 4. membr. 2. p. princip. numer. 30. & ſeqq. Vide tamen Hunnium d. reſolut. ad Treutler. vol. poſter. diſp. 24. th. 7. quæſt. 49. pag. 600. & ſeq.*

Nona quæſtio eſt : an & jus tacitæ hypothecæ 102
competat patri uxoris, vel alii, qui dotem ipſam dederit ? Et de patre plerique Interpretes ita diſtinguunt : ut, ſi ſuo nomine agat ad dotem, ei non competat ; ſi nomine filiæ agat, tum competat. Itaque alteri, id eſt, fratri aut extraneo dotem danti jus iſtud competere, iidem negant : & rectè negant. Licèt enim jus hoc datum dicatur actioni dotis. *d. l. unic. §. 1. Codic. de rei uxor. act.* actio au-

tem ad repetendam dotem detur non solùm uxori, aut patri interdum, tanquam legitimo administratori; verùm etiam extraneo, qui dotem sibi reddi, soluto matrimonio, stipulatus fuerit: non tamen ipsa dotis actio huic extraneo competit; sed actio ex stipulatu, cui hoc privilegium non est da-
103 tum. Hæc siquidem ex stipulatu actio respectu mulieris duntaxat, non item ratione extranei, bonæ fidei censetur, *ut fusius expositum est in §. fuerat. 29. numer. 4. & seq. infr. de actionibus, illaque de re videantur Bartolus, Angelus, Imola & Alexander. in l. post dotem. 40. ff. solut. matrimon. hosque citans Neguzantius d. membr. 4. secunda partis princip. num. 34. & 35.*

104 Decima & ultima quæstio est: utrùm patris quoque bona, pro dote filio suo, quem in potestate habet, data, tacitè obligata intelligantur? Et intelligi obligata, non insulsè aliquis dixerit. Dotem namque filiofamilias datam, ut & onera, patri per filium quæri, certum est, *argument. l. 1. in princip. ff si à parent. quis manumiss. sit. l. placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. 2. Codic. de patr. potest. & tot.*
105 *titul. supr. per quas pers. cuique acquirit.* Dos quippe ibi esse debet, ubi onera matrimonii sunt, auctore Paulo *in l si is, qui Stichum 56. §. 1 ff. de jure dot.* Patet etenim filiumfamilias, quantumvis maritum alit; & matrimonii non modò sui, sed etiam filii sui onera sustinet, jure nostro civili; quo turpe videtur, filiumfamilias licèt maritum seorsim habitare, & separatam a patre familiam instituere. Mortuo autem patre onera matrimonii, & per consequens dotis etiam emolumenta ad filium recidunt. *dict. l. si is, qui. 56. §. 1. ff. dict. titul. l. si filia. 20. §. hoc amplius. 2. ff. famil. erciscund.* Cæterùm moribus non modò Germaniæ nostræ, sed omnis ferè Europæ aliud jus est receptum; nempe ut ipsum filiumfamilias maritum statim & onera matrimonii, & uxor, & liberi, & propterea dotis quoque commoda sequantur. Ideoque probabilius arbitror, moribus & consuetudine totius Europæ bona patris pro dote filio data haudquaquam obligari: cùm iniquum sit, patrem nomine dotis, quà nihil emolumenti percipit, onerari, *argumento l. secundum naturam. 10. ff de reg. jur.* Et tantum de causa dotis.

106 Præterea contemplatione rei, in causa legatorum & fideicommissorum Imp. Justinianus legatariis & fideicommissariis, in bonis testatoris tacitam hypothecam & pignoris persecutionem concessit. *l. Cod. communia de legat. §. sed olim. 2. suprà de legatis.* adjuvandæ scilicet ultimæ voluntatis gratia, ut omnibus modis ei satisfieret. *dict. l. 1. versic. si enim testator, &c. Codic. commun. de legat. Donell. in tractat. de pignoribus cap. 5. pagin. mihi 111, D. Obrecht. Disputat. 15. thes. 128. Treutler. Disputat. 1. thes. 4. liter. L.*
107 *volum. 2.* Quæri solet de donatione causâ mortis: an & ea nomine legati hic contineatur? Et quamvis illa aliàs legatis comparetur. *§. 1. supr. de donationibus l. 2. ibi, ad exemplum legatorum. ff. de Public. in rem act. l. Marcellus. 15. in fin. l. etsi debitor. 17. ad fin. & l. illud. 37. in princip. ff. de mortis caus. donationib.* tamen in hoc quoque inter cætera differt, quod tacita hypotheca inducta pro legato, non censeatur inducta pro donatione causâ mortis, hac ratione: quod *in dict. l. 1. Cod. commun. de legat.* qua lege pignus hoc tacitum ob rem legatam inductum est, nulla donationis causa mortis mentio reperitur. *Angelus Aretin. in princip. Institut. de donationibus. Alexander & alii in l. 2. ff. de legat. 1. hosque laudans Neguzant. in tractat. de pignoribus & hypothec. part. 2. membr. 4. num. 162.* Accedit & hæc ratio: quod pro donatione causâ mortis pignus esset inutile Cur ita? quia donatio causâ mortis ita fit, ut res statim donatario detur. *l. 2. & l. inter mortis. 38. ff. de mort. caus. donationibus.* At res legata non statim, sed demum post mortem, & aditam hereditatem, legatario ab herede præstatur *§. 1 supr. de legatis* Porrò 108
in hoc tacito legatorum pignore primum id observandum: quòd heredis bona, sicuti testatoris, pro legato tacitè obligata non reputentur. *argument. d. l. 1. vers. cum enim non aliter. ibi, in rebus, quas à testatore consecutus est. C. communia de legat. ibique circa finem Bartolus.* Et dicit Angelus ab Aretio *in §. 1. supr. de legat. numer. 5.* quòd in teneris suis annis, dum esset Doctor novellus, & vellet practicare contrarium, succubuerit. Ubi tamen advertendum monet; quod si post sex menses à die mortis defuncti & aditæ hereditatis, heres legatum non solverit: tunc ad instantiam legatarii, immissio in bonis heredis pro legato fieri possit: & per talem immissionem pignus prætorium constituatur, *l. certa. 6. Codic. ut in possessionem legator. vel fideicommissor. servandor. caus. mittatur. ibique Baldus & Salicetus.*

Deinde notandum: quòd pignus hoc tacitum 109
non in bonis, jam à testatore aliis personis legatis, sed in reliquis duntaxat rebus locum habeat. *Verbi gratiâ:* testator mihi domum; tibi fundum legat. Pro meo legato domus, non est obligatus fundus, tibi legatus, quamvis à testatore veniens; sed cætera tantum defuncti bona, nemini legata, *argumento l. si fideicommissorum. 11. ff ut in possess. legat. &c.* Ratio autem, cur pignus istud tacitum in bonis, à defuncto aliis legatis non obtineat, hæc assignari potest: quia bona à se legata testator omnia his, quibus ea legavit, vult præstari; & omnium horum nomine legatorum, ut certiùs præstentur, Justinianus pignus hoc tacitum induxit. Planè si testator, quod uni legavit, idem quoque alteri per fideicommissum relinquat, sive si à legatario relinquat alicui fideicommissum: jam ipsa quoque res legata, pro hoc fideicommisso obligata erit: eò quod hoc casu res legata jam semel legatarii esse cœperit. *d. l. 1. vers. & hac dispositimus. C. commun. de legat.*

Disceptant Interpretes: an testator tacitam istam hy- 110
pothecam,

pothecam, pro legatis introductam, testamento re-
mittere aut prohibere possit? Et posse, ait Accursius
ad l. 2. ff. ut in possess. legatorum, &c. Bartolus ibidem,
Baldus & Salicetus. Idem Bartol. & Alexand. in l. ne-
mo potest. 55. ff. de legat. 1. Et hanc opinionem ma-
gis communiter Doctores sequi, testatur Negusan-
tius d. tract. de pigneribus & hypothec. 4. membr. secun-
da part. princip. numer. 161. Verùm contraria Cyni
in d. l. 2. ff. ut in possess. legator. &c. sententia mihi
magis probatur, hac ratione: quia tacitum hoc pi-
gnus lege & constitutione Justiniani Imperatoris
inductum, concessum est legatis. d. l. 1. C. commu-
111 nia de legat. Atqui contra legem testator nihil quid-
quam ordinare potest. d. l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1.
112 Insuper in hoc tacito legatorum pignore & illud, ut
singulare, observandum venit: quòd inter heredes
dividatur. d. l. 1. in fine. C. commun. de legat. Nam
alioqui jus pignoris individuum esse, patescit ex l.
rem hereditariam. 65. ff. de evictionibus l. 1. & 2. C. si
unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris, &c.
Ratio autem hujus juris singularis hæc redditur:
quia hoc pignus non tam est hereditarium, quàm re-
bus jam divisis inter heredes primùm impositum,
atque ita cum ipsa rerum hereditariarum divisione
constitutum censetur: & proinde non tenetur he-
res, nisi pro re, quam ex divisione accepit. Dn. Ob
recht. Disputat. 15. thes. 130. & seq. Vide eadem de re
Negusantium d. membr. 4. secunda part. princip. nu-
mer. 160.

113 Denique respectu rei, Senatusconsulto, quod sub
Marco Imperatore factum est pignus tacitum insu-
læ creditori datum est, qui pecuniam ob restitutio-
nem ædificii extruendi mutuam dedit. l. 1. ff. in qui-
bus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l. si ventri.
24. §. 1. ff. de reb. auctorit. judic. possidend. Mynsinger.
cent. 1. observat. 60. & respons. 15. numer. 4. & 5. de-
114 cad. 2. Ratio hujus Senatusconsulti non obscura
est: quia domorum sive ædificiorum restitutio ad
decus & ornamentum Reipubl. pertinet: cujus in-
terest, urbem ruinis non deformari. l. 2. §. si quis ne-
mini. 17. & l. ult. ff. ne quid in loc. public. l. prætor. ait.
20. §. hoc interdictum. 10. ff. de operis nov. nunciat. l.
præses. 7. ff. de offic. præsid. l. 1. ff. de tigno injuncto. l. 2.
C. de ædific. privat. l. præscriptio. 6. Cod. de operib. pu-
115 blic. Hocque taciti pignoris jus porrigitur etiam ad
eum, qui redemptori operis, (hoc est, ei qui ædifi-
candam domum conduxit. Nam hi propriè redem-
ptores, & ἐργολάβοι operum susceptores dicuntur.
Et ita hoc verbum accipitur in l. redemptores. 39. ff.
de rei vindicat. & l. ea lege. 51. §. 1. ff. locati conduct.)
domino mandante nummos subministravit. d. l. 1.
in fin. ibique Ioan. Mercer numer. 5. ff. in quibus caus.
pign. vel hypothec. tacit. contrahit. d. l. si ventri. 24. §.
1. ff. de reb. auctorit. jud. possidend. Quoniam paria
sunt: domino ad ædificii restitutionem mutuam
pecuniam dare, vel alii ejus jussu, in eam causam,
per pr. tit. infr. quibus mod. tollit. obligat. l. solutum. 11.
§. solutam. 5. ff. de pigneratit. act. Donell. in tract. de pi-
gnoribus cap. 5. pagin. mihi. 111. D. Obrecht. d. Dispu-
tat. 15. thes. 134. Porrò nimis superstitiosi sunt illi,
qui id, quod de restitutione ædificii dictum est, ne-
gant habere locum in ejusdem refectione: cum ta-
men verbum (restituendi) ambiguum sit, & sub eo
refectio quoque rectè comprehendatur. Neque
sanè ratio ulla diversitatis dari potest: quin potior
videtur esse is, qui efficit, ne ædes ruituræ procum-
bant, quam qui curat, ut jam collapsæ restituantur:
quemadmodum contra Cujacium & Hunnium, bene
sentit Bachovius in tract. de actionibus, Disputat. 3. ad
th. 34. pag. 103. & in tract. de pignoribus & hypoth. lib.
1. cap. 12. pag. 51. & seqq. Adde Davidem Döhrin-
gium in bibliotheca Iurisconsultorum, tom. 1. verb. æ-
des. num. 583. fol. 901. & seq.

Sed frequens est & dubia inter Doctores quæstio: 116
an sicuti is, qui nominatim ad domus restitutio-
nem seu refectionem pecuniam credidit, tacitæ hy-
pothecæ privilegium habeat, juribus superiùs alle-
gatis: ita etiam illi, qui in navem, aliamve rem ex-
truendam vel emendam nummos mutuò dedit, taci-
tum pignus constituatur? Et constitui, Interpre-
tes veteres plerique affirmant, Accursius & Barto-
lus, horumque asseclæ in l. interdum. 5. ff. qui potior. in
pignor. vel hypothec. habeant. Negusant. d. membr. 4.
secunda part. princip. numer. 162. Covarruv. lib. 1.
variar. resolut. cap. 7. num. 2. Vanderanus in tractat.
de privileg. creditor. cap. 8. aliique relati ab Hackel-
manno illustrium quæstion. Disputat. 12. thes. 6. ad lit.
f. in fine. Quibus assentiri quoque videntur Balduï-
nus in Commentar. de pignoribus. & hypothec. cap. 7.
Meyrerus in tractat. de pignorib. & hypothec. lib. 2. tit.
10. Arumæus Disp. 14. ad leges præcip. ff. th. 7. pag. 209.
& Vultejus lib. 1. Iurisprud. Roman. cap. 34. num. 19.
At quicquid illi dicant: negantium sententia mi-
hi verior videtur, per textum in l. quamvis. 17. C. de
pignorib. & hypothec. ubi ita rescriptum est: Quam-
vis ea pecunia, quam à te mutuò frater tuus accepit,
comparaverit prædium: tamen nisi specialiter vel gene-
raliter hoc obligaverit, tua pecunia numeratio in cau-
sam pignoris non deduxit. Huc q; valde confert, quòd
tacitum pignus speciali Senatusconsulto nominatim
concessum est ei, qui in domûs restitutionem num-
mos credidit. d. l. 1. ff in quibus caus. pignus vel hy-
pothec. tacit. contrahit. Nullâ autem speciali portio-
ne juris idem jus tributum est cæteris, qui vel in na-
vem instruendam, vel aliam rem comparandam,
nummos crediderunt. Non ergo idem de hisce cre- 117
ditoribus statuendum est: quippe cùm privilegium
taciti pignoris non nisi legibus nominatim consti-
tuatur. d. l. 1. & tot. titul. ff. & Cod. in quibus. caus.
pign. vel hypothec. &c. l. 1. ubi hypothecariam ab ipsa
lege induci. Codic. commun. de legat. l. unic. §. 1. Cod.
de rei uxor. act. l. cùm oportet. 6. § ult. Codic. de
bonis, quæ liberis. &c. Adhæc diversa est ratio
crediti ad restitutionem & refectionem ædificii,
à credito ad refectionem sive comparationem al-
terius rei. Illic enim publica quædam versatur
utili-

ductoris domino obligata non videatur: responderi poterit, domino non proficere conventionem secundi inquilini, sed suam propriam, hoc est, eam quam habuit cum primo: ex ea, *inquam*, tacitè ipsi domino res obligata est, non tantùm primi, sed etiam secundi conductoris.

17 Nec cum his pugnat *l. si in lege.24.§.1.ff.locati.* ubi Paulus disertè respondet, res posterioris conductoris domino non obligari, sed fructus duntaxat. Nam Jurisconsultus ibi de fundo, id est, prædio rustico; Ulpianus verò. *in d. §. solutam.* de domo & ædibus,

18 adeoque prædio urbano, apertè agit. Certo autem certius est, prædium urbanum differre à rustico: quòd in illo tacitè, in hoc non, nisi expressè ac specialiter, res inductæ obligentur; ideoque etiam in illo secundi conductoris res videantur tacitè domino obligatæ, in hoc non item: quia in hoc, *inquam*, necessaria sit expressa conventio cum primo conductore, id est, colono: ergo & cum secundo. Fructus tamen fundi locati, non modò percepti à primo colono, cui dominus locavit, sed etiam à secundo, qui à primo colono conduxit, tacitè domino obligati censentur. Et hoc est, quod ait Paulus *in d. l. si in lege.24. §. 1. ff. locati.* Idque copiosius exposuimus *in §. item Serviana.7. numer.13. & seqq. infr. de actionibus.*

19 Quod porrò dictum est, in prædium rusticum à colono inducta & illata, domino sive locatori non esse, tacito pacto obligata; sed, ut illa sint pignori, expressam conventionem necessariam esse: id confirmatur, primò *per dict. l. eo jure. 4. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contrahit.* *Eo*, inquit ibi Neratius, *jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta & illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacitè convenerit. In rusticis prædiis contrà observatur.* Deinde idem evincitur *ex §. adipiscendæ. 3. versic. interdictum quoque. infr. de interdict.* ubi Justinianus Imp. tradit, res coloni obligari domino, quas ipse colonus pro mercedibus fundi pignori futuras pepigerit, id est, pignori esse, expressè convenerit. Tertiò eadem sententia robur suum accipit *ex l. si nen inducta. 5. C. in quib. caus. pign. vel hypothec. tac. contrahit.* ubi de inductis & illatis in fundum specialis & expressa conventio intercedit. Quartò accedit hæc ratio: quòd cum de tacito pignore inductorum aut invectorum agunt Jurisconsulti, semper meminerint prædii urbani, nunquam rustici. *l. item quia. 4. ff. de pact. & toto ferè tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac.*

20 *contrahit.* At vulgare est, inclusionem unius esse exclusionem alterius. *l. cum prætor. 12. in princ. ff. de judic. l. maritus. 21. Cod. de procuratoribus.* Quintò non parùm eò confert, quòd ratio hujus taciti pignoris non habeat locum in prædiis rusticis, *ut paulò post ostendetur. num. 22.* Denique hanc decisionem Interpretes recentiores plerique omnes suis calculis corroborant: *Theophilus, Eguinarius Baro, Corasius, Heigius, Bortholt. Amon. Matthæus, & alii in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. Cujac. & Duaren. in d. l. item quia. 4. ff. de pact. Connan. liber. 4. Commentar. jur. civil. c. 16. Donell. in tract. de pignorib. cap. 2. Balduin. in Commentar. de pignoribus & hypoth. cap. 6. Forcatul. Necyomant. dialog. 17. Andr. Gerhard. decad. 14. quæst. 3. Bachovius in tract. de pignoribus & hypoth. lib. 1. c. 11. numer. 4. Menoch. de adipisc. possess. remed. 3. quæst. 4. num. 33. & seqq. D. Besold. in delebat. jur. ex lib. 20. ff. quæst. 4. pag. 43. aliique quos laudavimus in d. §. item Serviana. 7. num. 12. infr. de actionibus ubi etiam Doctores dissentientes adduximus.*

Non obstat *l. certi juris. 5. Cod. de locato & conducto.* 21
ubi Glossa, ejusque Sectatores existimant: pignus tacitum esse tam in rusticis, quàm urbanis prædiis: sed in eo tantum esse differentiã, quod in rusticis sit necessaria domini sive locatoris scientia, in urbanis necessaria ea non sit, *argumento dictæ l. 5.* ubi Imp. Alexander rescripsit, inducta in prædium urbanum etiam sine scientia & voluntate domini pignoris jure teneri; ast in prædium rusticum inducta, teneri jure pignoris illa, quæ voluntate domini à colono sint inducta. Non obstat, *inquam*: quoniam hujus distinctionis nulla est idonea ratio: sciente, an ignorante domino sint inducta, ut & ipse Jason fatetur *ad d. l. item quia. 4. num. 14. ff. de pact.* Quare dicta *l. certi. 5. Cod. de locato.* potius, ita accipienda est, ut verbo *voluntatis* aut *scientiæ* intelligatur expressa conventio, quemadmodum sumitur *in l. Pomponius. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit.* Sicque sententia dictæ *l. certi. 5. C. de locat.* planè erit eadem, quæ *prællegatæ l. eo jure. 4. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. & similium*: nimirum inducta & illata in prædium rusticum non obligari, nisi voluntate, id est, expressa conventione; sed inducta & illata in prædium urbanum, obligari tacitè, hoc est, sine voluntate & scientia domini, sive expressa conventione. Reliqua, quæ huic verissimæ sententiæ opponuntur, refutavit nervosè Bachovius *loco suprà notato,* & nos diluimus *in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. num. 4. & seqq.* 22 Ratio porrò taciti pignoris, sive diversitatis inter prædia urbana & rustica, hæc est: quia olim Romæ locationibus prædiorum urbanorum solebat plerunque nominatim & expressè adjici hæc conventio de inductis & illatis, ut essent pignori, quemadmodum & de fructibus in prædiis rusticis: *uti arguit l. si servus. 61. §. locavi. 8. ff. de furt.* 23 Ea autem quæ expressè solita sunt fieri, & adhiberi plerunque, ex fide bona pro adjectis & expressis habentur, licèt de iis nihil nominatim cautum sit. *l. quod si nolis. 31. §. quia assidua. 20. ff de ædilit. edict. l. jam hoc jure. 4. in princ. ff. de vulg. & pupill. substitut.* 24 Cur verò Romæ olim moris fuerit in locationibus prædiorum urbanorum, pactum expressum adjicere de rebus illatis, ut essent pignori, hæc videtur fuisse causa: tum quòd eam in Urbem multi peregrini & ignoti homines confluerent: tum quòd propter caritatem ædificiorum, ut in magna Urbe, multi tenuioris fortunæ & pauperes non haberent proprias domos vel

insu-

insulas, sed cœnacula passim conducerent: ideoque domini & locatores adversus ignotos & pauperes de mercede habitationis seu pensione sibi prospiciebant, obligatione rerum illatarum & inductarum. *Francisc. Balduin. d. Commentar. de pignoribus & hypothec. cap. 6.* Cæterum cur aliud jus fuerit in prædiis rusticis, in causa fuit: quòd pro illorum pensione & mercede non tantum propositum esset dominis periculum: partim quia non ita ignotis locentur fundi: partim quia per fructus fundi, quos pignori esse constat, domino sive locatori satis sit consultum. *l. in prædiis. 7. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec tacit. contrahit. Donell. d. tract. de pignoribus cap. 4. in fin. Bornchers. cent. 2. assert. 72. edit. 2.*

25 Illud hic diligenter notandum: inducta (putà mancipia) & illata (nempe reliquam supellectilem) esse pignori, non verò inducenda aut inferenda; adeò, ut etiamsi expressè convenerit, ut inducta sive illata sint pignori, antequam inducantur, si eadem alii dentur pignori, is potior sit in pignore: cùm non ex conventione, sed ex inductione pignus contrahatur. *l. potior est 21. §. si colonus. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. habeantur.* Eodem confert textus *in l. si non inducta 5. C. in quib. caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit.* ubi de fundo, & mancipiis in eum non inductis, neque specialiter (in fundo enim expressa & specialis requiritur conventio, *ut suprà demonstratum*) obligatis rescribitur, ea non posse retineri pro pensione fundi. Ratio est: quia non erant specialiter obligata, neque etiam inducta: ac proinde pignoris nexu non tenebantur. Sed & illud ob-
26 servatu perdignum est: ea tantum inducta vel illata pignori esse, quæ eo animo inducta sunt, ut perpetuò (quamdiu scilicet durat locatio) sint in domo *l. in prædiis. 7. §. 1. ff. in quib. caus. pignus, vel hypothec tacit. contrahit. l. debitor. 32. in fin ff. de pignorib. & hypothec.* Nam si res in domum sint illatæ, non ut ibi sint, sed ut mox, aut paulò post alio transferantur; hæ tacito pignore non obstringentur. *Verbi gratiâ:* Mercator aliquot cados vini, cùm non posset statim in foro vendere, deposuit in ædibus conductis eâ mente, ut intra octo dies ad alium mercatum mitterentur. Hi cadi tacito pignori non erunt subjecti; quia in ædes conductas, ut ibi manerent, non fuerunt illati. Sic si belli causa, aut propter latrones, quis ex villâ frumentum deportet in urbem, eo animo, ut cessante periculo eodem reportetur: hoc certè frumentum non erit pignori: quoniam non eo animo illatum est in urbem, ut ibi esset, sed ut inde in villam reportaretur. Hæcq; distinctio inter res in prædium urbanum illatas, ut sint ibi perpetuò, & inter illatas, ut tantùm ad tempus exiguum ibi sint, confirmatur etiam argumento *l. ex facto. 35. §. rerum autem. 3. ff de heredib. instituend.* Et ratio ejus non obscura est: quia cùm res in domum inferuntur, ut aliò transferantur non hoc agi videtur, ut illæ sint pignori: cum hoc pignus sit loco pensionis, quæ plerunque tempore locationis elapso solvitur.

Quæritur autem de Mercatore, qui plerunque 27
merces importat in domum conductam, ut eas postea distrahat, & non, ut semper ibi remaneant; an illæ pro pensione intelligantur tacitè obligatæ? Et illas tacitè obligatas non esse, opinantur *Angelus & Iason in §. item Serviana. 7. infr. de actionib. prout eos refert Hermannus Meyrer. in tract. de pignoribus & hypothec. titul. 18. numer. 26. Alexand. in l. si, constante. 24. in princip. in 3. quæst. tertia partis princ. in vers. item in quantum, &c. ff. solut. matrim. Baldus in l. certi juris. 5. C. de locat. & Negusantius in tractat. de pignoribus & hypoth. 4. memb. secunda part. p. numer. 153.* Sed verisimilius est, illas tacitè pro pensione obstrictas censeri, *per textum evidentem in l. cùm tabernam 34. in princ. ff de pignor. & hypothec.* Et quia non importat omnes merces mercator, ut alio mittat vel transportet: sed, ut ibi maneant donec vendat: quod satis est ad hoc, ut locatori sint pignori obligatæ. At quid, si mercator has merces, ita tacitè pignoratas, vendiderit: num pignus durabit? Et ait Scævola 28
in d. l. 34. non durare, hac ratione: quia hæc est natura ac conditio mercium, ut distrahantur: sed tamen ut domino sit cautum, si mercator alias merces importet, hæ denuò illi obligatæ erunt. Quò facit textus *in l. grege. 13. in princ. ff de pignorib. & hypoth.* ubi grege pignori obligato, decedentibus capitibus quibusdam, si qua postea comparentur, vel adnascantur, nihilominus pignori tenebuntur. *Atque ita sentiunt Mynsinger. num. 16. Zasius numer. 20. cum seq. & Schneidevvinus num. 38. & 39. in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. Balduinus in Commentar. de pignorib. & hypoth. cap. 6. Hackelman. Disputat. quæstion. Illustr. 12. thes. 5. lit. a. & Stuckius partit. Exercitat. Iustin. decad. 10. assert. 8. lit. e pag. 295. ad finem.* Eadem de re vide varios casus distinguentem & constituentem Jacobum Menoch. *remed. 3. de adipisc. possess. quæst. 17. num. 125. & aliquot. sequ.*

Quæritur item de eo: nunquid res in prædium 29
urbanum illatæ, antequam præcludantur sive in inventarium redigantur, aut arrestentur per locatorem, alienari libere, hoc est, sine pignoris nexu, possint? Et res istas à pignoris obligatione minimè eximi, verius videtur, *argum. l. debitorem. 15. Cod. de pignorib. & hypoth. & l. si debitor. 12. C. de distract. pignorum.* ex quibus patet, quod res semper cum sua causa & onere transeat. Hucque conducit, quòd ta- 30
citum pignus non ex præclusione, sed inductione contrahi, respondetur *in l. 2. & ll. seqq. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l. item quia. 4. ff. de pact.* Et absurdum est dicere: res simul atque in prædia urbana inductæ fuerint, obligatas esse: nihilominus autem eas liberè conductorem, sine onere tacitæ hypothecæ, alienare posse: ut sic locatori earum causâ, actione Serviana adversus possessorem experiri nequeat. Idem quoque probatur *ex l. 1. ff. de Salviano interdict. & l. 1. C. de precario, & Salviano interd.* Non obstat *l. est differentia. 9.* 31
ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contr. ubi bona illata,

illata, ante inclusionem factam, absque ullo onere tacitæ hypothecæ, alienantur. *Nam* favore libertatis illud singulariter placuit, ut generalis hypotheca non impediat manumissionem servi: specialis autem eam impediat. *l. 2. & 3. Cod. de servo pign. dato manumiss. l. licèt. 6. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Cæterùm cùm dicitur, singulari jure hoc tribui libertati, ut inquilinus non prohibeatur servum manumittere, priusquam locator ei manum injecit, eumque veluti inclusit: satis apparet, res alias ab inquilino liberari abalienando non posse. Ius quippe singulare in uno significat, jus commune esse contrarium in aliis. Eaque de re diversas opiniones alunt *Iason numer. 77. Schneidevvinus num. 53. Zasius numer. 27. & 28. ad d. §. item Serviana. 7. infr. de actionibus. Wesenbec. in Paratitl. ff. in quibus caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit. num. ult. Balduin. d. cap. 6. circa med. Negusant. dicto. membr. 4. numer. 131. D. Obrechtus* Disput. 15. n. 80. *& multis sequentibus.*

32 Quæritur quoque convenienter: an libri Studiosorum, in habitationem conductam illati, pro pensione locationis tacitè obligentur? Et obligari, affirmant Franciscus Connanus *libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 16. numer. 8. in fine.* Quirinus Kubach. *cent. 3. quæstion. illustr. Politico-jurid. decur. 9. quæst. 3. pag. 878. cum seqq. itemque apud Arumæum vol. 4. de jure publ. discurs. 34. q. 3. pag. 117.* Hunnius *in Commentar. ad Auth. Habita. C. Ne filius pro patre, vel pater pro filio, &c. cap. 2. quæst. 12. &*
33 *alibi.* Sed rectius alii communiter negant, *argumento l. obligatione. 6. cum 2. sequentibus ff. de pignoribus & hypothec.* ubi dicitur, obligatione generali rerum neutiquam contineri ea, quæ in usum quotidianum habentur, & quæ verisimile est, quenquam specialiter obligaturum non fuisse. At libri Studiosorum in usum quotidianum habentur: nec ipsi verisimiliter illos obligaturi fuissent. Ergo generali obligatione bonorum, etiam expressa, libri non
34 veniunt. Multò igitur minus tacitâ obligatione generali, qua inquilini res omnes tacitè nexui pignoris suppositæ creduntur, venire poterunt: quoniam major vis taciti, quàm expressi, esse nequit, *argumento leg. expressa. 195. ibique Dd. ff. de r. gul. juris.* Eodem pertinet *d. Authent. habita. ibi, qui eorum non misereatur, &c. Codic. ne filius pro patre &c. & l. executores. 7. cum Authent. agricultores. Codic. quæ res pignori obligari possunt, vel non, &c.* Nec quidquam contrariam relevat opinationem, quòd privilegia, utpote jura exorbitantia, non sint extendenda, *argumentum l. quod verò. 14. ff. de legib.* Nihil enim hic exorbitans; sed rationi & juri ordinario convenit; ne instrumenta rustica, & quotidianis usibus destinata, sub hypotheca generali & indefinita contineantur. Verùm hanc sententiam explicavi uberiùs *in dict. §. item Serviana. 7. numer. 18. & sequentibus infrà, de actionib.* Eamque, præter Interpretes illic à me relatos, defendunt *D. Bocerus hic numer. 47. & seqq. pag. 209. Hunnius sibi ipsi contrarius, Disput 19. ad Institutut. thes. 26. Martinus Schickhardus* Disput. 12. *thes. 7. ad liter. d. Andreas Gerhardt decad. 14. quæstion. 4. & Bachovius in tract. de actionib. disput. 3. sub th. 34. in fine. pag. 104. nec non in tract. de pignorib. & hypoth. lib. 1. cap. 11. n. 3.*

Discrepant etiam & controversantur inter se valdè Doctores: an bona minoris viginti quinque annis in prædium urbanum, non adhibito curatore, illata, & invecta, tacito pignore pro pensione domus teneantur? Ego (etsi nonnulli, haud in infimis subsellus collocandi Jureconsulti, contrarium sentiant. *Francisc. Accursius, Bartolus, Fulgosius, Salicetus & Castalius in l. item quia. 4. ff. de pactis. Iacobus Menochius in tractat. de adipisc. possession. remed. 3. num. 82. & in arbitrar. judic. quæst. lib. 2. cent. 2. cas. 171. n. 30. & seqq. D. Collega Magirus in explicat. l. 1. ff. de Salvian. interdict. eumque laudans Andr. Burckardus d. dissertat. pignorib. & hypoth. sect. 2. conclus. 14. Angelus num. 4. & Iohannes Shneidevvinus numer. 44. in dict. §. item Serviana. 7. infrà de actionib. Everhardus Bronchorstius centur. 1. misellanearum controversiarum, assertion. 76. & Martinus Schickardus dict. Disputat. 12. thes. 7. sub liter. d. in fine. & resolution. quæstion. 3.*) teneri illa, omnino existimo: tum quia nusquam res minorum ab hoc tacito pignore excipiuntur: tum quia in pignore non gravè rei damnum versatur: tum quia tacitam hanc hypothecam lex ipsa inducit, citra curatoris, vel judicis factum; adeoque sufficit decretum legis, *argumento leg. sed si pecunia. 3. §. 1. ibi, quia non ex tutoris, vel curatoris voluntate id fit, &c. ff. de rebus eorum, qui sub tutela vel curâ sunt, &c. l. apud Iulianum. 3. in fin. ff. quibus ex caus. in possess. eat. leg. furiosus & pupillus. 46. ff. de obligationib. & actionibus.* 35 36

Neque obstat, quòd res minorum absque consensu tutorum & curatorum expressè obligari non possint. *l. 3. C. de in integr. restit minor.* Ergo nec tacitè: cum taciti & expressi par ratio esse dicatur. *l. 3. ff. de reb. credit. & l. triticum. 94. ff. de verb. obligat.* Hæc enim regula procedit tantùm, quando juris auctoritas pariter æstimat tacitum & expressum, *ut ex citatis modò locis apparet.* Ast hic jura aliud in expresso, & aliud in tacito disertè definiverunt. Similiter non obstat, quòd res minorum obligari non possint sine decreto Prætoris, & causæ cognitione. *leg. lex, quæ tutores. 22. Codic. de administration. tutorum vel curatorum, & pecuniâ pupill. fœnerand. leg. magis puto. 5. §. 2. & 3. & toto titulo ff. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienand. vel supponend. &c.* Id namque de expressa obligatione intelligendum est: hoc autem tacitum pignus ipso jure & interpretatione legis inducitur, *ut antè dictum.* Ideoque & *in leg. 1. §. ultim. cum leg. sequent. Digest. dicto titulo* subindicatur differentia inter pignus rei pupillaris, expressa conventione & tacita inductum. Quare cùm ipsa per minorem facta conductio domus valeat; adeò, ut si ioca non 37

sit læ-

sit læsus, nec in integrum restitui possit, quasi boni & diligentis patrisfamilias officio functus, *argum. l. verùm. 11. §. item non restituetur. 4. ff. de minoribus.* nulla certè justa est ratio, cur & res ejus in domum illatæ non obligatæ censeantur. Atque hanc opinionem, ceu omnium æquissimam & receptissimam, tenent *Baldus & Paulus de Castro in d. l. item quia. 4. ff. de pact. Iohan. Andrea in addit. ad Specul. in tit. de donat. int. vir. & uxor. §. fin. vers. quid, si mulier, &c. Alexand. in l. si constante. 24. in princ. ff. solut. matrimon. Gomezius numer. 25. Bellonus numer. 3. & Iason numer. 57. in d. §. item Serviana. infr. de actionibus Negusant. d. tractat. de pignerib. & hypothec. part. 2. memb. 4. numer. 254. Suarez in thesaur. recept. sentent. lit. C. numer. 217. Gail. lib. 2. observat. 83. num. 8. & seq. D. Bocerus class. Disputat. 12. thes. 55. edit. 2. & in hoc §. numer. 42. cum seqq. Hackelman. Disput. quæst. illustr. 12. thes. 5. sub lit. B. Matth. Stepani cent. 3. quæst. 32. Stuskius part. 1. Exercitat. Instit. decad 10. assert. 8. lit. e. pag. 395. & Hieronym. d. Cavallos in commun. opin. contr. commun. quæst. 132. aliisque per eum relati.* Adde Doctorem Mattam *tom. 3. digestorum novissimorum. tit. hypotheca. cap. 26. fol. 18.*

38 Ambigitur insuper de eo: an pecunia sive nummi, in prædium conductum illati, tacitè obligentur? Et distinguunt Interpretes quidam inter eos nummos, qui eo animo sunt illati, ut ibi sint perpetuò, tanquam thesaurus (solent enim boni patresfamilias aliquam pecuniam, velut peculium aliquod, sibi reservare & reponere in usus necessarios *l. si chorus. 79. § 1. ff. de legat. 3.*) ut hi duntaxat sint obligati: & inter eos, qui importantur, & quotidie exponuntur, ut hi non sint obligati. Quia isti ad hoc nati & formati sunt, non ut retineantur, sed ut expendantur. *D. Zasius num 22 & Schneidevvinus num. 40. in d. §. item Serviana. 7. infr. de actio-*
39 *nibus.* Mihi verò, quicquid dicant alii, omnes indistinctè nummi in prædium urbanum illati videntur obligati, argumento mercium, quæ in domum conductam invectæ, tacitè pro pensione obligantur, non quidem in specie & particulariter, quoad individua, sed in genere & universaliter. Quamvis etenim species mercium vendantur: tamen semper aliæ substituuntur, quæ denuò pignore tacito obstrictæ tenentur: *ut traditum suprà num. 27. & seq ex l. cùm tabernam. 34. in princ. ff. de pignorib. & hypothec.* Sanè cùm & nummi pignore generali contineantur sine ulla distinctione. *d. l. cum tabernam. 34. §. ult. ubi Bartol. ff. eod. l. idemque. 7. §. ult. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. habeant.* tacitum autem pignus ferè sit generale quoddam pignus? ratio postulare videtur, ut & nummi in domum importati sint pignori, sive in thesaurum reponantur, sive non; modò illati eo animo, ut ibi sint, donec exponantur. Nam quin exponi possint, ut merces vendi, cùm hæc earum rerum sit natura, nullus dubito. *De eodem vide Negusantium in tract. de pignorib. & hypoth. part. 2. membr. 4. num. 166.*

Dubitatur præterea de lectulis, vestibus, pannis, 40
cistis & similibus rebus, quarum quotidianus solet esse usus, an hæ illatorum & invectorum nomine contineantur, adeoque tacitè obligentur? Et non contineri, nec tacitè obligari, docent plerique, *arg. l. obligatione generali. 6. & 2. ll. seqq. ff. de pignerib. & hypothec. Baldus in l. certi juris. 5. in 6. quæst. C. de locato. Angelus numer. 1. Iason. numer. 63. hosque cum aliis referens Schneidevvinus numer. 42. in d. §. item Serviana. infra de actionib.* Sed usu tamen obtinuit, ut tacitè obligentur, maximè si inquilinus res alias non habeat. Unde rectè Zasius *in d. §. item Serviana. numer. 22. ad fin.* autumat: supellectilem, quæ extat tempore pensionis solvendæ, tacitè obligatam esse. *argument. præallegata l. cùm tabernam. 34. ff. de pignoribus & hypothec.* quam in hac materia auro dignam esse, pronunciat.

At quid de instrumentis & chirographis in do- 41
mum conductam illatis dicendum? an & ea tacitè locatori obligata videbuntur? Et multi ajunt, non ipsas tantùm chartas, sed etiam obligationem & nomina sive debita chartis comprehensa, videri obligata, *argu. l. servum filii. 44. §. eum, qui. 5. ff. de legat. 1. qui chirographum. 59. ff. de legat. 3. & l. cùm constet. 2. C. quæ res pignori obligari poss.* ubi Impp. Severus & Antonius rescripserunt; eum, qui instrumenta agrorum suorum pignori posuerit, de ipsis agris obligandis cogitasse. *Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. part. 2. memb. 4. num. 165. & seq in fin. ubi plures ad hoc citat.* Sed isthæc opinio vix videtur probabilis; propterea quòd instrumenta vel chirographa, seu nomina debitorum sub generalitate obligationis non transire, manifesti sit juris, *l. Cajus Sejus. 86. in princ. ff. de legat. 2.* Et hac de re inspice Johannem Fabrum, diversas Glossographorum opiniones referentem, *in d. §. item Serviana. num. 6. infr. de actionib.*

Posttremò quæri poterit de rebus alienis; an & 42
hæ, ab inquilino in domum conductam illatæ, locatori tacitè pignori sint obligatæ? Atque obligatas non esse, certum est: quoniam ne expressè quidem illæ oppignerari aut obligari possunt. *l. 2 ff. de pignorat. act. l. quæ prædium. 6. & tot. tit. C. si aliena res pignori data sit.* Quod tamen ita accipiendum est: nisi dominus expressè in pignus consenserit. Licèt enim sciverit, & passus fuerit, rem suam inferri ab alio in domum conductam: non tamen continuò censendus est in pignus quoque tacitè consensisse; nisi forsan dolus ipsius intervenerit, *argum. l. Cajus. 39. ff. de pignerat. act. l. 2. C. si aliena res pignori data sit. l. fine. 5. Cod. ad senatusconsult. Vellejan.* Idemque probatur *Iacobo de Arena, Cyno, Baldo & Salicето in d. l. certi juris. 5. C. de locato. Fabro numer. 1. in fin. & Schneidevvino numer. 45. & 46. in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionibus.* Quamvis aliter censeant *glossa & Alexander in d. l. certi juris. Cod. de locat. Iason in d. §. item Serviana. numer. 54. infr. de actionibus Bartol. in l. quæ dotis. 33. ff. solut. matrim. Negusant.*

sant. d part. 2. membr. 4. num. 152. & Hermannus Meyrer. in tr. de pignor. & hypothec. lib. 1. t. 18. n 16. & seq.

43 Necessarium pignus est, quod necessitate suadente constituitur: & hoc rursus in legitimum, & prætorium, distinguitur. *Balduin. in tract. de pignoribus & hypothec. c. 7. Hilligius hic n. 12. D. Obrecht. Disp. 15.*
44 *thes. 106. & 107.* Legitimum vocatur, quod lex ipsa introducit, invito etiam domino: idque ratione seu contemplatione personæ, vel respectu rei sive causæ.
45 *Donell. in tr. de pignorib. c. 5. in princ.* Ratione personæ, primò tacitum legitimum pignus tribuitur fisco in bonis omnium debitorum fiscalium. Hoc siquidem jus est fisci, ut statim sui debitoris bona, tam futura, quam præsentia, absque expressa specialique conventione, sibi pignoris nexu devinciat. *l. Ælianus. 10. ff. de manumission. l. aufertur. 46. §. fiscus. ff. de jure fisc. l. 2. & 3. C. de privileg. fisc. l. 1. & 2. Cod. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. D. Eccer. class. 2. Disp. 12. thes. 61. ed. 2.* Ejusque ratio hæc redditur: quia cùm omnes fortunas nostras, corpus etiam & vitam, Reipublicæ, cui nati sumus, debeamus: bono autem publico pecunia fisco comparetur; ut quæ una pacis & belli, ocii & negocii, rerum denique quocunq; tempore gerendarum nervus existit, æquum sanè est, ut fisci debitor jure pignoris ad solvendum cogatur: quò ea, quæ ad publicam causam reditura sunt, omni modo dissolvantur. *D. Obrecht. d. Disput. 15. thes 112. Cennan. lib. 4 Commentar. jur. civil cap. 16. num. 2. Meyrer. in tract. de pignorib. & hypothec. lib. 2. t 1. 3. num. 10. & tit. 4. num. 15.*
46 Debitorem porrò intelligimus quemcunque, sive ex contractu sit debitor fisci, sive ex aliâ qualibet causa, ut ex causa tributi. *d. l. 1. & 2. Cod. in quibus caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit.* vel ex causa primipili. *l. satis notum. 4. Cod. dict. titul.* & omnino ex causa administrationis non tantùm primipilariæ, sed cujuslibet muneris, *argum. l. cùm te. 3. ff. ne uxor pro marito, & c. l. 1. ff. ad leg. Iul. de vi public. & l. 1. Codic.*
47 *de privileg. fisci.* Primipilus est inter centuriones legionis primus: qui & primipili centurio, & primum pilum ducere dicitur *à Livio lib. 6. 7. & 8. item Vegetio lib. 2. de re militar. cap. 8. & Cæsare de bello civil. lib. 1. & de bello Gall. lib. 3. idq; latiùs explicat Schardius in lexic. jurid. in verbo, primipilus, & c. & Ausonius Popma lib. 4. de different. verb. in verb. primipilus pagin. 243.* Ast in jure nostro primipilus perhibetur munus quoddam militare, nempe cura annonæ militaris. *l. solita. 3. ibiq; Cujacius & Gothofred. & l. ordinariorum. 7. Cod. de cohortalibus, & c. & tot. tit. C. de primipilo.* Ut igitur ejus, qui alia munera ad fiscum pertinentia administrat, bona, tanquam debitoris fiscalis, sunt fisco tacitè obligata: ita & bona primipili, sive ejus, qui res primipilares administrat; nec ejus tantùm ipsius bona, sed uxoris quoque ejusdem dos tacitè obstricta tenetur. *d. l. satis notum. 4. Cod. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. d. l.*
48 *cùm te. 3. ff. ne uxor pro marito, & c.* Ratio hujus juris, cur dos uxoris sit obligata fisco etiam pro marito, est tum favor fisci, hac in parte major dote: tum quia dos, constante matrimonio, est in bonis mariti, ejusque quodammodo esse censetur. *argum. l. ubi adhuc. 29. & seq. C. de jure dot. Vide annotata ad §. fuerat. 29. n. 29. & seq. infr. de actionib.*

Sed quæritur: an non modò dos, sed etiam parapherna uxoris sint ob primipilum, aliudve munus 49
mariti, fisco tacitè obligata? Et veritati magis consonum est, non esse: tum quòd bona, extra dotis causam data, id est, paraphetna disertè distinguuntur à bonis dotalibus; ita ut hæc sint obligata fisco pro munere mariti, illa non item. *d. l. 3. C. ne uxor pro marito, & c. d. l. 1. C. de privilegio fisci.* tum quòd ratio in paraphernis cessat: quam diximus hanc esse, quia dotalia putentur esse mariti constante matrimonio: at parapherna sive receptitia sunt planè uxoris. *l. si ego. 9. §. 3. ceterum. 3. ff. de jur. dot. l. maritus. 21. C. de procuratorib.*

Hoc sanè perquàm dubium est: an & in causis 50
criminalibus huic tacitæ hypothecæ sit locus? Et inter pœnas damnatorum distinguitur. Nam si pœna est corporalis, sive etiam bonorum omnium publicatio, non est locus hujus hypothecæ: quia priore casu non agitur de bonis; in altero verò, bona publicata sunt jam ipsius fisci. *l. commissa. 14. ff. de publican. & vectigalib.* At rerum nostrarum pignus esse non potest. *l. neque pignus. 45. ff. de reg. jur.* Quòd si mulcta aliqua sit pecuniaria: hujus mulctæ nomine bona delinquentis ante condemnationem fisco tacitè non sunt obligata: quia ante eam fiscus nullum jus habet. *l. ex judiciorum. 20. ff. de accusationib.* post condemnationem autem obligata creduntur: quoniam per sententiam quasi contrahitur, *argum. l. 3. §. idem scribit. ff. de pecul. Et ita, post alios, docent Negusantius in tractat. de pignorib. & hypothec. part. 2. membr. 4. num. 115. & Peregrinus lib. 6. de jure fisci. tit. 6. n. 12.* Verùm etsi Doctores communiter ita sen-
tiunt: non tamen, meâ sententiâ, improbabiliter dici poterit: regulam hanc, quâ fisco bona debitorum fiscalium tacitè obligantur, non pertinere ad criminales causas: tum quia toto ferè jure nulla pœnarum aut criminum hac in re est mentio: tum quia per ratò usus hujus rei esse potest. Licèt enim quispiam in mulctam condemnetur: creditoribus tamen condemnati id fraudi esse non debet, qui mulctam fisci hîc præveniunt & antevertunt; ut & fit in publicatione bonorum. *l. non possunt. 11. l. in summa. 17. l. quod placuit. 37. ff. de jure fisci. l. unic. C. de pœnis fiscalib. & c. Knipschildt d. exercitat. Acad. 5. quæst. 9. pag. 187.* 51

Porrò simile privilegium fisco nulla civitas ha- 52
bet in bonis debitoris, nisi nominatim id à Principe datum sit, *l. simile. 10. ff. ad municipalem. l. 2. C. de jure Reipubl. l. Antiochensium. 37. ff. de reb. auctorit. judic. possidend.* Ejusque ratio est: quia solus Princeps, aut quæ principum instar dominantur, civitates, fiscum, id est, pecuniam publicam, habere dicuntur; reliquæ verò privatorum loco habentur. *l. eum, qui.*

qui. 16. *ff. de verber. significat. Connan. d. lib.* 4. *c.* 16. *num.* 1. *Balduin. d. tract. de pignorib. & hypothec. c.* 7. *circa medium.* Sanè omnes omnino civitates & populos, merum & mixtum imperium, juraque regalia & fiscalia habentes, jus tacitæ hypothecæ obtinere, vulgò receptum est: ut, *post Bartolum in l.* 2. *in pr. ff. de jure fisc. & Baldum in l.* 1. *ad fin. Cod. de heredit. vel act. vendit.* annotavit Negusantius *d. part.* 2. *membr.* 4 *num.* 114.

53 Deinde respectu personæ, tacitum legitimum pignus datur pupillis & minoribus 25. annis, in bonis tutorum & curatorum suorum, & pro his negocia gerentium. *l. pro officio.* 20. *C. de administrat. tutor. l. unic. §. & ut pleniùs. ibi, quemadmodum in administratione pupillarium rerum. Cod. de rei uxor. act. l. ab adbim.* 19. *§.* 1. *ff. de reb. auctorit. judic. possid. tot. tit. ff. de eo, qui pro tutor. vel curat. negoc. gessit. l. unic. Codic. rem alien. um gerentib. non interdici rer. suar. alienat. l. ult. C. de legitima tutel. l. ult. §. & si quidem.* 5. *vers. & inventario. C. de curatore furiosi.* Ratio tacitæ
54 huius hypothecæ hæc est: quia quicunque tutelæ munere fungitur, sive is tutor sit, sive curator, sive alius, semper videre debet, ne pupilli bona pessum eant: si id non facit, meritò pupillo tenetur, *per jura modò allegata, & notat* D. Obrecht. *d. disp.* 15. *thes.* 114.

55 Quæri solet: an & in tutoribus sive curatoribus ad litem tantum datis, isthæc sententia locum habeat.? Id quod Doctores affirmant, *in l. properandum.* 13. *§. fin. per istum textum. Cod. de judic. Negusant. d. tractat. de pignoribus & hypothec.* 4. *membr.* 2. *partis principal. num.* 8. *pag.* 97. Et licèt ne verbulo quidem fiat pigneris mentio *in dict. §. fin.* nec is de tutoribus ad litem, sed generaliter de tutoribus & curatoribus agat: & statuat, quod si eorum desidia quid damni pupillus minorvè in lite acceperit, id ei restituatur à tutore, vel ejus herede, aut fidejussore: quorum, inquit, substantia sive bona si non sufficiant: habet pupillus vel minor & aliud auxilium, nempe restitutionis in integrum, ob damnum in lite acceptum: nihilo minus tamen Doctorum traditio sustineri poterit: eo quòd ratio istius privilegii non minùs valeat contra tutorem ad litem, quàm ad bona, magnus videlicet minorum & pupillorum favor, ut iis cautum sit non solùm in personam, id est, actione tutelæ, sed etiam in rem, id est, hypothecaria, *argument. l.* 1. *& tot. titul. ff. de tutela, & rationib. distrahend.* Illud hic singulariter notandum,
56 quod ab Impp. constitutum extat: si mulier susceptâ liberorum suorum tutela, iterum nubat, priusquam aut iis tutorem petierit, aut reliqua persolverit: eo nomine hisce liberis tacitè obligari, non modò bona mulieris, ut tutricis; sed etiam novi mariti, sive vitrici: ut liberis magis sit consultum ac prospectum adversus matrem, iterum & secundo nuptam. *l. si mater.* 6. *ibique Bartolus & Baldus. Codic. in quib. caus. pignus. vel hypothec. tacit. contrahit. l.* 2. *Codic. quando mulier tutel. officio fungi pot. Novell.* 22. *cap.* 40. Ratio partim jam allegatis juribus indicatur: quia scilicet contra sacramentum præstitum fiat, si mulier, quæ semel tutelam suscepit, denuò postea nubat: partim illa est; quia novæ nuptæ plerunque solent non tantum bona, sed etiam corpus & vitam novis seu posterioribus maritis addicere, rescribente Imp. Constantino *in l. lex, qua tutores.* 22.
ante finem. C. de administrat. tutor. vel curat. Idque 57
fusius explicat Burcbard. Beilichius *in tract. de jure novercar. part.* 2. *art.* 3. *sect.* 16. *num.* 1091. *cum seq. pag.* 322. *& seqq.*

Præterea si pater in administratione bonorum ad- 58
ventitiorum (quorum ususfructus hodie ad patrem pertinet) filiifamilias aliquid malè gesserit: bona paterna hoc nomine, saltem ut patre mortuo impeti possint, tacitè, & quidem à tempore susceptæ administrationis, obligata intelliguntur. *l. cùm oportet.* 6. *§. non autem.* 2. *& §. ultim. Codic. de bonis, quæ liberis, &c.* Quod tamen non de omnibus bonis adventitiis, sed de maternis tantum, & materni generis, intelligendum est. Quamvis enim pater omnium adventitiorum sit administrator legitimus: haud tamen omnium, sed maternorum duntaxat & materni generis, non verò proprio filii labore partorum, aut prosperа fortunâ quæsitorum nomine, bona illius filio obligantur. Ita disertè distinguit Justinianus Imp. *in d. l. cùm oportet.* 6. *§. ult. C eod.* At dubitatur de illis bonis adventitiis, in quibus pater non habet usumfructum; an eorum quoque nomine filio bona patris tacitè obligentur? Et obligari, si pater ea ad- 59
ministraverit, tanquam legitimus administrator, ait *Bald. Novell. in tr. dotis, part.* 9. *privileg.* 8. *eumque referens Negusantius d. tract. de pignorib. & hypothec. membr.* 4. *secunda part. principal. num.* 16. Sed verius est, non obligari: tum quia eorum administratio non pertinet ad patrem, qui in iis nihil prorsus juris habet: tum quia si pater ea sponte administret, negociorum gestor potiùs dici debet, quam curator sive legitimus administrator. *argum. l.* 2. *& tot. titul. ff. de negoc. gest.* Atqui gestoris bona nunquam censentur obligata gestûs nomine, sed tutoris tantum, vel curatoris. Atque ita sentire Bartolum & Alexandrum *in l. si constante.* 24. *in princ. ff. solut. matrim.* testatur Negusantius *loco præallegato.*

Quæritur itidem de Episcopo, aut de Præsule sive 60
Abbate monasterii, num eorum etiam bona sint Ecclesiis & monasteriis tacitè, gestus & administrationis bonorum ecclesiasticorum aut monasterialium nomine, obligata; Et esse obligata, plerique asserunt, *Gloss. in c. ex literis.* 5. *in verbo obligata. ibique Ioan. Imol. Panormitan. & alii. ext. de pignorib.* Ve- 61
rùm contrarium veritati magis accedere, mihi non sine causa videtur: primum quia bonorum administratio ecclesiasticorum jure civili non ad episcopum, sed ad œconomum pertinet. *argum. Novell.* 123. *c.* 23. Deinde quia nullus in jure (quod ego sciam) sive Cæsareo, sive Pontificio, expressè de tacito pignore in bonis Episcopi vel Prælati textus extat. Tacita autem pignora legitima non nisi lege expressa inducuntur,

cantur, ut ex hactenus traditis, & definitione legi-
timi pignoris, supra *num.* 44. adducta, manifestum
62 redditur. Eâdem ratione eorum, qui præsunt or-
phanis, bona tacitè orphanotrophio obligata non vi-
dentur: quòd scilicet nulla lege quæ tamen ad taci-
tum legitimum pignus est necessaria, id expressè
63 cautum reperiatur. Nec obstat, quod orphanotro-
phi comparantur tutoribus & curatoribus, *per tex-
tum in l. orphanotrophos. 32. C. de episcop. & cleri.* ubi
dicitur, orphanotrophos esse pupillorum quasi tuto-
res, & adolescentium quasi curatores. *Nam* non in
omnibus, sed in quibusdam tantùm rebus orphano-
trophi sunt similes tutoribus, nempe ut & personas
orphanorum defendant, & negocia eorum admini-
strent: ac proinde quasi, non veri tutores & curato-
res appellantur. *d. l. orphanotrophos. 32. C. d. tit.* Ta-
metsi Baldus, & nonnulli alii dissentiant, *ad l. si quis
presbyter. 20. C. eod.*

64 Adhæc tacitum pignus legitimum conceditur li-
beris prioris matrimonii, in bonis patris vel matris,
ad secunda vota transeuntis. Horum enim bona o-
mnia liberis illis tacitè obligantur, pro lucris & aliis
bonis conservandis, ad ipsos liberos ex prioribus nu-
ptiis pertinentibus, *l. hac edictali. 6. §. omnibus. 2. & l.
si qua prioris. 8. §. in illo. 4. C. de secundis nupt. ibique
Bartol. Bald. & Salicet. l. ult. §. 1. vers. exceptis. C. qui
potior. in pign. habeant. & d. l. cum oportet. 6. §. ult. C. de
bonis, quæ liberis, &c. Negusant. d. tract. de pignorib. &
hypoth. memb. 4. secunda part. principal. num. 14. & seq.*
65 Dubia hic moveri solet quæstio: an non solùm pa-
tris, matris, tutoris & curatoris bona; sed etiam he-
redum illorum, tacitè obligentur liberis, pupillis, &
adolescentibus? Et plerique Interpretes obligari re-
ctè negant, hac ratione: quòd ne expressâ quidem
conventione obligatis bonis tutoris, patris, &c. con-
tineantur bona heredis propria. *l. Paulus. 29. in princ.*
66 *ff. de pignoribus & hypoth.* Multò igitur minùs tacito
tutoris, patris, &c. pignore bonorum, debent bona
heredis propria contineri: cum plerunque minor sit
vis taciti, quàm expressi, *argum. l. cùm quid. 3. ff. de
reb. credit. si cert. pet. l. expressa. 195. ff. de reg. jur. Raph.
Cuman. consil. 58. incip. quæritur, an bona heredis, &c.*
67 *Dd. ad d. l. ult. Codic. qui potior. in pign. hab.* Neque
adversatur *l. properandum. 13. §. fin. Cod. de judic.* ubi
fit mentio heredum. *Quia* jam suprà *num.* 55. mo-
nitum est: illum §. non agere de pignore, neque ex-
presso, neque tacito. Proindeque malè quidam ar-
gumento istius §. planè à nostra quæstione alieni,
contendunt: quod bona heredum tutoris vel cura-
toris propria pupillo vel minori tacitè obligentur.
*Sed vide Negusantium id paulò fusius explicantem. d.
membr. 4. secunda part. princip. numer. 11. pag. 97.
& seq.*

68 Contemplatione rei, tacita hypotheca datur in
causâ dotis, ex utroque latere, videlicet tam ex par-
te mariti, pro restitutione dotis. *§. fuerat. 29. vers.
sed & tacitam. infr. de actionibus l. unic. §. 1. Cod. de rei
uxor. act. l. in rebus. 30. Cod. de jure dot. c. ex literis.
5. §. mandamus. ext. de pignoribus.* quàm ex parte mu-
lieris, pro ipsâ dote præstanda. *d. l. unic. §. 1. ibi, pro
ipsa dote præstanda. item ibi, dederint vel promiserint.
Codice de rei uxor. act.* Ratio, cur tacitum hoc pignus
doti sit indultum, videtur potissimum duplex. Prior:
quia in pactis & instrumentis dotalibus olim sole-
bat plerunque pignus pro dote nominatim ac expres-
se adjici. *l. quod autem. 7. §. si uxor. 6. ff. de donationib.
inter vir. & uxor. l. 1. ff. qui potior. in pignore, vel hy-
pothec. habeant.* Ea autem, quæ sunt moris & consue- 69
tudinis; facilè in bonæ fidei judiciis, ut est actio de
dote, recipiuntur. *l. quòd si nolit. 31. §. quia assidua.
20. ff. de ædilit. edict.* Altera ratio est: quia in causa
dotis spectatur æquum bonum, id est, æquitas natu-
ralis. *l. 1. obligationes. 8 ff. de capite minutis.* At con- 70
tra æquitatem naturalem esset, dotem vel datam non
restitui, vel non datam, sed promissam duntaxat,
non dari: maximè cum dotis causam ubique præ-
cipuam esse, Reipublicæ intersit. *l. 1. ff. solut. matrim.
Knipschildt d. exercitat. Acad. 6. quæst. 7. pag. 179.* Cæ- 71
terùm Dn. Obrechtus existimat, rationem hujus ju-
ris positam esse in singulari favore, quo Legumla-
tores mulieres sunt prosecuti. *Disputat. 15. thes.
172.*

Porrò hic aliquot utiles & pulchræ quæstiones 72
excutiendæ veniunt. Prima est: an privilegium ta-
citæ hujus hypothecæ locum habeat in augmento
dotis: ut nimirum pro eo etiam bona mariti obli-
gata censeantur? Et obligata censeri, constat *ex
Novell. 97. de æqualitate dotis, &c. cap. 2.* Hujusque 73
ratio est: quia augmentum dotis ejusdem est juris
cujus ipsa dos, cùm sit pars dotis. *l. etiamsi non dotem.
8. Cod. de jure dot. Sichard. in l. assiduis. 12. numer. 22.
C. qui potior. in pignore habeant. Eaque de re copiosè Ia-
son ad rubr. ff. solut. matrimon. Negusant. in tractat. de
pignorib. & hypothec. 4. membr. secunda part. princip.
num. 64. & novissimè Berlichius conclus. practicab. 45.
de prælat. dotis num. 28. & seq part 1.*

Secunda quæstio est: num hoc taciti pignoris 74
privilegium uxori competat etiam pro bonis para-
phernalibus sive receptitiis, per maritum admini-
stratis? Et competere, Interpretes plerique ajunt,
si modò isthæc bona maritus administraverit. *Bar-
tolus & Baldus in l. ultim. Cod. de pactis convent. per i-
stum textum. Iason in §. fuerat. 29. num. 41. ibique Za-
sius numer. 16. infr. de actionibus. Iohan. Campegius in
tractat. de dot. 1. part. quæst. 8. Alexand. consil. 36. lib.
6. Salicet. in l. assiduis. 12. §. ultim. Codic. qui potior in
pign. habean. Negusant. d. membr. 4. secunda part. princ.
num. 63. Covarruvias lib. 1. variar. resolut cap. 7. n. 1.*
ubi hanc opinionem communem dicit: eamque se-
cutos esse Dominos Camerales, testatur Mynsinge-
rus *centur. 5. observat. 4. num. 3.* Item, *post alios,* sta-
tuit Berlichius *d. part. 1 conclus. 65. numer. 63. & seq.*
eumq; laudans D. Besold. *vol. 4. consil. 191. n. 5. cum
seq fol. 278.* Sed hæc opinatio à veritate juris pror-
sus aliena, adeoque dicendum videtur: pro bonis
paraphernis, quæ scilicet præter dotem ad mulierem
perti-

pertinent, uxorem non habere pignus tacitum in
bonis mariti: tum quòd lex, quâ tacitum hoc pi-
gnus est inductum, de dote tantum agat: tum quod
nullum dotis privilegium ad bona paraphernalia
porrigatur. *Hacque sententia placuit glossa in c. ex li-*
teris. 5. in verb. obligata. extr. de pignoribus. & Hun-
nio in resolut. ad Treutler. volum. poster. disput. 24. th.
7. quæst. 53. pag. 609.

75 Nec obstat. *d. l. ult. C. de pact. convent.* ubi *in vers.*
sin autem minimè, &c. Justinianus Imp. ita ait:
Ex præsenti nostra lege habeat hypothecam contra res
mariti, ex quo pecunias ille exegit. Nam lex ista non
de omnibus paraphernis, sed de una duntaxat para-
phernorum specie; nimirùm de nominibus sive ob-
ligationib' paraphernalib' disertè tractat, *ut ex prin-*
cipio legis elucescit. Quod igitur speciali casu est con-
cessum, non debet produci ad omnia paraphernas
præsertim cùm hujus casus propria ac specialis assi-
gnari possit ratio, quæ in reliquis paraphernis locum
non habet. Ratio autem, cur ob nomina sive obli-
gationes paraphernales marito traditas, Justinianus
dederit uxori tacitam hypothecam, *ex d. l. ult.* hæc
colligitur: quia pecunia, quam maritus ex hisce
obligationibus agendo consequitur, facile perire
posset, ac dilapidari: quod non itidem de corpori-
bus, maximè iis, quæ sunt soli, sive prædiis, dici po-
terit, *argument. l. quod verò. 14. & seqq. ff. de legi*
bus.

76 Tertia quæstio est: utrùm hoc jus taciti pigno-
ris sibi vindicet quoque locum in donatione propter
nuptias? Et vindicare vulgò receptum est, *argum.*
l. ubi adhuc. 29. ibi, resque sibi suppositas pro dote & an-
te nuptias donatione, &c. C. de jure dot. Baldus ibidem
in penult. colum. versic. item quære, &c. Innocent. Pa-
normitan. & alii in d. c. ex literis. 5. ext. de pignoribus
Iason numer. 40. & Zasius num. 14. in d. §. fuerat. 29.
infr. de actionibus. Covarruv. d. lib. 1. var. resolut. cap.
7. num. 1. vers. eodem pacto. &c. Negusant. d. memb. 4.
secunda part. princip. numer. 64. cum seqq & Mynsin-
ger. d. cent. 5. observat. 4 num. 4. ubi hanc sententiam
in Camera approbatam esse, asserit. Verùm & istam
opinionem vix jure sustineri posse, reor: tum quia
Justinianus, taciti hujus pignoris auctor, tantùm de
dote loquitur. *d. l. unic. §. & ut pleniùs. 1. C. de rei*
uxor. act. d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus. Multa
autem dotium singularia sunt jure, quæ ad donatio-
nem propter nuptias minimè pertinent, ut est ipsum
jus prælationis. *d. l. assiduis. 12. §. hæc autem. 2. C. qui*
77 *potior. in pign. habeant.* Tum quia hoc jus taciti pi-
gnoris datum est uxori, ut ipsius doti meliùs sit pro-
spectum, *d. l. unic. §. & ut pleniùs. C. de rei ux. act.*
hoc est, ut ne in damnum incidat: sed ut, matrimo-
nio soluto, dotem suam habeat salvam. Ast in dona-
tione propter nuptias mulier non de damno, sed de
lucro est solicita: pro quo lucro, inquit Justinianus
non fovemus mulieres: sed ne damnum patiantur,
suisque rebus defraudentur, curamus. *d. l. assiduis.*
12. §. hæc autem. in fine. C. qui potior in pign. habeant.

Tum quia jura singularia, ut est hoc taciti pignoris, 78
non debent porrigi ad consequentias. *d. l. quod verò.*
14. & seqq. ff. de legibus.

Non adversatur *d. l. ubi adhuc. 29. in princ. C. de* 79
jur. dot. ex qua Doctores communiter evincere cō-
nantur: uxorem habere mariti bona tacitè obliga-
ta etiam propter donationem ante, vel propter nu-
ptias. *Etenim* ea non agit nominatim de tacitâ, sed
generaliter de hypothecâ. At generalis oratio ita 80
est interpretanda, ut vitio careat, sicque non pugnet
cum jure, aut ratione legum. *l. in ambiguâ. 19. ff. de*
legib. l. 3. & l. cum in testamento. 24. ff. de reb. dubiis.
Potest igitur, imò debet *d. l. ubi. 29. C. d. jur. dot.*
accipi de hypotheca expressa: tum quòd alias pu-
gnaret cum rationibus juris modò allatis: tum quòd
constitutio *dicta l. ubi*, edita est ab Imp. Justinia-
no, anno Imperii sui secundo: sed pignus hoc ta-
citum dotis idem Imperator anno demum Imperii
sui quarto introduxit, ut perspicuum est ex subscri-
ptione Consulum *in d. l. ubi. C. de jur. dot. & d. l. u-*
nic. C. de rei ux. act. & iis, quæ decuimus suprà in prole-
gomenis harum Institut. numer. 4. & 8. Similiter ni- 81
hil movet, quòd donatio propter nuptias compa-
retur doti. *Novell. 97. de æqualit. dotis, &c.* Licèt
enim in quibusdam, puta in modo sive quantitate;
doti donatio propter nuptias comparetur, *d. Novell.*
97. attamen in plerisque hanc ab illa differre, appa-
ret *ex d. l. assiduis. 12. §. penult. C. qui potior. in pign.*
habeant. Et ab hac, tanquam veriori sententia, non
abhorrent *Dynus & Gomezius num 39. in d. §. fue-*
rat. 29. infr. de actionibus. itemque glossa. in d. c. ex li-
teris. 5. super verb. obligata. ext. de pignorib. Vide Hun-
nium d. resolut. ad Treutler. vol. poster. disput. 24. th. 7.
quæst. 53. pag. 609.

Quarta quæstio est: nunquid pro alimentis et- 82
iam hoc privilegium taciti pignoris competat uxo-
ri in bonis mariti? Et competere, affirmant Do-
ctores non pauci. *Bartolus, post Iacobum de Arena,*
in l. si cum dotem. 22. §. sin autem in sævissime. 8. n. 7.
ibique Raphael, & Alexander. ff. solut. matrim. Bald.
in d. l. unic. §. & ut pleniùs. C. de rei uxor. act. Specu-
lator. in tit. de donationib. inter vir. & uxor. §. forma-
tis. vers. sed nunquid bona viri. &c. hosque referens
Negusantius d. tract. de pignoribus & hypothec. membr.
4. secunda. part. princ. num. 47. & seqq. Hique præ- 83
supponunt, maritum uxori alimenta debere: de
quo tamen non immeritò dubitari potest, *argum. l. si*
convenerit. 4. in fine. l. si pater. 12. §. 1. l. quidam. 22. l.
inter. 26. §. convenit. 3. ff. de pactis dotalib. l. mutus.
73. §. 1. ff. de jure dot. Sed hoc posito, non planè con-
cesso: haud satis justa videtur subesse ratio, cur pri-
vilegium hoc doti datum, ad alimenta sit extenden-
dum. Siquidem horum multis in rebus diversum 84
jus esse constat: & quod specialiter doti est indul-
tum, propter utilitatem Reip. cujus interest,
dotes mulieribus salvas conservari. *d. l. 1. ff. so-*
lut. matrimon. non statim ad alimenta produci
solet, *argument. d. l. quod verò. 14. & seqq. ff. de legib.*

Quare nonnulli distinguunt inter alimenta, uxori debita constante, & debita soluto matrimonio: ut ad illa quidem pertineat hoc jus tacitæ hypothecæ,
85 ad hæc non item. *Paul. de Castro, consil.* 8. Nec Bartoli & sequacium traditio juvatur textu *in l. Lucius. 18. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. habe.* ex qua colligitur; eum, qui in sorte est potior, esse etiam in usuris potiorem: ac proinde mulierem non solùm ob ipsam dotem, sed etiam ob alimenta habere jus tacitæ hypothecæ: quoniam ut usuræ sortis, ita alimenta dotis accessio censentur. *Nam* ut omnis fere similitudo claudicat; ita & hæc usuræ atque alimentorum comparatio lubrica reputatur: cum non satis liqueat, dote data marito, ex ea protinus ipsum uxori alimenta debere, *ut paulò ante monitum.* Præterea jus hoc tacitæ hypothecæ est singulare in dote: ac propterea non temerè ad consequentias porrigendum, *sæpe allegata l. quod verò. 14. & ll. seqq. ff. de legibus.* Atque hanc olim comprobarunt sententiam *Guilielmus de Suza. & Ioan. Ruff. de Parma, prout eos citat Bartolus loco supra designato.*

86 Quinta quæstio est: ecquid pro precio rerum dotalium concedatur uxori hoc tacitæ hypothecæ privilegium? Finge: res quasdam dotales rectè ac licitè venditas à marito: & precium earum marito solutum ad alios, quibus ille fortassis debebat, pervenisse: annè hoc quoque casu huic precio pignus i-
87 stud tribuatur? Et tribui, non sine speciosa ratione Doctores statuunt: quia, inquiunt, precium succedit in locum rei, præsertim universalis, hereditariæ peculii, dotis *l. si rem & precium. 22. ff. de heredit. petit. Accurs. in l. Labeo & Sabinus. 14. super verb. ignorans. ff. de verborum signification. Francisc. Aretin. in l. 1. colum. 3. ff. solut. matrimon. Negusant. d. membr. 4. secunda pars. princip. numer. 57. & sequentibus.* At sententia isthæc libertati commercitorum adversari videtur. Quis enim vellet contrahere cum marito, sive quippiam ab eo emere? Et perquàm grave esset creditori, cui debetur à marito, & quid solvitur, si illud ipsum jam tacitè uxori teneretur. Proinde ego hoc privilegium ad precia rerum dotalium, maximè si ea jam creditoribus sint soluta, non pertinere verius esse existimaverim. Sibi quippe mulier quæ rerum dotalium alienationi consentit, si quod
88 emersit damnum, imputare debet. Nec omnino verum creditur, quod Interpretes nonnulli jactaut: in omni re universali precium succedere loco rei. Id enim tantum dicitur de rei hereditariæ possessore qui eam rem vendidit, & precium inde recepit: quandoquidem æquitas suadet, ut possessor nihil lucretur ex re aliena, id est, hereditaria: sed ut heredi restituat vel rem ipsam; vel si eam vendidit, id quod ex venditione lucratus est, hoc est precium. *d. l. si & rem. 22. ff. de heredit. petit.* Hoc igitur casu dicendum: precium quidem ipsum rei dotalis non esse obligatum: sed pro precio nihilominus bona mariti tacitè obligata censeri. *Ita tenere videtur Bartolus consil. 124. vol. 1.*

Sexta quæstio est: an jus tacitæ hypothecæ habeat etiam locum in dote cauta, & non numerata? 89
quæ vulgò confessata, seu magis Latinè confessa appellatur: de qua scilicet per solam mariti confessionem constet & quam maritus se accepisse nunc neget? Atque probabiliorem eorum puto esse sententiam, asserentium: privilegium hoc tacitæ hypothecæ, in dote confessata nullum sibi vindicare locum. Hoc namque privilegium ideo est introductum, ut sua uxori salva & integra dos conservetur.
Quæ si nulla data est, sed cauta tantum & promissa: 90
iniquum profectò foret, pro lucro fovere uxorem, quæ nullam revera dotem dederit, *argumento d. l. assiduis. 12. §. penult. in fin. C. qui potior. in pign. habeant.* Sed & Justinianus *in d. l. assiduis. 12. §. 1. vers. cum enim in personalibus. ibi, si tamen re ipsa fuerint parti mariti data, &c.* veram desiderat dotis traditionem: ac proinde non spectandum est, quid confessus sit maritus, vel quid scriptum: sed quid actum & traditum fuerit. In contractibus siquidem rei veritas potius, quam scriptura perspici debet, *ut rescripserunt Impp. Valerianus & Gallien. l. 1. C. plus valere, quod agitur, quam quod simulatè concipitur. Mynsing. cent. 1. obs. 61. Covarruv. lib. 1. resolut. cap. 7. n. 4.*

Hancque sententiam non jugulat; quod ex scri- 91
ptura mariti, seu ex confessione ejus, quæ fit per quietantiam, dos habeatur pro numerata, & numerata satis probetur: cum manifesti juris sit, quòd privata scriptura faciat probationem contra scribentem, ejusdemque heredibus præjudicet. *l. scripturas. 11. C. qui potior. in pign. habeantur.* Etenim licet alias privata scriptura, causam obligationis continens, contra debitorem, ejusdemque heredes probet: excipitur tamen causa dotis. Quia sæpe contingit, ut generi dent soceris suis cautiones vel quietantias de dote soluto seu numerata, quasi eam acceperint, habentes fidem soceris, quam tamen non acceperunt. Tunc isti generi, non obstante tali scripturâ, quâ sunt confessi, se accepisse dotes, possunt ad dotem agere: &, si excipiatur à socero de solutione, & ad hoc proferatur quietantia; potest replicare gener de non soluta, vel non numeratâ dote. Et ideo tenetur socer, non obstante illa scriptura, probare, dotem esse realiter numeratam. Quam tamen exceptionem sive replicationem habent generi ad certum tempus nimirum intra annum, vel etiam tres menses, prout diu duraverit matrimonium. *l. in dotib. 3. & Auth. seq. C. de dote cauta, non numerata.* Hinc igitur patescit; speciale hoc esse in ea scriptura, qua quispiam dotem se accepisse confessus est; quod contra scribentem & confitentem non probet. Ita, *post Sichardum in d. l. scripturas. 11. n. 3. C. qui pot. in pign. hab.* tradit Hunnius *in resol. ad Treutler. vol. poster. disputat. 24. th. 7. quæst. 52. pag. 608.*

Similiter nostræ non adversatur sententiæ: quòd 92
si privilegia dotis locum non haberent in dote confessata; hodie parùm admodum operarentur: cum sæpenumero dotes dentur, non adhibitis multis testibus:

stibus: ita ut non semper possit probari talis numeratio: sed plerunque ad hoc fiant instrumenta, quibus maritus confiteatur, se accepisse dotem. Si ergo dos confessionata non habet privilegia dotis: paucæ sanè dotes amplius privilegiatæ invenientur: sicque favores atque privilegia dotium angustissimis terminis concludentur: cum tamen ea ampliari potius, quàm restringi oporteat. *c. odia. 15. de regul. jur. in 6. l. in ambiguu. 70. ff. de jur. dot. & l. in ambiguu*
93 *85. ff. de reg. jur.* Non, *inquam*, illud adversatur. Quandoquidem experientia ipsa satis superq; comprobatum reddit, quòd hodie numeratio dotis ut plurimum, testibus præsentibus, fieri soleat. Præterea verum quidem est, quòd privilegia, præsertim dotalia, utpote in summo gradu favorabilia, potius sint amplianda, quam restringenda: sed hoc in dubio solùm procedit. Ast in proposito claram & expressam habemus definitionem: quod nempe ita demum privilegia dotis locum habere debeant, si dos re ipsa fuerit numerata: id quod de confessionata, utique asseri haud potest, *prout ex praedictis apparet.*
94 Denique ita demum extendenda sunt privilegia, si eorum extensionem constitutiones & leges, quibus deferuntur, admittant: alioqui non oportet nos esse clementiores lege, *arg. l. perspiciendum 11. ff. de pœnu.* Nec profectò dici poterit: stante sententia nostra, privilegia dotalia à nobis coarctari: cum ipsa lex ea ad verè numeratam dotem perspicuè restringat. *Hunn. d. quæst. 52. vers. idcirco nullo tempore, &c. pag. 909.* Cæterùm istam quæstionem amplissimè, licèt satis confusè, prosequuntur *Baldus Novellus in tractat. de doto. part. 10. privileg. 1. num. 4. cum seqq. Angel. Aretin. in §. fuerat. numer. 13 & seqq. infr. de actionib. Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec 4. membr. secunda part. princ. num 76. aliique per hunc*
95 *allegati.* De eadem quæstione videantur quoque Bachovius *in tract. de pignorib. & hypoth. lib. 4. cap. 13. num. 1. pag. 334. Fauther. de jure prælat. c. 35. Gail. lib. 2. obs. 81.* ibique Græveus. Rauchbar. *lib. 2. quæst. 30.* hosq; referens Dn. Collega Besoldus *in delibatis jur. ex lib. 23. ff. quæst. 9. pag. 83. cum seq.* & Knipschildt *d. exercit. Acad. 5. qu. 7. pag. 180.*
96 Septima quæstio est: num hoc tacitæ hypothecæ privilegium, quod uxori modò non sit hæretica: quia huic & hoc, & alia dotis privilegia meritò denegantur. *Novell. 109. & Auth. item privilegium C. de haretic.*) competere diximus, sponsæ quoque in bonis sponsi competat; Et inter sponsam per verba de præsenti, & sponsam per verba de futuro, rectè distinguitur: ut videlicet illi, non item huic, privilegium istud accommodetur: propterea quòd illa pro uxore habeatur; hæc verò non sit loco uxoris.
97 *Sed vide Bartolum & alios ad l. 2. (in Gothofredi corpore est l. quæsitum. 17. ff. de rebus auctorit. jud possid.) §. si sponsa. 1. ff. de privileg. creditor. & Negusant. prædicto memb. 4. secunda part princip. numer. 71. & seq.* Nec refragatur huic assertioni, quod ante matrimonium dos non intelligatur. *l. fin. C. de donationibus antenupt.* Nam illud quidem non negamus: sed hic matrimonium intervenisse dicimus: cum sponsalia de præsenti à vero matrimonio non differant, *argument. l. nuptias. 30. ibique Decius ff. de regul. jur. l. penult. in fine prin. ff. de donat. inter vir. & uxor. & pluribus demonstratum ad rubric. tit. supr. de nupt. numer. 5. & seq.* Deinde observandum: quòd licèt ante matrimonium propria & vera dos non censeatur: tamen dos putativa reputetur, in qua privilegium tacitæ hypothecæ locum obtinere, *post alios* docent Siebardus *ad d. l. assiduu. 12. numer. 23. C. qui potior. in pign. habeant.* & Hunnius *d. resolut. ad Treutler. volum. poster. Disputat. 24. th. 7. quæst. 50. & 51. p. 604. cum seqq. ubi fusius eâ de re Disputat.* ibique videatur quoque Bachovius *pag. 616. vers. etiam in sponsa, &c. & in d. tract. de pignoribus & hypothec. liber. 4. cap 13. num. 4. pag 336.*

Octava quæstio est: an jus hoc tacitæ hypothecæ heredi uxoris concedi debeat? Et debere, non ineptè statuitur: quoniam illud jus potius rei, id est, conservandæ doti sive actioni dotis, quàm personæ mulieris datur. *l. unic. §. & ut plenius. 1. ibi, ita & in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam. Cod. de rei uxor. act. Bartol. in l ff. solut. matrimon. Bald. Novell. d. tract. de dot. part. 12. num. 6.* 98
Alioqui notum est, privilegia personalia ad heredes non transire, *l. privilegia. 196. ff. de regulis. jur.* Et isthæc quoque ratio est, cur hoc taciti pignoris jus non modò in heredem, de quo jam dictum; sed etiam in cessionarium, id est, in eum, cui dotis actio cessa fuerit, transeat. Est enim pervulgate Interpretum pronunciatum: quicquid est transmissibile ad heredem, etiam cessibile est, sive regulatiter cedi potest, & in cessionarium transit. *l. ex pluribus. 42. ubi Dynus, Bartol. & alii. ff. de administrat. & peric. tutor. Bald. in rubr. C. de novo Cod. compon. in fin. & in l. 1. C. de privileg. dot. Tiraquell in tract. de retract lignag. §. 26. glos. 1. numer. 47.* Est quippe hoc pignus tacitum sequela, & velut pedissequa actionis de dote: ac proinde eam comitatur, in eumque transit, in quem actio, ut in heredem, & in cessionarium ipsius mulieris, *argumentum. l. emptori. 6. & l. venditor actionis. 23. ff. de heredit. vel act. vendit. Negusant. d. tractat. de pignoribus & hypoth. 4. membr. 2. p princip. numer. 30. & seqq. Vide tamen Hunnium d. resolut. ad Treutler. vol. poster. disp. 24. th. 7. quæst. 49 pag. 600. & seq.* 99 100 101

Nona quæstio est: an & jus tacitæ hypothecæ competat patri uxoris, vel alii, qui dotem ipsam dederit? Et de patre plerique Interpretes ita distinguunt: ut, si suo nomine agat ad dotem, ei non competat; si nomine filiæ agat, tum competat. Itaque alteri, id est, fratri aut extraneo dotem danti jus istud competere, iidem negant: & rectè negant. Licèt enim jus hoc datum dicatur actioni dotis. *d. l. unic. §. 1. Codic. de rei uxor. act.* actio autem 102

pothecam, pro legatis introductam, testamento re-
mittere aut prohibere possit? Et posse, ait Accursius
*ad l. 2. ff. ut in possess. legatorum, &c. Bartolus ibidem,
Baldus & Salicetus. Idem Bartol. & Alexand. in l. ne-
mo potest. 55. ff. de legat.* 1. Et hanc opinionem ma-
gis communiter Doctores sequi, testatur Negusan-
tius *d. tract de pignoribus & hypothec. 4. membr. secun-
da part. princip. numer.* 161. Verùm contraria Cyni
in d. l. 2. ff. ut in possess. legator, &c. sententia mihi
magis probatur, hac ratione: quia tacitum hoc pi-
gnus lege & constitutione Justiniani Imperatoris
inductum, concessum est legatis. *d. l. 1. C. commu-*
111 *nia de legat.* Atqui contra legem testator nihil quid-
quam ordinare potest. *d. l. nemo potest. 55. ff. de legat.* 1.
112 Insuper in hoc tacito legatorum pignore & illud, ut
singulare, observandum venit: quòd inter heredes
dividatur. *d. l. 1. in fine. C. commun. de legat.* Nam
alioqui jus pignoris individuum esse, patescit *ex l.
rem hereditariam. 65. ff. de evictionibus l. 1. & 2. C. si
unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris, &c.*
Ratio autem hujus juris singularis hæc redditur:
quia hoc pignus non tam est hereditarium, quàm re-
bus jam divisis inter heredes primùm impositum,
atque ita cum ipsa rerum hereditariarum divisione
constitutum censetur: & proinde non tenetur he-
res, nisi pro re, quam ex divisione accepit. *Dn. Ob
recht. Disputat. 15. thes. 130. & seq. Vide eadem de re
Negusantium d. membr. 4. secunda part. princip. nu-
mer.* 160.

113 Denique respectu rei, Senatusconsulto, quod sub
Marco Imperatore factum est pignus tacitum insu-
læ creditori datum est, qui pecuniam ob restitutio-
nem ædificii extruendi mutuam dedit. *l. 1. ff. in qui-
bus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l si ventri
24. §. 1. ff. de reb. auctorit. judic. possidend. Mynsinger.
cent. 1. observat. 60. & respons. 15. numer. 4. & 5. de-*
114 *cad* 2. Ratio hujus Senatusconsulti non obscura
est: quia domorum sive ædificiorum restitutio ad
decus & ornamentum Reipubl. pertinet: cujus in-
terest, urbem ruinis non deformari. *l. 2. §. si quis ne-
mine. 17. & l. ult. ff. ne quid in loc. public. l. prætor. ait.
20. § hoc interdictum. 10. ff. de operis nov. nunciat. l.
præses. 7. ff. de offic. præsid. l. 1. ff. de tigno injuncto. l. 2.
C. de ædific. privat. l. præscriptio. 6. Cod. de operib. pu-*
115 *blic.* Hocque taciti pignoris jus porrigitur etiam ad
eum, qui redemptori operis, (hoc est, ei qui ædifi-
candam domum conduxit. Nam hi propriè redem-
ptores, & ἐργολάβοι operum susceptores dicuntur.
Et ita hoc verbum accipitur *in l. redemptores. 39. ff.
de rei vindicat. & l. ea lege. 51. §. 1. ff. locati conduct.*)
domino mandante nummos subministravit. *d. l. 1.
in fin. ibique Ioan. Mercer numer. 5. ff. in quibus caus.
pign. vel hypothec. tacit. contrahit. d. l. si ventri. 24. §.
1. ff. de reb. auctorit. jud. possidend.* Quoniam paria
sunt: domino ad ædificii restitutionem mutuam
pecuniam dare, vel alii ejus jussu, in eam causam,
*per pr. tit. infr. quibus mod. tollit. obligat l. solutum. 11.
§. solutam. 5. ff de pignorat. act.* Donell. *in tract. de pi-
gnoribus cap. 5. pagin. mihi.* 111. D. *Obrecht. d. Dispu-
tat. 15. thes.* 134. Porrò nimis superstitiosi sunt illi,
qui id, quod de restitutione ædificii dictum est, ne-
gant habere locum in ejusdem refectione: cum ta-
men verbum (*restituendi*) ambiguum sit, & sub eo
refectio quoque rectè comprehendatur. Neque
sanè ratio ulla diversitatis dari potest: quin potior
videtur esse is, qui efficit, ne ædes ruituræ procum-
bant, quam qui curat, ut jam collapsæ restituantur:
quemadmodum *contra Cujacium & Hunnium*, bene
sentit Bachovius *in tract. de actionibus, Disputat. 3. ad
th. 34. pag. 103. & in tract. de pignoribus & hypoth. lib.
1. cap. 12. pag. 51. & seqq.* Adde Davidem Döring-
gium *in bibliothecâ Iurisconsultorum, tom. 1. verb. æ-
des. num. 58; fol. 901. & seq.*

Sed frequens est & dubia inter Doctores quæstio: 116
an sicuti is, qui nominatim ad domus restitutio-
nem seu refectionem pecuniam credidit, tacitæ hy-
pothecæ privilegium habeat, *juribus superius alle-
gatis*: ita etiam illi, qui in navem, aliamve rem ex-
truendam vel emendam nummos mutuò dedit, taci-
tum pignus constituatur? Et constitui, Interpre-
tes veteres plerique affirmant, *Accursius & Barto-
lus, horumque asseclæ in l. interdum. 5. ff. qui potior. in
pignor. vel hypothec. habeant. Negusant. d. membr. 4.
secunda part. princip. numer. 162. Covarruv. lib. 1.
variar. resolut. cap. 7. num. 2. Vanderanus in tractat.
de privileg. creditor. cap. 8. aliique relati ab Hackel-
manno illustrium quæstion. Disputat. 12. thes. 6. ad lit.
f. in fine.* Quibus assentiri quoque videntur *Balduï-
nus in Commentar. de pignoribus. & hypothec cap. 7.
Meyrerus in tractat. de pignorib. & hypothec. lib. 2. tit.
20. Arumæus Disp. 14. ad leges præcip. ff. th. 7. pag. 209.
& Vultejus lib. 1. Iurisprud. Roman. cap. 34. num. 19.*
At quicquid illi dicant: negantium sententia mi-
hi verior videtur, *per textum in l quamvis. 17. C. de
pignorib. & hypothec.* ubi ita rescriptum est: *Quam-
vis ea pecunia, quam à te mutuò frater tuus accepit,
comparaverit prædium: tamen nisi specialiter vel gene-
raliter hoc obligaverit, tua pecuniæ numeratio in cau-
sam pignoris non deduxit.* Hucq; valde confert, quòd
tacitum pignus speciali Senatusconsulto nominatim
concessum est ei, qui in domûs restitutionem num-
mos credidit. *d. l. 1. ff in quibus caus. pignus vel hy-
pothec. tacit. contrahit.* Nullâ autem speciali portio-
ne juris idem jus tributum est cæteris, qui vel in na-
vem instruendam, vel aliam rem comparandam,
nummos crediderunt. Non ergo idem de hisce cre- 117
ditoribus statuendum est: quippe cùm privilegium
taciti pignoris non nisi legibus nominatim consti-
tuatur. *d. l. 1. & tot. titul. ff. & Cod in quibus. caus.
pign. vel hypothec. &c. l. 1. ubi hypothecariam ab ipsa
lege induci. Codic. commun. de legat, l unic. §. 1. Cod.
de rei uxor. act. l. cùm oportet. 6. § ult Codic. de
bonis, quæ liberis. &c.* Adhæc diversa est ratio
crediti ad restitutionem & refectionem ædificii,
a credito ad refectionem sive comparationem al-
terius rei. Illic enim publica quædam versatur
utili-

utilitas: ut ædificia integra sint, & bene composita, quibus publicus civitatis aspectus ornetur. *d. l. 2. Cod. de ædific. privat. & similib. suprà adductu.* Ast hæc ratio navi aliisque rebus minimè convenit.

118 Nec obstat *d l. interdum. 5. cum l. seq. ff. qui potior. in pignore, vel hypothec. habeant.* ubi Ulpianus ait; eum, qui in navem, vel aliam rem conservandam credidit pecuniam, cæteris creditoribus, quibus eadem res priùs obligata erat, esse in eâ nave sive re potiorem: cùm ejus pecunia salvam fecerit totius pignoris causam. *Nam* non necessariò concluditur: creditor, qui credidit in rem conservandam, sicque pecunia suâ salvam fecit pignoris causam, est potior: ergo habet pignus tacitum: quia potest habere expressum pignus. Siquidem & is, cujus pecuniâ res est empta, potior censetur. *Novell. 97. cap. 3.* & tamen non habet tacitum pignus, sed expressum, hoc est, si ita specialiter convenerit, *d. l. quamvis. 17. C. de pignorib. & hypothec. l. licèt. 7. Codic. qui potior. in pign. habeant.* Atque ita sentiunt Donellus *d. tract. de pignorib. cap. 5. circa finem. Connanus lib. 4. Commentar jur. civil. cap. 17. num. 12. cum seqq. Hotoman. in Commentar. ad titul. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacite. contrahit. hosq; citans* Dn. *Collega Becerus class. 2. Disputat. 12. thes. 64. litera. b. edit. 2.* Quibus adjiciantur *Robertus lib. 3. animadversion. jur. civil. cap. 14. pag. mihi 320. Hartman. Pistoris lib. 3. quæst. 15. Matth. Stephani cent. 3. q. 33. D. Obrecht. d. Disput. 15. thes. 136. & seqq. Hackelman. d. Disputat. 12 thes. 6. ad lit. f. Mercerius in d. l. 1. num. 14. & seqq. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. Treutler. Disputat. 20. thes. ultim. volum. 1. & Disput. 1. thes. 4 lit e. volum. 2. Hunnius lib. 3. var. resolut jur. civil. tract. 3. part. 5. quæst. 6. pag. 967. & seq. Bachovius in not & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disp. 24. th. ultim. lit. D. pag. 622. & seqq. itemque* D. *Besold. in delibatis jur. ex lib. 20. ff. quæst. 3. pag. 42. & indelibatis ex lib. 41. ff. quæst. 17. pag. 159.* Eâdem de re vide latè disserentem Antonium Merendam *lib. 5. controvers. jur. c. 43. pag. 384. & seq.* Atque hæc de necessario legitimo pignore, quod rei contemplatione inducitur, dicta sufficiant.

119 Pignus prætorium est, quod magistratûs auctoritate constituitur. *l. 1. & 2. C. de prætorio pignore, &c.* Idque fit vel in judicio, vel extra judicium: atque inde prætorium pignus duplex perhibetur, nempe pignus prætorium specialiter ita dictum, & pignus judiciale. *Vultejus lib. 1. Iurisprud. Roman. cap. 34. num. 26.* N*egusant. in tractat. de pignorib. & hypothec. membr. 2. & 3. tertiæ partis. num. 1. & 2. D. Becer. d. class 2. Disput. 12. thes. 59. Meyrer. in tract. de pignorib. & hypothec. t. 1. num. 3. & t. 2. Mozzius in tract. de pign. & hypothec. c. 2. de divisione pignor. n. 4. & 24. Treutler.* D*isputat. 1. thes. 3. lit. b. & c. volum. 2. Bachov. in d tr. de pignor. & hypoth. lib. 1. c. 3. num 4. Menoch. remed 3. retin. poss. numer. 230. & remed. 12.*
120 *recuperand. poss. num. 17. & seq.* Prætorium speciale pignus, per missionem in possessionem, vel quasi possessionem bonorum debitoris, ob non factam satisfactionem, aut contumaciam illius, constituitur. *l. non est mirum. 26. ff. de pignorat. act. l 3. vers. sed & in possessionem. ff. de reb. eor. qui sub tutel. l. qui legati. 5. C. ut in possess. legator. d. l. 1. & 2. C. de prætor. pign. ibique Cujac. in Paratitl. & lib. 5. observation. c. 30.*
Judiciale autem censetur, quod in causa judicati, 121
aut sententiæ judicialis executione, ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, capitur. *l. si & jure. 10. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. habeant. l. si plus. 74. §. 1. ff. de evictionibus tot. tit C. si in causa judicati pignus captum sit. ubi Cujacius in Paratitl. Vulteius d. cap. 34. numer. 29. D. Becer. d. disputat. 12. thes. 60. & Treutler. d. Disput. 1. thes. 3. lit. c. volum. 2.* Ideoque non probanda videtur opinio *Petri Vanderani in tract. de privileg. credit. cap. 15. numer. 7. Balduini in tractat. de pignoribus cap. 8. Donell. eodem tractat. c. 6. Arumæi exercit. Iustin. 12. thes. 18. Connani libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 16. numer. 10. Heigis hic numer. 21. & aliorum.* qui pignus prætorium & judiciale confundunt, ac unum prorsus idemque esse
contendunt. Ex iis namque, quæ modò allata sunt 122
magna inter prætorium & judiciale pignus differentia deprehenditur in eo: quòd hoc constituitur ex causa judicati: illud vero edicto prætoris. *l. si postquam. 3. C. ut in possess. legator, &c.* Hinc missus pignus prætorium occupat ex edicto. *l. 2. & 3. C. qui potior. in pign. hab.* de capiendo pignore nihil edicto comprehensum est. Fit enim extra ordinem pignoris capio. *l. si pignora. 50. & d. l. si plus. 74. §. 1. ff. de evictionibus* Cujac. *d. lib. 5. observation. cap. 30. & lib. 9. observation. cap. 37. Anton. Fab. part. 1. de errorib. pragmatic. decad. 10. error. 10.* Cæterùm in quibus pignus prætorium & conventionale conveniant, & in quibus differant, ubertim explicant *Bartol. in l. 1. numer. 4. ff. de pignerat. act. Negusantius. d. tract. de pignorib. & hypothec. membr. 2. tertiæ partis. num. 29. & multis seqq. Cujac. in Comment. ad lib. 68. Pauli ad edict. pagin 140. & lib. 10. respons. Papin. pag. 456. Mozzius d. tract. de pign. & hypothec. c. 2. num. 7. & seqq.* Vide quoque Hunnium. *d. lib. 3. tract. 3. part. 5. quæst. 2. pag. 957.*

Porrò rem aliquam pignori vel hypothecæ obli- 123
gare possunt, quicunque rerum suarum, vel alterius patrimonii liberam administrationem habent. *l. solutum. 11. §. ult. cum l. seq. & l. si convenerit. 18. § fin. ff. de pignorat. act. l. qui. filios. 6. in fin. C. quæ res pignori oblig. poss. l. 2. l. quæ prædium. 6. & l. ult Cod. si aliena res pignori data sit. Mozzius in tract. de pignorib. tit. de person. quæ pignorare poss. num. 1.* Itaque filiusfamilias & servus, quibus libera peculii administratio concessa est, rem peculiarem, in utilitatem peculii, rectè obligant. *d. l. si convenerit. 18. § ult. & l. seq. ff.*
de pignorat. act. Hujusque valde probabilis ratio 124
est; quoniam quibus alienare rem licet: multò magis iis obligare & pignerare eandem regulariter licebit, *l. unic. Codic. rem alienam gerentibus non interdici rer. suar. administrat.* Sed filiis & servis, quibus

quibus concessa est libera peculii administratio, id alienare licet. *l. si quis. 41. §. 1. ff. de rei vindicat. l. si liberam. 10. C. quod cum eo, qui in aliena potest. & c.*
125 Ergo & pignerare licebit. Cui non adversatur *l. 1. §. 1. ff. qua res pignori vel hypotheca data, obligari non poss.* ubi dicitur, nec filium familias, nec servum, rem peculiarem obligare posse, quamvis liberam ejus administrationem habeant. *Nam* illic non negatur, filiumfamilias & servum pignerare peculium posse, si rem suam agant; sed pro alio pignerare posse: quia id permissum non videatur permissa liberâ administratione: cùm nec, qui liberam administrationem
126 habent, perdere possint. Atqui pro alio quippiam obligare, quasi donare est, Donare autem perdere est, *juxta illud Martialis:*

Dimidium donare Lino, quàm credere totum,
Qui mavult, mavult perdere dimidium.

Et sic non habet donandi potestatem, qui liberam administrationem habet. *l. contra. 28. §. si filius. 2. vers. nam cùm verum, & c. ff. de pactis.* Quod tamen non usquequaque verum est. Proinde rectè *in d. l. 1. §. 1. vers. facti tamen & c. ff. qua res pignori vel hypothec. data, & c.* subjicitur, hanc esse facti potiùs, quam juris quæstionem: an liberâ administratione concessâ, data sit etiam donandi facultas? Quid enim, si specialiter hoc permissum sit, ut donare possit filius, aut servus? quid, si ea conditio filii, ut verosimile sit, patrem jus donationis concessurum, putà si sit senator, quem deceat esse liberalem? Magis utique est, ut pignerare possit. *l. filiusfamilias. 7. §. item videamus. 2. & §. seq. ff. de donationib.* siquidem nec perdere tunc intelligatur: quod idem Martialis alio epigrammate venustè expressit:

Extra fortunam est, quicquid donamus amicis:
Quas dederis, solas semper habebis, opes.

127 Atque ita eleganter illud explicat Johannes Mercerius *in Commentar. ad d. l. 1. num. 11. & seqq. ff. qua res pignori vel hypoth. data obligari non poss.* Sed & tutor, si lege non restagante, rem pupilli pignori dederit, tuendus est. *l. tutor. 16. in princip. ff. de pignorat. act.* propterea quòd in administratione tutelæ vice domini, hoc est, pupilli habetur. *l. tutor. qui. 27. ff. de administrat. & peric. tutor. l. interdum. 56. §. qui tutelam. ff. de furt. D. Obrecht. disput. 15. thes. 157.* Idemque dicendum in curatore adolescentis, vel furiosi, non dubium est. *d. l. tutor. 16. ff. de pignorat. act. l. curator. 3. C. si aliena res pignori data sit. D. Boeer. class. 2. Disputat. 11. thes. 10. edit. 2. Donell. in tract. de pignoribus cap. 8. in fine.*
128 Procurator item res domini sui oppignorare potest, sive ei specialiter hoc mandatum est, ut faceret, sive universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus mutuas accipere pecunias solebat. *dict. l. solutum. 11. §. ult. cum l. seq. ff. de pignerat. act.* Cui namque generaliter de omnibus rebus mandatum est, perinde est, quasi ei de singulis specialiter mandatum esset: modò ea res sit, quam dominus esset facturus. *l. semper specialis. 147. ff. de regul. jur.* Neque enim generali oratione concedere videtur dominus, quod specialiter non permitteret: nec specialiter id permitteret, quod ipse non faceret, *argument. l. qui peculii. 46. ff. de peculio.* Hac ratione & administrator 129
Reipublic. si mutuam pecuniam pro civitate accipiat, rem ejus rectè pignori nectit. *l. si is, qui. 11. in princip. ff. de pignorib. & hypothec.* Nam rebus publicis dum præficitur: generaliter ei omnia permitti intelliguntur, quæ ad Rempublic. & administrationem rerum, ad illam pertinentium, spectant. *Donell. dict. capit. 8. D. Obrecht. dict. Disput. 15. thes. 156.* Enimverò pupillus, & minor 25. annis, absque tutoris sui auctoritate, vel consensu curatoris, rem suam pignori vel hypothecæ dare nequeunt. *l. 1. in princ. ff. qua res pignori vel hypotheca data obligari non poss. l. ult. C. de rebus alien. non alienand. l. 3. C. de in integr. restitut. minor. Vachovius d. tract. de pignorib. & hypothec. lib. 2. cap. 2. num 4. & 8.*

Cæterum acquiritur nobis pignoris & hypothecæ obligatio, non solùm per nosmetipsos; sed per 130
eas quoque personas, quæ nostriâ in potestate sunt: veluti, per filios, & servos nostros, *tot. tit. Inst. per quas pers. nob. obligat. acquirit.* non etiam per liberas personas; veluti per procuratores nostros. *d. l. solum. 11. §. penult. ff. de pignorat. act. l. 1. C. per quas person. nobis acquiratur.* præterquam in casu, quo nostro nomine mutuam pecuniam dantes, pignus vel hypothecam acceperunt. *l. 2. C. eod. tit. Balduin. in Iustiniano suo pag. 231. huncque referens D. Boeer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 14. lit. C. edit. 2.* Unde res 131
procuratori oppignorata, neque procuratori, neque domino oppignorata censetur. Non procuratori: quia sibi pignoris obligationem acquirere noluit: non etiam domino, quia huic procurator pignoris obligationem acquirere non potuit. *d. l. solutum. 11. §. penult. ff. de pignorat. act.* Non itidem pignus rectè datur extraneæ personæ, in quam duntaxat solutio in ipso contractu collata est: proindeque debitor datum pignus, ab ipsa adjectâ personâ repetere potest. *l. is, qui promisit. 33. ff. de pignoribus & hypoth.* Non etenim adjecto, sed soli contrahenti debitor est obligatus. *l. ult. §. si ita fuero stipulatus. 3. ff. de verb. obligat. §. si quis alii 4. vers. planè solutio. infr. de inutil. bus stipulationibus. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 175. & sequentibus D. Boeer. d. Disputat. 12. thes. 15.*

Proximum nunc est videre de rebus, quæ pignori 132
aut hypothecæ dari possunt: cujusmodi sunt hæ omnes, quæ emptionem venditionemque recipiunt. *l. sed & quod. 9. in fin. ff. de pignoribus & hypothec. l. 1. §. eam rem. 2. ff. qua res pign. vel hypothec. data obligari non poss. ibique Mercerius num. 14. & seqq. Stuck. part. 1. Exercit. Iustin. decad. 10. assert. 9. lit. a.* Quare res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, atq; ideo vendi nequeunt, nec pignori dari possunt. *d. l. 1. eam rem. ff. d. tit.* Siquidem per pignorationem pervenitur ad venditionem. Omnis enim pignoris utilitas in hoc solùm posita videtur: ut, debito non

solnto, illad tandem distrahere liceat. *tot. tit. ff. & Cod. de distract. pign.* Atqui uno prohibito, omnia
134 putantur prohibita, per quæ ad id, quod prohibitum est, pervenitur: & propterea, quod uno modo per emptionem concessum non est: id alio modo, scilicet per pignorationem, similiter non esse concessum intelligitur: nisi diversa sit ratio, quæ diversum jus exigit, ut in specie *l. in quorum. 24. ff. de pignoribus*
135 *& hypoth.* ubi Modestinus instar regulæ cujusdam ita respondit: ***In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur.*** Quam regulam verisimile est subjectam fuisse à Modestino iis, quæ tradiderat de præsidibus provinciarum, qui licèt in provincia sua prohibeantur emere: non tamen prohibentur pignori accipere. *l. qui officii. 62. in princip. ff. de contrah. emp.* Cessat quippe ratio in pignore, quæ valet in emptione. Rationem cur præsidibus olim in provinciis sibi destinatis emere non permitteretur, explicat Cicero *Verrina 6.* Quia, *inquit*, putarunt legumlatores, ereptionem esse, non emptionem, cum venditori arbitratu suo vendere
136 non licet. Hæc ratio in pignore non militat: cum debitor, solvens ritè debitum, pignus quovis tempore liberare possit. *l. item liberatur. 6. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit. l. rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pignorat. act. l. quamvis. 6. Cod. de distract. pignor. Mercer. ad l. 23. ff. de pignorib. & hypoth. num. 14. & 15.*

137 Sanè res sacras, sanctas, religiosas, publicas, litigiosas, liberosque homines, cùm neque in commercio, neque in ullius bonis sint, pignorationem non recipere perspicuum est. *l. 2. Cod. de religios. & sump. funer. l. si monumento. 3. l. qui filios. 6. C. quæ res pignori obligari possunt. l. privilegia. 17. C. de sacrosanct. Eccles. l. 1. §. fin. & l. ult. ff. quæ res pignori vel hypothec. data oblig. non poss. tot. tit. ff. & C. de litigios. Mozz. in tract. de pignoribus. & hypothec. tit. de reb. quæ pignori dari poss. numer. 13. 16. & 19. Bachovius d. lib. 2. de pignorib. & hypoth. c. 12. pag. 138.* Illudque adeo procedit, ut nec sub conditione contractum pignus, putà si res sacra in profanam, aut publica in privatam aut homo liber in servum mutetur, convalescat: quoniam eâ de re pactio fuit interposita, cujus commercium omnino non erat. *§. 2. infr. de inutil. stipulat. l. inter. 83. §. sacram. ff. de verb. obligat. Donell in*
138 *tract. de pignoribus cap. 9. circa princ.* Multò autem minùs liberorum hominum, quibus alieni debiti causâ manus injiciuntur, oppignoratio (quam Græci ἀνδροληψίαν, vulgò Interpretes repressalias indigitant) in confiniis Germaniæ, Galliæ, Poloniæ, aliisque nonnullis locis maximè usitata, jure defendi potest: cùm rationi inconveniens & periniquum sit, alium esse debitorem, alium verò exigi:
139 item, alterum alterius odio prægravari; sive alterum pro altero qualemcunque injuriam sustinere. *Novell. 52. cap. 1. vers. non enim habet rationem, &c. l. unic. C. ut nullus ex vicaneis pro alienis vicaneor. debit. teneat. l. unic. C. de prohibita sequestrat. pecun. Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c. l. nullam. 4. C. de executoribus l. ob causam. 3. C. de obligat. & actionibus, c. unic. de injur. libr. 6. l. non debet alteri. 74. ff. de reg. jur. c. non debet. 22. eod. tit. in 6. Hackelman. Disput. illustr. quæstion. 12. thes. 9. lit. d. Schröter. diatrib. domesticar. decad. 7. quæst. 6. D. Obrecht. Disputat. 15. thes. 194. & seqq.* Eaque de re consulantur diversimodè sentientes, *Martinus Laudens. & Iacobus à Canib. in suis tractatibus de repressal. And. Gail. de pignorationibus, observat. 2. Petr. Gregor. in syntag. jur. univers. lib. 38. cap. 8. numer. 6. & seq. Petrus Heigius part. 1. quæstionum jur. quæst. 12. Lorich. in Enchirid. arrest. per tot. Coler. de processibus execut. part. 1. cap. 2. numer. 269. usque ad fin.* Wolffgangus *Gruning. tractat. de pign. & hypothec. tit. 65. Petrus de Vineis lib. 5. ep. 48. Iohan. Exnestzorn discurs. 7. conclus. 13. num. 3. pag. 142. & Augustin. Seidenmelzer. apud. Arumæum tom. 2.* Discurs. *8. pag. 201. cum seqq. Timaus Faber disputat. 3. ad Institut. Imperial. th. 4. Ludovic. Molina de justit. & jur. tr. 2. disput. 121. Ventura. de Valentiis libr. 2. parthenii litigiosi. cap. 2. numer. 30. & sequentibus, aliique per eum citati.* Eandemque rem enodatiùs explicuimus infrà *numer. 319. & multis. seqq.*

Servitutes prædiales utrum pignori dari possint, 140
valde controversum est; Sed quamvis prædiorum rusticorum, non item urbanorum, servitutes pignori dari posse, Doctores plerique astruant, *Bartol. in l. si is, qui. 11. §. ult. ff. de pignoribus & hypothec. Connan. lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 14. Cujacius lib. 15. observat. c. 6. Bachovius d. tr. de pignorib. & hypoth. lib. 2. cap. 7. pag. 117. cum seqq.* D. *Colleg. Bocer. class. 2. Disputat. 12. th. 18. lit. a. & th. 20. lit. b. ed. 2. pluresque alii*: attamen sententia Duareni *lib. 2. Disputat. anniversar. c. 13.* Donelli *d. tract. de pignoribus c. 10.* Charondæ *lib. 1. verosim. 5.* Merceri *add. l. 11. §. ult. ff. de pignoribus & hypothec. num. ult.* horumque Sectatorum existimantium, ne servitutes quidem rusticorum prædiorum pignori dari posse, non magis, quàm urbanorum, veritati juris pro-
pior videtur. Quæcunque enim in creditorem 141
transferri nequeunt, frustrà & inutiliter pignori dantur. *l. si fundus. 16. §. creditor. 5. ff. de pignorib. & hypothec.* Servitutes autem reales indistinctè omnes sine prædiis, cùm iis cohæreant, in credito-
rem transferri non posse, liquet *ex l. 1. §. 1. ff. com-* 142
munia præd. & l. via. 23. §. 8. ff. de servitutibus prædior. rusticor. Nec obstat textus *in l. sed an via. 12. ff. de pignoribus & hypothec.* ubi Paulus ait, servitutum rusticarum oppignorationem, propter utilitatem contrahentium, admittendam esse. *Nam* illic Paulus non hoc in quæstionem vocat, an servitutes rusticæ pignori dari queant, ut ita eas ab urbanis separet: sed illud, an dominus in suo servitutem de novo constituere possit creditori pignoris loco, ut eâ creditor utatur, quamdiu pecunia soluta non sit? Id verò dominum facere posse, Paulus respondit; non ut jure ipso valeat servitus; quia ipso
jure

jure ad temp' constitui non potest. *l. servit. 4 ff. de servitutib.* sed propter utilitatem contrahentium. Atq; de domino fundi Jurisconsultum loqui, qui temporis causa in suo servitutem imponat, arguunt illa verba, quibus conventio iniri posse asserit, ut hisce servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum prædium habeat, & si intra diem certum pecunia non
143 sit soluta, vendere eas vicino liceat. Hæc namque pactio de servitute, quæ nobis in alieno debetur, recipi nequit. Semper enim dominus fundi servientis rectè negabit; se creditori, aut ei, cui creditor vendiderit, servitutem debere: nec quisquam, cui servitus debetur, servientis fundi causam deteriorem facere potest. *l. servitutes. 20. §. stillicidium. 5. vers. & omnino sciendum. ff. de servitutibus*
144 *prædior. urbanor. latiùs* Donell. *d. cap.* 10. Et eandem quæstionem explicavi copiosius *in §. ultim. sup. de servitutibus prædior. num. 21. & aliquot seqq.* Cæterum servitutes personales quod attinet: usumfructum, cùm & vendi possit, pignori dari posse ab ipso usufructuario, non dubitatur. *dict. l. si u. qui. 11. §. usufructus. 2. ibique Mercerius num. 7. l. & quæ nondum. 15. in princ. ff. de pignoribus & hypothec. l. 1. vers. sed si vos usumfructum. C. si pignus pignori dat. sit Pacius cent. 5. ἐναντιοφανῶν. quæst. 25. Treutler.* Disputat. 16. *thes. 10. lit. b. volum. 1. & disputat. 1. thes. 5. lit. f. volum. 2. Bachovius d. lib. 2. de pignoribus & hypoth. c. 6 pag. 113.* Aliud in usu est receptum. Etenim cùm is personæ planè cohæreat, & nec vendi, nec cedi queat: meritò nec pignori obligari aut dari poterit. *§. 1. supr. de usu & habitat. l. sed neque. 8. ff. de usu & habitat. l. item quamvis. 10. §. 1. ff. commun. dividund.*
145 Præterea rem penitus alienam pignori dari non posse, liquidum est. *l. 2. ff. de pignoratit. act. l. 1. l. 2. l. quæ prædium. 6. & l. si in rem. 7. C. si aliena res pignori data sit.* Cùm enim ea non sit in bonis oppignorantis, ab eo alteri jus aliquod in illa constitui nequit. *l. nemo plus juris. 54. ff. de regul. jur. l. qui filios. 6. Cod. quæ res pignori obligari poss. &c. Accurs. & Dd. ad. l. aliena res. 20. ff. de pignerat. act. item ad l. rem alienam. 28. ff. de contrah. empt. & ad l. sed & quod ad eas. 9. in fin. ff. de pignorib. & hypothec. Mozz. in tract. de pignoribus & hypothec. tit. de reb. quæ pignori dari poss. numer. 2. Negusant. in tract. de pignoribus & hypothec. membr. 3. secunda part. numer. 52. Balduin. eodem tractat. cap. 12. in princ. Donell. de pignoribus cap. 9. Schneidewin. in hoc §. nostro. numer. 14. Bachov. d. libr. 2. de pignoribus & hypoth. cap. 3. pag. 97. cum seq.* Knipschildt *exercitat. Acad. 5. quæst. 5. pag. 175. cum seq. & alii communiter.* Verum isthanc certissimam juris definitionem duobus potissimum argumentis convellere ac infringere conatur Petrus Faber *lib. 2. semestrium. c. 17.* Primum desumit *ex d. l. sed & quod. 9. in fin. ff. de pignoribus & hypoth.* ubi Cajus ostendit: eam rem posse pignerari, quæ potest
146 vendi. Atqui rem alienam vendi posse, constat *ex d. l. rem alienam. 28. ff. de contrahend. empt.* Sed respondetur: illam Caji sententiam generalem non ita generaliter accipiendam, quasi eadem planè sit ratio emptionis, quæ pignoris: sed plerunque verum esse; ut, quæ res vendi potest, eadem & pignorari possit, ut quæ commercio non exempta est. Nam alioqui non per omnia similis est hypotheca emptioni, sicuti videre est *in prææallegatâ l. in quorum. 24. ff. de pignoribus & hypothec.* ubi qui emere probibetur: non tamen pignus accipere probibetur. Ratio autem differentiæ inter emptionem & 147
pignus, id est, cur res aliena vendi possit, pignorari non possit, hæc assignatur: Tum quia propter libertatem commerciorum, & frequentissimum emptionis usum, necesse fuit permittere rei alienæ emptionem, *argument. l. justo errore. 44. in princ. ff. de usurpat. & usucapionibus.* Pignoris verò usus non est ita necessarius, & ex perfidia potiùs hominum inductus. Pignus quippe constitui solet propter contractûs fidem, ac restituendæ rei vinculum. *l. legata. 9. in fine. ff. de supellectile legat.* cum plus cautionis in re esse credatur, quam in personâ. *l. plus cautionis. 25.*
ff. de reg. jur. Tum quia in emptione-venditione 148
obligatur solùm persona pro evictione, & ad quandã (uti vocant) asininam possessionem tradendam: ast in pignore res ipsa obligatur. *gloss. in d. l. rem alienam. 28. ff. de contrahend. empt. Mozzius loco suprà notato. Negusant. d. memb. 3. part. 2. num. 58.* Jam verò potest quis personam suam, ut venditor, obligare: sed rem alienam, in quam jus non habet, obligare, quod fit pignerando, nemo potest, *argument. d. l. nemo plus juris. 54. ff. de regul. jur.*

Alterum Petri Fabri argumentum est hujusmodi: Quia, *inquit*, re aliena pignori data, nascitur utrinque obligatio & actio pignoratitia. *l. si rem alienam. 9. §. penult. ff. de pignoratit. act.* adeò, ut si fur aut prædo rem alienam Titio pro decem aureis mutuò acceptis obligaverit, eosque postea Titio solverit, habeat contra Titium actionem pignoratitiam ad rem recipiendam. *l. si pignore. 22. §. si præ-*
do. 2. ff. d. tit. Datur, *inquam*, debitori, soluta pe- 149
cunia, actio pignoratitia contra creditorem, etiam ei, qui rem alienam pignori dederit, *legibus modò allegatis*: & contra, datur creditori, etiam ei, cui res aliena pignori data fuit, actio pignoratitia contraria. *l. tutor. 16. §. 1. & l. cum debitore. 32. ff. de pignoratit. action.* Ergo inde sequi videtur, quod rei alienæ pignus subsistat. *Respondendum*: illud non rectè inde sequi aut concludi. Est etenim argumentum ab obligatione & actione personali, ad jus & actionem in rem: quod argumentum non procedere, ex prædictis colligitur. Quod a. competat actio pignoratitia in personam ex pignore licèt rei alienæ, sive nullo, hoc est, quòd existat effect' aliquis & actio ex contractu nullo; id non omnino novum
est, aut infrequens in jure. Siquidem & ex emptione, 150
quantumvis nulla, interdũ datur actio; non quidem, ut contractus confirmetur, sed ut quod interest præstetur. *arg. l. si in emptione. 34. §. item si & emptor. 3. ff.*

de contrahend. empt. Giphan. ad d. l. 2. C. si aliena res. pign. data sit. Quare firma manet conclusio : eum qui non est dominus, aut rem non habet in bonis, pignori eam dare & obligare non posse. *dict. l. 1. 2. 6. & tot. tit. Cod. si aliena res pignori data sit. cum juribus concordantibus, suprà num. 145. adductis.* Quin & is qui rem alienam pignori dedit, licèt quoad hypothecariam actionem nihil agat : pignoraritia tamen actione contraria tenetur, & insuper etiam stellionatûs crimen committit. *d. l. tutor. 16. §. 1. d. l. eum debitore. 32. & l. si quis in pignore. 36. §. 1. ff. de pignerat. act.*

151 Enim verò notabiles aliquot excipiuntur casus, quibus pignus rei alienæ valet, aut convalescit, aut confirmatur. I. Si voluntate domini res aliena ob-
152 ligetur. *l. aliena. 20. in princ. ff. d. tit.* Hujusque evidens est ratio : tum quia volenti non fit injuria, *l. 1. §. usque adeò. ff. de injur.* tum quia dominus ipse hoc casu rem obligare videtur, *argument. l. restituta. 37. circa princip. ff. ad senatusconsult. Trebellian.* II. Si dominus ratum habeat. *d. l. aliena. 20. ff. de pigneratit. act.* Quo casu pignus convalescit sive confirmatur : adeò, ut firmum censeatur non à tempore ratihabitionis, sed anteriore, putà pigno-
153 rationis sive contractus. Recurrit quippe ratihabitio ad illud tempus, quo convenit, ut eleganter loquitur Marcianus *in l. si fundus. 16. §. 1. ff. de pignor. & hypoth.* & ratihabitio mandato comparatur. *l. 1. §. sed & si. 14. ff. de vi. & de vi armat. l. semper qui. 60. ff. de reg. jur.* Atque isthæc fictio ideo admissa est : ne obstaret pignoris obligationi juris regula, quâ dicitur : quod ab initio non valuit, & vitiosum est, ex post facto sive tractu temporis convalescere non posse. *l. quod initio. 29. & l. pen. ff. eod. tit.*
154 Sic enim fingimus : ab initio, cùm pignus obligatum est, domini voluntatem intercessisse, ut nunquam non obligatio constiterit. Sic sustinetur judicium, cum falso procuratore susceptum, quod postea dominus ratum habuit. *l. Iulianus. 11. ff. qui satisdare cogantur. l. licèt. 56. ff. de judic.* Sic quoque valet mutuum, à filiofamilias contractum, quod pater post habuit ratum. *l. ult. C. ad senatusconsult. Macedonian. Ioan. Mercer. ad d. l. si fundus. 16. num. 12. cum seqq. ff. de pignorib. & hypoth.* III. Si dominus sciens dissimulet & permittat, rem suam obligari in fraudem creditoris. *d. l. 1. C. si aliena res pignori da-*
155 *ta sit.* Cujus ratio est : quia propter fraudulentam dissimulationem consensisse fingitur : quæ calliditas, cum alieno detrimento conjuncta, impunita esse non debet, *argument. l. si sine voluntate. 5. C. ad senatuscons. Vellejan.* IV. Si res aliena detur pignori sub hac conditione, si dantis facta fuerit. *d. l. si fundus 16. §. aliena res. 7. ff. de pignor. & hypoth. l. idemque 7. §. 1. ff. qui potiores in pign. vel hypoth. hab.* Et ratio est : quia hac specie, id est, propter conditionem, obligatio rei in casum dominii differtur.
156 Sic & contra, rei propriæ cum neque pignus, neque emptio aut stipulatio valeat. *l. neque pignus. 45. ff. de reg. jur.* tamen sub hac conditione valet, si res desierit esse propria sive nostra. *l. existimo. 61. ff. de contrah. empt. l. si rem meam. 31. & l. existimo. 98. ff. de verb. obligat.* V. Si res mihi sit debita, *ut in l. 1. in princip. ibi, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita. ff. de pignoribus & hypothec. l. creditor. 3. §. 1. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab. l. filiam. 56. ff. ad senatusconsult. Trebell.* Verbi gratiâ : si res mihi fuit donata, & nondum tradita ; eam obligare ego possum licèt nondum dominus : quia mihi debetur. *l. ult. §. 1. ff. de donationibus.* Sic fideicommissarius, etsi re nondum repetità non fit dominus, potest nihilominus rem obligare : & re postea repetita pignus confirmatur. *d. l. filiam. 56. ff. ad senatusconsul. Trebell.* Ratio hujus quinti casus est per- 157
spicua ; tum quia nostrum esse videtur, cujus nomine actionem ad id petendum habemus. *l. bonorum. 49. ff. de verbor. signific at. l. is, qui actionem. 15. ff. de regul. juris.* Tum quia is, qui rem sibi debitam pignori dat, hoc animo dare intelligitur, ut tunc pignori sit, cum ipsi data fuerit : ideo, quod sibi brevi acquisitum iri sperat. *Donell. d. tract. de pignoribus cap. 9. pagin 127.* VI. & ultimus casus 158
est : si debitor, qui rem alienam obligavit, postmodum ejus rei dominus fiat ; veluti si heres à domino rei scribatur. *l. rem alienam. 41. in princ. ff. de pigneratit. act.* Hoc sanè casu pignus ab initio non valet directo strictove jure ; quia est rei alienæ : ex postfacto tamen, idq; ex bono & æquo, convalescit. *l. cùm res. 5. C. si aliena res pignori data sit.* Hujusque non una ratio est : tum quia verè debitor rem illam pignoravit, & ejus jam est dominus ; adeoque contra factum proprium venire non debet. *l. post mortem. 25. ff. de adoptionibus.* Tum quia in dolo est, si vel actionem, vel exceptionem creditori opponat, *argument. l. si inter. 21. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. l. si à Titio. 72. ff. de rei vindicat.* Tum quia res 159
in eum casum venit, à quo incipere poruit. *argum. l. existimo. 98. in fine principii. ff. de verb. obligationib.* Tum denique, quia iniquum est, creditorem deci- 160
pi à debitore, & hunc ex suo mendacio lucrum consequi, *argument. l. itaque. 12. §. 1. & l. eum, qui. 14. §. is autem. & §. seq. ff. de furt. D. Obrecht, Disput. 15. thes. 22.* Itaque isto caso creditori non datur actio pignoratitia sive hypothecaria directa, sed utilis, ut ait *dict. l. rem alienam. 41. in princ. ff. de pigneratit. act.* non ordinaria hypothecaria actio, sed utilis persecutio, ut ait *d. l. cùm res. 5. C. si aliena res pignori data sit.* Directa etenim & ordinaria actio idem sæpe valet, & opponitur utili, itemque actioni in factum, atque extraordinariæ. *l. 1. & ll. sequentibus ff. de præscriptis verb. & in fact. actionib.*

De eo acerrimè confligunt Interpretes : an, si 160
dominus rei fiat heres debitoris, id est ejus, qui rem domini obligavit, pignus quoque convalescat ; ita ut creditori hypothecaria saltem utilis adversus dominum rei pignoratæ concedatur ? Affirmare videtur

videtur Modestinus *in l. si Titio. 22. ff. de pignoribus & hypoth.* negare Paulus *in d. l. rem alienam. 41. vers. non est idem dicendum. ff. de pignorat. act.* Et certissimam hanc esse, *ἀντινομίαν*, planèque inexplicabilem, censent *Hotomanus in Commentar. ad tit. ff. quæ res pignori, &c. item lib. 5. observat.* 18. *Busius ad d. l. 41. ff. de pignorat. act. Mercerius ad d. l. si Titio. 12. n. 7. ff. de pignor. & hypoth. & Antonius Matthæus Disputat.* 10. *ad Pandect. thes.* 14. Alii aliter, & quidem variè, istam contrarietatem tollere & conciliare desudant, *Fulgosius in d. l. rem alienam. 41. num. 12. ff. de pignorat. act. & in d. l. si Titio. 22. post principium. ff. de pignorib. & hypothec. Alciat. lib. 7. parerg. cap. 14. Duaren. lib. 2.* D*isputat. anniversar. cap. 4. & ad tit. de pignorat. act. cap. 7. Robert. lib. 2. receptar. lect. cap. 1. Mudæus ad tit. ff. de pignoribus & hypothec. cap. 1. numer. 21.* C*ujac. lib. 19. observat. cap. 26. Giphan. ad d. l. 2. Cod. si aliena res pign. &c. Vultejus lib. disceptat. Scholast. c. 17. Lud. Charond. lib. 1. verosimil.* 20. *Petr. Faber. lib. 2. semestr. c. 18. Hackelman. Disput. 12. thes.* 8. D. *Obrecht. d. Disput. 15. thes.* 238. *cum multis seqq. Treutler. disputat. 1. thes. 5. sub lit. A. vol. 2. & Bachovius. lib. 2. & de pignoribus & hypoth. c. 4. num. 8 pag. 105. & seq.* Cæterùm Accursius
162 in dissolvenda illâ antinomiâ vehementer fluctuat, pluresque conciliationes adducit *in d. l. si Titio. 22. ff. de pignor. & hypoth.* quas licèt plerasque ipse rejiciat; in hac tamen acquiescere videtur: ut Paulus *in d. l. 41.* loquatur de actione in rem hypothecariam; Modestinus verò *in d. l. 22.* de pignoratitia in personam utili contraria. Hæc quippe ad id competit ut creditor in debitoris heredem agat, ut rem à defuncto debitore obligatam, pignori esse patiatur: cum defuncti facta præstare & approbare debeat. *l. ex qua persona. 149. ff. de reg. jur. l. cum à matre. 14. C. de rei vindicat.* Eoque modo per indirectum convalescit pignus, coacto herede pignoris constitutionem à testatore factam ratificare. Atque ita Modestini responsum accipiendum esse, Doctores tam veteres, quam recentiores communiùs existimant. *D. Wesenb. in Parat. ff. de pignorat. act. n. 8. Connan. lib. 4. Comment. jur. civil. c. 13. num. 9. Balduin. in Comment. de pignoribus cap. 12. post princip. Donell. in tr. de pignor. c. 9. non procul à fine. Dn. Collega Besold. part. 2. delibatorum jur. ex lib. 13. Pandect. quæst. 8. pag. 87. & seqq.* Cùm igitur hanc in sententiam frequentes, vel ipsis dissentientibus attestantibus, Interpretes concedant: & verò adversariæ illorum interpretationes partim textum corrumpant, partim distinctiones prorsus alienas ei inferant, partim etiam nimis temerariè divinent: utique in hoc dubio communi opinioni, quamtumvis ea suas quoque patiatur difficultates adhærendum existimaverim, *argument. l. 1. vers. sanè crebrior. ff. de offic. quæstor. l. minimè. 23. & l. si de interpretatione. 37. ff. de legib. l. quæsitum. 12. §. sed si fundus. 27. vers. quam sententiam quotidie increscere & invalescere vi-*
163 *demus. ff. de instructo, vel instrum. legat.* Ei siquidem contradicere aut contraniti, arrogantiæ signum putatur, *argument. l. si ædibus. 32. ff. de dam. infect. & Novell. 7. c. 9. in fine. Simon Pistoris consil. 3. num.* 8. *quod excusum extat post consilia Modestini Pistor. fol.* 850. *vol. 2.* Et clara atque aperta res dicitur, pro qua est opinio communis. *Tiber. Decian. respon. 2.*
incip. Serenissimus. num. 67. fol. 27. vol. 1. Quin & 164
veritas & communis opinio æquiparantur. *Matthæus de Afflict. in c. unic. numer. 17. tit. an removeri debeant testes. &c. in usib. feud. Andr. Gail. lib. 1. obs. 153. numer. 4. vers. nam veritas, &c. Anton. Maria Coratius in tract. de communi opin. lib. 2. tit. 8. n. 16. & passim. pag. 155. Idque fusius explicuimus supra ad princip. tit. de hereditatibus quæ ab intest. defer. numer. 444. & seq.*

Quia porrò *in sæpe allegata l. rem alienam. 41. ff. de* 165
pignorat. act. duo continentur casus: unus, si debitor, qui rem alienam pignori dederat, factus sit heres ejus, cujus res erat: alter, si dominus rei factus sit heres debitoris: breviter ratio differentiæ indicanda est, cur priori casu utilis hypothecaria actio creditori accommodetur: posteriore verò specie ne utilis quidem hypothecaria creditori, contra heredem debitoris, rei pignoratæ dominium, tribuatur. Ratio autem est hæc: quia priore casu si is, qui rem obligavit alienam, opponat creditori exceptionem dominii, sive quòd res non fuerit ejus, cum eam obligaret: poterit replicatione doli repelli, & quasi mendacii argui, quod rem alienam, cujus nunc est dominus, ipse oppignerarit, *d. l. rem alienam. 41. circa fin. ff. eod. d. l. si inter. 21. §. 1. ff. de pign & hypoth d. l. si à Titio. 72. ff. de rei vind.* Sed altero casu nihil objici potest domino, licèt heredi oppignerantis debitoris: quia ipse, quamvis heres, non oppigneraverit, sed defunctus: ut sic nullo tempore confirmatum pignus dici possit. *Mercer. ad d. l. si Titio. 22. numer. 3. & seqq. ff. de pignor. & hypoth.*
Nec obstat, quòd heres teneatur actionibus heredi- 166
tariis nomine defuncti; cum heres & defunctus pro unâ eademque persona habeantur. *Novell. 48. in fine præfationis.* Nam illud quidem verum est: ast hic non agitur de actionibus hereditariis, quæ omnes sunt in personam. *tot. titul. Cod. de heredit. actionibus*, sed de hypothecaria, quæ in rem est. *l. pignoris. 17. ff. de pignoribus & hypothec. & l. pignoris. 18.* C. *eod.*

Cæterùm quòd diximus: priore casu, quo scilicet debitor rei alienæ pignoratæ dominium post
consecutus est, pignus confirmari: posteriore, 167
quo dominus debitori, qui rem alienam obligaverat, heres extitit, non confirmari: huic distinctioni valde repugnat textus *in l. si servo. 20. ff. qui & à quibus manumissi liberi non fiunt. & in l. filium 31. ff. de liberali caus. cum l. si ab eo 7. Cod eod.* Non *in d. l. 20.* si non dominus manumittat servum alienum, & postea ejus fiat dominus, non ideo confirmatur libertatis datio: at confirmatur pignus. Contra autem *in d. l. 31. & d. l. 7.* si dominus servi fiat heres

 ejus,

ejus, qui servum istum manumisit, non potest huic
servo libertatis controversiam movere : sed volun-
tatem defuncti confirmare cogitur. Et, ut res vel
tribus exprimatur : priore casu convalescit pignus ;
altero non item. Libertatis verò datio priore spe-
cie non convalescit ; posteriore convalescit. Ac-
cursius, Bartol', Cumanus, Baldus, & alii Doctores,
hanc quoque contrarietatem explicatu difficilimam
esse, ajunt. Sed non incommodè, meo judicio, ita
expeditur & resolvitur : ut priore quidem casu ser-
vus manumissus non fiat liber. *d. l. 20. ff. qui, & à*
quibus manumissi, &c. & ne posteriore quidem : sed
tamen servitutis quæstio ei moveri non possit, ne-
que ab ipso, qui manumisit ; ne faciat contra fa-
168 ctum proprium, quod non licet. *d. l. post mortem.* 25.
ff. de adoptionibus, neque ab ejus herede : ne is faciat
contra factum defuncti ; quod item non licet here-
di. *d. l. ex quâ persona.* 149. *ff. de reg. jur.* Et ita ex-
audiendæ videntur *d. l. 31. ff. & d. l.* 7. C. *de liberali*
caus. quæ non dicunt, hunc servum liberum fieri, sed
quæstionem tantum ei non posse moveri. *Pinel. d. l.*
1. *part. 3. num. 83. Codic. de bonis maternis.*

169 Quæritur circa illum sextum casum exceptum :
utrum is locum habeat tam in creditore sciente,
quàm ignorante ? Et sanè si creditor ignorans rem
alienam pignori acceperit, casui isti locum esse, sic-
que creditori actionem hypothecariam utilem dari,
non quidem adversus dominum, sed adversus debi-
torem, vel posteriorem creditorem, vel alium
quemvis rei oppignoratæ possessorem, inter omnes
constat. *argument. l. tutor. 16. §. 1. l. si pignore. 22. §. si*
prædo. 2. l. cum debitore. 37. dict. l. rem alienam. 41. ff.
de pignoratit. act. l. si non dominus. 14. ff. qui potior. in
pign. vel hypothec. habe. d. l. cum res. 5. Cod. si aliena
res pignori data sit. Nigusant. in tract. de pigneribus &
hypothec. 3. membr. secunda part. num. 55. Vulteius d.
lib. disceptat. scholasticar. cap. 17. Hackelman. Disput.
illustr. 12. thes. 7. ad lit. B. D. Obrecht. d. Disputat 15.
170 *thes. 209. 228. & 232.* Verùm si debitor rem alie-
nam creditori suo dederit pignori, scienti, eam esse
alienam, an & tum casus iste sextus locum habeat, id
est, pignus convalescat, adeoque actio illa credito-
ri competat, inter partes hæret valde dissidentes ? Et
plerique distinguunt debitorem, pignus possiden-
tem, ab alio quolibet possessore : ut adversus de-
bitorem convalescat pignus ; adversus alium pos-
sessorem non item. *Accursius & Dd. communiter.*
in l. 1. ff. de pignoribus & hypothec. Salicetus & alii in
d. l. cum res. 5. C. si aliena res pign. data sit. Iul. Pac.
centur. 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 52. Vulteius d. cap. 17.
D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 233. Hackelman. d.
Disputat. 12. thes. 7. ad lit. C. Ratio hujus distin-
ctionis hæc redditur : quia si debitor contra credi-
torem excipere cupit, se conventionis tempore rei
hypothecatæ non fuisse dominum ; contra pro-
prium venit factum, dolique mali replicatio ei ob-
stat. *l. si inter. 21. §. 1. ff. de pignorib. & hypoth.* Con-
vincitur enim de suo mendacio : quia rem non pro
alienâ, sed pro suâ oppignoravit. *d. l. rem alienam.*
41. ff. de pignorat. Quæ ratio in quovis alio posses-
sore cessat : ac proinde is rectè agenti creditori
objiciet : rem oppignoratam conventionis tempo-
re in bonis debitoris non fuisse. Sunt nonnulli ma-
gni nominis Interpretes, qui pignus istud omnino
& indistinctè confirmari, existimant. *Balduin. in*
tract. de pignorib. & hypothec. cap. 12. Connanus lib. 4.
Commentar. jur. civil. cap. 13. num. 7. Petrus Faber.
lib. 2. Semestr. cap. 17. In eadem videtur fuisse sen- 171
tentia Duarenus *lib. 2. Disputat. anniversf. cap. 11. circa*
ca princip. Horunque fundamentum est positum,
partim *in dict. l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act.*
ubi sine distinctione scientis & ignorantis credito-
ris, ei hoc casu actio hypothecaria conceditur : par-
tim *in dict. l. 1. ff. de pignorib. & hypothec.* ubi etiam
non ignoranti creditori actio dari videtur ; licèt, ut
ait Papinianus, difficiliùs. Denique non desunt,
qui haud improbabiliter asseverant : creditori scien-
ti, rem alienam esse, non dari actionem, neque
contra debitorem, neque alium ; sed tantum indul-
geri retentionem : *idque argumento dict. l. 1. ff. eod.*
ubi ita scribitur : *difficiliùs creditori qui non ignora-*
vit alienam, utilis actio dabitur : sed facilior erit ei pi-
gnus possidenti, retentio. Quòd dicitur, *difficiliùs* :
comparativus pro positivo positus est, augendæ dif-
ficultatis causa : ut sit, difficilè dabitur, id est, non
dabitur. Sic enim & aliàs Papinianus, auctor istius
legis, verbo *difficiliùs* utitur pro *non. l. nonnun-*
quam. 8. in fine. ff. de collatione bonor. quamvis non
negetur, verbum *difficilè* interdum aliter accipi, *ut*
in l. si heres. 68. sub fine. ff. ad senatusconsult. Trebel-
lian. & l. Mævia. 13. §. 1. ff. de annuis legat. Præte- 172
rea scienti creditori non datur contraria pignorati-
tia, quæ in personam est. *l. tutor. 16. §. 1. vers. sed si*
sciens creditor. ff. de pignorat. act. Ergo nec ei dabi-
tur pignoratitia in rem, id est, hypothecaria. Nam
Impp. Diocletianus & Maximianus *in dict. l. cum*
res. 5. Cod. si aliena res pignori data sit. ajunt : hypo-
thecariam hoc casu sexto excepto dari creditori,
exemplo pignoratitiæ. At jam certum est, pignora-
titiam scienti non dari. *dict. l. tutor. 16. §. 1. ff. de pignor.*
act. Imò si non datur pignoratitia scienti : multò mi-
nùs danda est hypothecaria : quia *(ut dictum)* pigno-
ratitia est in personam : hypothecaria in rem. Jam v.
potuit debitor personam suam obligare : rem alie-
nam obligare non potuit. Sic & aliàs, ut in emptio-
ne, distinguitur emptor sciens, rem esse alienam, ab
ignorante. *leg. si in emptione. 34. §. item si & emptor. 3.*
& l. liberi. 70. ff. de contrah. empt. Hancque sen-
tentiam *post Fulgosium in d. l. 1. ff. de pignoribus. &*
hypothec. explicatiùs defendunt *Donellus in tractat.*
de pignoribus cap. 9. Elias Robertus Disputat. Institu-
tion. 14. coronid. 2. & Everhardus Bronchorst. cent. 1.
ἐναντιοφανῶν. assert. 95 edit. 1.

Cui

173 Cui non obstat *dict. l. rem alienam. 41. ff. de pignoratit. act.* ubi indistinctè traditur: si debitor, qui rem alienam pignori dedit, postea ejus rei dominus factus est, creditori dari utilem actionem pignoratitiam. *Tametsi* enim Paulus in principio illius legis generaliter loquitur: attamen ex ultimis ejusdem legis verbis luculenter patescit, eum de creditore ignorante loqui. Ait namque in fine: *Si convenit de pignore, ut ex suo mendacio arguatur: improbè resistit, quò minùs utilis actio moveatur.* Hæc verba de debitore duntaxat, qui creditori rem alienam ignoranti pignori dedit, accipi possunt. Solus etenim is ex suo mendacio argui potest, qui adversarium ignorantem mendacio suo læsit; non ille, qui rem alienam suam esse asserens pignori dedit, creditore id sciente falsum esse. Nam qui sciente adversario quid falsum asserit: eum decipere non rectè dicitur. *l. qui se liti obtulit. 45. ff. de heredit. petit. Denell. & Bronchorst. locis præallegatis.*

174 Res feudalis utrùm à vasallo citra caducitatis seu privationis periculum pignori dari possit, non usquequaque expeditum videtur? Et non posse, feudorum placitis decisum extat. *cap. 1. circa princip. ibi, vendere, vel pignorare, &c. de prohibit. feud. alienat. per Frider. titul. 55. libr. 2. Feudor. cap. 1. §. aut si libellario. ibi, pro pignore plus medietate obligaverit. quibus mod. feud. amittat. titul. 5. lib. 1. Feud. cap. unic. §. fin. ibi, nam nec pignus. de investitura de re alie-*
175 *na fact. titul. 8. libr. 2. Feudor.* Ejusque ratio est perspicua: quia omnis alienatio feudi regulariter prohibita censetur. *titul. 52. in princ. vers. per multas enim, &c. & d. tit. 55. in princ. vers. habito ergo consi-*
176 *lio, &c. lib. 2. F.* At pignoris datio est alienatio. *l. ult. ibi, vel pignoris nexum. Cod. de reb. alien. non alienand.* alienatio, inquam, talis, qua possessio ad alium, puta creditorem, transit. *l. si rem alienam. 9. §. propriè. 2. l. cùm & sortu. 35. §. 1. & l. debitor. 40. ff. de pignorat. action. l. per servum. 37. in princ. ff. de acquir. rer. dom. l. 1. §. per servum. 15. & l. qui pignoris. 36. cum l. seq. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Licèt quoad casum usucapionis, debitor rem oppignoratam possidere dicatur. *d. l. 1. §. per servum. 15. ff. eod. l. servi nomine. 16. ff. de usurpat. & usucapionib. Dn. Collega Bocer. class. 5. Disputat. 9. thes. 65. ad lit. f. edit. 2.*

177 Nec objiciet aliquis: emphyteutam oppignorare posse rem emphyteuticam. *l. tutor. 16. §. fin. ff. de pignoratit. act. l. lex vectigali. 31. ff. de pignoribus & hypothec.* usufructuarium jus suum fructuarium. *§. minus autem. 1. in fine. supr. de usu & habitat. l. si is, qui. 11. §. ususfructus. 2. ff. de pignoribus & hypothec. l. 1. vers. sed si vos. C. si pignori datum sit.* ergo & vasallum rem feudalem. Tum quia jus feudale pignorationem disertè prohibuit in feudo: at jus civile apertè concessit in usufructu & emphyteusi, *juribus modò allegatis.* Non licet autem ab uno jure arguere ad correctionem juris alterius, *argument. cap. 1. vers. legum autem Romanarum. de feudi cognit. titul. 1. lib. 2. F. Gothofred. ad d. l. lex vectigali. 31. ff. de pignoribus & hypothec.* Tum quia diversitatis ratio, cur 178
emphyteuta, sicuti & usufructuarius, non etiam vasallus, jus suum alii oppignorare possit, evidens est: quòd vasallus ex reditu servire domino tenetur: emphyteuta verò & fructuarius non item, *argument. d. titul. 52. vers. per multas. ibi, ac ita omnibus exhausti, &c. & d. titul. 55. in princip. ibi. unde debita servitia amittebant. lib. 2. F.* Vide Bachovium *in tract. de actionibus, Disputat. 3. ad thes. 33. pag. 101. vers. nondum possum, &c.*

Sed num etiam hypothecæ datio prohibita sit vasallo, major est & difficilior contentio? Et certè 179
non minùs hypothecæ datione, quàm oppignoratione, interdictum esse vasallo, multi, iique non infimæ classis Jurisconsulti affirmant. *Iacobus de Ardizone in epit. feud. cap. 116. Laudens. in capit. 1. §. 1. num. 11. de prohibita feud. alienat. per Frid. d. titul. 55. lib. 2. F. Iacobus Petr. de condict. ex mor. sive feud. apert. numer. 3. Hoteman. consil. 30. vol. 1. Sensbec. in Comment. in usus feud. part. 12. num. 100. Wesenbec. de feud. cap. 11. num. 5. Vultejus de feud. lib. 1. capit. 10. num. 43. Hackelman. Disputat. 12. coronid. 1. & Matth. Stephani centur. 3. quæst. 34. Glos. in cap. 1. de alienat. feud. & in cap. 1. de alienat. feud. patern. item Rittershus. in partit. feud. lib. 2. cap. 3. quæst. 4. & Berlichius. part. 2. conclusion. practicabil. conclus. 31 n. 5. pag. 672.* Verùm contrariam sententiam, quòd videlicet vasallus impunè feudum suum hypothecæ dare possit, veriorem esse, non sine ratione concluditur. Nusquam enim hypotheca, sed semper nominatim & in specie pignus prohibetur. *dict. titul. 55. in princ. lib. 2. F. cum similibus.* Quare cùm propriè aliud 180
sit pignus, aliud hypotheca. *dict. l. si rem alienam. 9. §. propriè. 2. ff. de pignorat. act. l. plebs. 238. §. pignus. ff. de verborum significatione. §. item Serviana. 7. infr. de actionib.* proprietati verborum standum & adhærendum erit: idque maximè hoc casu fieri debet, ubi in materia odiosa versamur: siquidem propter oppignorationem, inscio domino factam vasallus feudo suo privetur. Pœnalia autem & odiosa interpreta- 181
tione magis restringi, quàm ampliari debere, notissimum est. *l. cum quidam. 19. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. l. si fuerit. 10. in fin. ff. de reb. dub. l. si præses. 32. in fin. & l. interpretatione. 42 ff. de pœn. l. semper in dubiis. 56. l. factum. 155. §. ult. l. rapienda. 168. & l. ea, quæ. 192. §. 1. ff. de reg jur. c. odia. 15. de regul jur. in 6.* Præte- 182
rea illa duntaxat feudi alienatione interdictum est vasallo, qua possessio prædii feudalis transfertur. *d. cap. 1. §. callidis insuper. ibi, feudum vendunt, & in alios transferunt. de probib. feud. alienat. per Friderici tit. 55. lib. 2. F.* At per hypothecam non transfertur possessio: cum nuda conventione constituatur. *dict. l. si rem alienam. 9. §. 2. ff. de pignor. act. l. contrahitur. 4 ff. de pignorib. & hypothec. d. §. item Serviana. 7. vers. nam pignoris. infr. de actionibus.* Adhæc vasallo isthac
feudi

feudi alienatione interdictum est, per quam ipse
feudi reditus amittit: unde ampliùs domino debita
servitia, utpote jam alimentis destitutus, præstare
commodè non possit. *c.1. de prohibit. feud. alienat. per
Lothar. circa princ. ibi, ac ita omnibus exhaustis, suo-
rum seniorum servitia subterfugere, &c. d. tit. 52. lib. 2.
F. & d. tit. 55. in princ. ibi, unde debita servitia amit-
tebant. lib. 2 feudor.* Atqui per hypothecæ constitu-
tionem vasallus non amittit feudi reditus: cùm pos-
sessionem feudi, adeòque hujus possessionis commo-
dum, quod est fructuum perceptio, retineat. *l. Fulci-*
183 *nius. 7. §. ult. ff. quib. ex caus. in possess. eatur.* Igitur
cessante dispositionis fine in hypothecâ, cessabit et-
iam ipsa dispositio, *arg. l. in omni. 13. ff. de adoptioni-
bus. l. ex facto. 43. in princ. ff de vulg. & pupill. substit.
l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jur. patronat. c. cùm ces-
sante. 60. ext. de appellationib.* Atque huic sententiæ
suffragantur *Bald. in d. c. 1. §. 1. n. 1. de prohibit. feud.
alienat. per Frid. & ibidem Alvarott. n. 2. Curt. junior.
de feud part. 4. n. 95. Frider. Schenck. in d. cap. 1. §. aut
si libellario. quib. mod. feud. amitt. Wurmser. in pract.
observat. de feud. observat. 18. Hartman. Hartmanni
de feud. observ. 20. Zasius in epitom. feud. part. 9. n. 18.
Fichard. consil. 5. num. 5 vol. 1. D. Collega Becer. d. class.
5. Disput. 19. thes. 68. edit. 2. Rosenthal. in synops. feud.
cap. 9. concl. 15. Borcholt. in Comment. de feud. c. 8. n. 60.
& seq. aliiq; nonnulli.*
184 Non obstat, quòd nominis tantùm sono à pigno-
re differre hypotheca dicitur. *l. res hypotheca. 5. §. in-
ter pignus. ff. de pignor. & hypothec.* Illud enim non
simpliciter & generaliter exaudiri debet; sed solum-
modo quoad actionem hypothecariam: quæ tam
hypothecæ, quàm pignoris nomine creditori com-
petit. *d. l. item Serviana. 7. vers. inter pignus. infr. de
actionib.* Et dictam *l. 5. §. inter pignus. ff. de pignorib.
& hypoth.* pertinere ad actionem hypothecariam, ar-
guit clarissimè ejusdem legis inscriptio, quæ demon-
strat, quòd lex ista sit Marciani, desumpta ex lib. sin-
gulari ad formulam, id est, actionem hypotheca-
riam: *sicuti quoque monuimus suprà num. 5.*
185 Minùs resistit, quòd non solum pignoris, sed &
hypothecæ datio sit alienatio, *prædictâ l. ult. Cod. de
reb. alien. non alienand.* Haud etenim quævis sim-
plex feudi alienatio jure feudorum prohibita cense-
tur, sed illa tantùm, quâ possessio rei feudalis ad aliũ,
in quem alienatio fit, transfertur. *d. titul. 55. in princ.
vers. callidis. ibi, feudum vendunt, & in alios transfe-
runt lib. 2. feudor.*
Nihil quoque adversatur, quòd per hypothecæ
dationem pervenitur ad rei venditionem. *l. 2. 3. & 4.
C. de distract. pignor. tot. tit. ff. de distract. pign. & hy-*
186 *pothec.* quæ vasallo nequaquam permissa est. *d. tit. 55.
in princ. vers. habito ergo, &c. lib. 2. F.* & prohibitâ a-
lienatione, id etiam prohibitum intelligitur, ex quo
sequi alienatio potest, *arg. l. oratio. 16 ff de sponsalib.
l. ad rem mobilem. 56. & l. ad legatum. 62. ff. de procu-
ratorib. latè post alios, quos citat, Menochius consil. 116.
num. 15. & seq.* Nihil, *inquam*, id adversatur: quo-
niam procedit in alienatione simpliciter prohibitâ,
non itidem in eâ prohibitâ alienatione, quâ ipsa rei
possessio in alium transfertur; qualis est prohibita
feudi alienatio, ut quâ vasallus commodo fructuvè
privatur: de quâ feudi alienatione cùm feudorum
placita tantùm loquantur: de aliâ quavis alienatio-
ne minimè sunt accipienda: præsertim, cùm prohi-
bitio alienationis sit odiosa; proindeque, in quan-
tum fieri potest, restringenda, *argum. Novell. 108. in* 187
*præfat. §. nos igitur. 2. vers. novimus igitur, &c. Tiber.
Decian. respons. 78 num 37. vol. 3. & alii ab eo hanc in
sententiam allegati. Vide Berlichium conclusion. pra-
cticabil. part. 2 concl. 31. num. 2. & seqq.*
Superiori quæstioni proxima est illa: Anne, si
feudi dominus in oppignorationem consenserit; &
postea, vasallo sine liberis mortuo, feudum ad ipsum
dominum devolutum fuerit; illa firma maneat, sic-
que dominus satisfacere creditoribus teneatur? Et 188
satisfacere teneri (utut reclament atque ogganniant
*Matthæus de Afflict. in cap. 1. qui successores teneantur.
in usibus feud. Zasius in Epit. feud. part. 6. num. 27. &
part. 9. num. 8. & 39. Bursatus consil. 171. aliique per
eum citati*) omnino concludendum existimo. Pri-
mùm enim juris est haud incogniti: quòd is, qui
consentit contractui, super re aliquâ inito, hoc ipso
censeatur renunciare juri, quod in re ista habuit. *l.
servus communis. 38. §. 1. ff. de donat. inter vir & uxor.
l. apud Celsum. 4. §. quæsitum. 12. ff. de doli mal. &
met. except. l. 2. Cod. de remiss. pignor.* Deinde & hoc 189
exploratum est: eum, qui semel consensit, huic con-
sensui jure contravenire non posse; sed eo nomine
perpetuò devinctum esse, *argum. l. per fundum. 11. ff.
de servitutib. rustic. prædior. l. in diem. 8. ff. de aqua,
& aqua pluv. arcenda. l. de accessionibus. 14. §. fin. ff.
de divers. & temporal. præscript. l. 1. §. prodest. 14. vers.
unde si quis. ff. quod legatorum. c. quod semel. 21. de
reg. jur. in 6.* Præterea magis in specie de domino 190
feudi traditum est; quòd ea, quæ ipsius consensu in
feudo gesta sive alienata sunt, rata habere teneatur,
non solùm tum, quando feudum adhuc à vasallo
possidetur, sed vel maximè etiam, quando vasallo
defuncto, feudum sibi apertum fuerit. *c. 1. §. etsi cli-
entulus. vers. si verò. de alienat. feudi. lib. 1. tit. 13. feu-
dor.* Et licèt feudum per oppignorationem non alie-
netur, sicut per venditionem: tamen eadem ratio in
oppignoratione, quæ in venditione, imò major esse
videtur. Nam si alienatio stabilis ac firma perma-
net in præjudicium domini consentientis: multò
magis firma debet manere oppignoratio, quæ minus
præjudicii domino adfert. Adhæc idem suadet ipsa
natura negocii. Oppignoratione siquidem jus con- 192
stituitur reale, quod cum re ipsa transit, ad quem-
cunque ea pervenerit. *l. si fundus. 16. §. in vindica-
tione ff. de pignorib. & hypothec.* Dominus itaque con- 193
sentiendo oppignorationi, censetur se ad naturam
illius rei conformare, & tale jus in feudo consti-
tuere voluisse, quod feudum semper comitetur,
tametsi istud ad ipsum dominum reversum fuerit.
Sicuti

Sicut enim pleraque alia ; ita etim consensus domini secundum subjectam materiam, & naturam actûs sive contractûs, super quo adhibetur id est, pignoris, adeòque secundum dispositionem juris est accipiendus, *argument. l. insulam. 6. ff. de praescript. verb. l. si stipulatus. 4. in princip. vers. verùm si emptor. ff. de usur. l. damni. 43. in princ. vers. & quod in stipulatione. ff. de dam. infecto. l. si cui. 9. ff. de servitutibus & l. quanquam. 62. ff. de rit. nupt.* ita nimirum, ut maneat pignus, donec debita pecunia creditoribus offeratur, solvaturque iis modis, quibus jure constitutum est. *tot. tit. ff. quibus mod pign. vel hypothec. solvit.* Atque ita, *post Andream de Isernia à se laudatum*, sentit Marinus Freccia *lib. 2. de auctoritate & potestate regu erga subfeudatarium auctorit. 29 n 8. vers. fallit etiam hac regula, &c.* Eique patrocinantur non inviri *D. Hartman. Pistoris lib. 2. parte poster. quaest. 48. n. 14. cum seqq. Fachineus lib. 7. controversiar. jur. cap. 56. & Hackelmannus* Disputat. *illustr. quaestion. 12. corenid. 2.*

193 Hanc sententiam primò non distruit, quod regulariter omnis promissio & conventio intelligitur, reb⁹ sic stantibus, sive in eodem statu permanentibus. *l. quaero. 54. §. inter locatorem. ff. locati. l. quod Servius. 8. ibique glos. super verb. potest. & Iason. colum. 3. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. l. continuus. 137. §. cùm quis. 6 ff de verbor. obligat. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit. l. cum quis. 38. in princ. ff. de solutionibus Late Anton. Rubeus. consil. 147. huncq; cum aliis allegans Tiraquellus ad l. si unquam. 8. C. de revocand. donat. in praefatione, num. 167.* Ideoque consensus domini, super opignoratione interpositus, locum habere, ac domino praejudicare creditur, rebus sic stantibus ; id est, donec vasallus, qui oppignoravit feudum, vixerit, sive successores ejus feudum obtinuerint ; non autem, si feudum ad ipsum dominum revertatur. Hoc, *inquam*, non destruit nostram sententiam. Quamvis enim praedictis in legibus promissio facta, propter certas quasdam & justas causas intelligatur, rebus sic stantibus : non tamen inde sumi potest generale quoddam, ac veluti absolutum axioma ; quamlibet conventionem ac dispositionem accipiendam fore, rebus sic stantibus ; ita ut quaelibet varietas & mutatio postea contingens, jus immutet, ipsamque promissionem & conventionem infringat. Idque satis apparet *ex*
194 *praeallegato cap. 1. §. etsi clientulus. de alienat. feudi. lib. 1. tit. 13. Feud.* ubi habetur casus alienationis feudi, cum voluntate sive consensu domini à vasallo factae. Vasallus moritur sine descendentibus masculis, & quaeritur : nunquid facta alienatio revocetur, an verò subsistat ? Si spectetur illud generale pronunciatum : *Qualibet promissio & obligatio intelligitur rebus sic stantibus* : dicendum erit, feudum ad dominum reverti, alienationem rescindi, consensumque non obstare ; siquidem res non amplius sit in eodem statu. At contrarium deciditur *in d. §. etsi clientulus.* nimirum stabilem permanere alienationem. Hujusque ratio est : quia secundum ipsam naturam actus, & intentionem contrahentium, & rei aequitatem judicandum est, non secundum generales quasdam regulas. Omnis quippe definitio 195
sive regula periculosa est. *l. omnis definitio. 202. ibique Accurs. & Philipp. Matthaeus numer. 2. & seq. ff. de reg. jur. Ioan. Mercer. lib. 2. opinion. cap. 16.*

Secundò non turbat nostram sententiam ; quòd 196
consensus praejudicare juri proprio ipsius consentientis non soleat, quoties interponitur & adhibetur pro auctoritate rei gestae, ut valeat. *l. Cajus. 39. ubi Paul. de Castr. ff. de pignerat. act. l. cùm quaedam. 26. C. de administrat. tutor. vel. curat.* ac propterea nec in praesenti themate consensus domini obsit aut praejudicet ipsi in jure proprio ; atque adeo non impediat, quò minus vasallo, sine masculis defuncto, feudum liberè ad illum revertatur. *Nam respondetur* : consensum non obesse aut praejudicare domino circa jus directi dominii, quod habet, & habuit tempore alienationis feudi, neque circa consolidationem utilis dominii cum directo ; modò pignus firmum maneat. Etenim si firma non consisteret feudi obligatio à vasallo facta, domino consentiente : id creditori praejudicium adferret, & naturae rei gestae repugnaret. Ea siquidem natura contractûs 197
pignoris est ; ut maneat jus firmum creditoris, donec pecunia ei persoluta fuerit, *docente Fachineo d. lib. 7. controvers. jur. cap. 56. vers. secundum argumentum. &c.*

Tertiò eandem sententiam haud evertit : quòd 198
domini consensus, oppignorationi praestitus, confirmat oppignorationem, quae aliâs non valeret. Confirmatio autem nihil novi juris tribuit. Qui enim confirmat, nihil dat. *l. & quia 6. ff. de jurisdict. c. quia diversitatem. 5. ext. de concess. praebend. C. I. ibiq; gl. super. verb. confirmationem. ext. de confirmatione utili, vel inutili. Gail. lib. 2. obs. 1. num. 3. & 8.* Non itaque consensus, qui ideo adhibetur, ut obligationem seu oppignorationem vasalli confirmet, novum jus contra dominum consentientem introducere poterit, ut eundem etiam, feudo sibi aperto, obliget. Illud *inquam*, haud nostram evertit sententiam. Neque enim propterea, quòd statuimus, dominum feudo sibi aperto, debitum persolvere teneri, ex confirmatione, praeter naturam ejus, novi aliquid sequitur. Nam cum semel jus reale, consentiente domino, in feudo constitutum fuerit: necessariò inde evincitur, jus hoc inhaerere, ad quemcunque feudum pervenerit. Non igitur mi- 199
rum, cur consensus eò vires suas extendat : cum is, qui vult unum, existimetur etiam omne id voluisse, quod ex eo necessariò consequitur, *argu. l. 2. ff. de jurisdict. l. illud. 77. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. cùm principalis. 178. ff. de reg. jur.* Siquidem non idcirco dominus ultra obligatur, quam requirat ipsa consensûs natura : quae est, ut quis id, quod semel placuit, ratum habere teneatur. *argu. c. quod semel. 21. de reg. jur. in 6. & l. nemo potest mutare. 75. ff. eod. tit.*

200 Quarto non obstat vulgata juris regula, quæ docet, quòd renuntiatio juris nunquam præsumatur: nisi de eâ expressè actum fuerit. *l. cùm de indebito. 25. circa princ. ff. de probationibus*, & quotiescunque alicui plura competunt jura, si uni renunciaverit, non propterea alteri renunciatum censeatur, *argument. l. si domus. 21. ff. de servitutibus prad. urb. l. si mihi. 20. in princ. ff. de servitutibus prad. rusticor. l. nec n. 17. §. 1 ff de acquir. vel omitt. heredit. l. quotiens duplici. 91. ibiq. Decius & Cagnolus ff. de reg. jur.* Igitur & in nostro casu quamvis dominus consentiendo obligationi seu oppignorationi, intelligatur renunciare juri, quod vivente vasallo ipsi in feudo competierat: non tamen ideo videatur voluisse jure, quod demum post mortem vasalli sibi competere incipiebat, se abdicare; & in eventum semetipsum creditoribus obligare. Non, *inquam*, obstat prædicta regula: quia ea procedit in dubio: secus in claris, in quibus nos versamur, & in quibus locus non est conjecturis. *l. continuus. 137. §. cùm ita. 2. in fine. ff. de verb. obligat. l. ille aut ille. 25. in fine, ff. de legat. 3.* In proposita namque quæstione de renunciatione ex ipso consensu domini dilucidè constat: quandoquidem consentiens oppignorationi, eo ipso jus suum resignare reputatur. *argum. l. servus communis. 38. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. apud Celsum. 4. §. quæsitum. 12. ff. de dolo mali. & met. except. & l. fidejussor. 26. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec.* Sic etiam quod de renunciatione unius juris ad alterum non porrigendâ adfertur, locum duntaxat habet in juribus separatis & diversis. Hic autem non de diversis, sed de uno & eodem jure directi dominii agitur. *Hartman. Pistor. d. quæst. 48. num. 28.*

202 Quintò nihil decerpit nostræ decisioni; quòd plurimum inter se differant consentire & obligari, *per notata Accursii in l. 1. §. si ratum. 6. ff. quod jussu. Bartoli in l. Lucius Titius. 21. ff. de administrat. & peric. tutor. & in l. si cùm dotem. 22. §. transgrediamur. 12. ff. solut. matrimon.* & ideo dominus, qui consensit oppignorationi feudi, non censeatur obligatus propter hunc consensum, ad solvendum æs alienum creditori ipsius vasalli. *Responderi* enim potest; non obligari quidem dominum expressè ob consensum præstitum ad solvendum æs alienum; sed hoc tamen efficere præstitum consensum, ut feudi oppignoratio legitimè constituta esse dicatur: ac proinde ita stabilis & firma permaneat, ut creditor pignori rectè insistat, donec ei debita pecunia persolvatur; nec aliter pignus sive hypotheca ejus solvatur, quàm solutione illius, quod debetur, vel aliis legitimis modis. *Fachineus. d. lib. 7. cap. 56. vers. quintum argumentum, &c.*

203 Postremò nihil planè officit, quòd in generali locutione non comprehendatur persona loquentis, *argument. l. qui insulam. 30. §. ult. ff. locati. l. inquisitio. 18. C. de solutionibus. Andr. de Isern. in cap. 1. §. fin. hic finitur lex. in usibus feudor.* & ea propter dominus oppignorationi feudi consentiens, de propria ipsius obligatione sensisse non sit existimandus. *Nam* cum dominus oppignorationi consentiendo obstringatur, & tatum teneatur habere contractum vasalli, atque hoc respectu ex ipso etiam contractu vasalli obligetur: qui quæso personam ejus à consensu ab ipso præstito sejungere poterimus? Procedit enim ista regula brocardica solummodò in his, ubi persona loquentis, & sermo ab eodem prolatus, separatim considerari potest, *ut disertè tradidit Pistorius d. quæstion. 48. num. 30.* Hancque nostram hactenus defensam sententiam tum quoque obtinere 204 putamus; cum dominus oppignorationi feudi consensit, adjectâ clausulâ, *salvo jure meo.* Isthæc etenim clausula intelligitur reservare omnia alia jura, præter ea, quæ dominus consentiendo in alium transferri patitur. Siquidem alias reservatio illa consensui esset contraria, & veluti quædam protestatio contraria facto, quæ non relevat protestantem, *argument. l. si quis extraneus. 21. in princ. ff. de acquir. vel omitt. heredit. c. felicitudinem. 54. de appellat. c. cum M. Ferrariensis. 9. ibique glos. super verb. sine prajudicio. de constitut. c. olim causam. 20. & ibi glos. in verb. protestatus. de censibus.* Sed vide fusissimè hæc explicantem Hartmannum Pistoris. *d. quæst. 48 n. 32. cum sequentibus.* & Fachineum *d. lib. 7. controvers. jur. cap. 56. circa finem.*

Porrò & illud hic addendum censeo: quod con- 205 sensus à domino feudi oppignorationi, à vasallo factæ, præstitus etiam ad usuras, sive ad id, quod interest (frustrà reclamantibus Matthæo de Afflict. *in c. imperialem. in 11. notab. quæst. 8. num. 23. de prohib. feud. alienat. per Fridr.* & Marino Freccia *lib. 2. de auctorit. & potest.* [illegible] *aronu erga subfeudatarium quæst. 20*) meritò extendatur, *argument. l. quaro. 54. in princ. ff. locat.* ubi fidejussor (cujus obligatio strictè acci- 206 pienda est) in omnem causam conductionis obligatus, tardius illatarum per moram coloni pensionum usuras præstare cogitur. Sicut igitur obligatio fidejussoris ad usuras extenditur: ita & consensus domini: quoniam dum dominus in oppignorationem feudi consentit: in omnem causam consentire dicitur. *Nec movet*, quòd ab adversariis negatur, dominum consentire in omnem causam, dum consentit oppignorationi feudi. *Id enim* concedi poterit, si adjecta certæ quantitatis taxatione consentiat; putà consentio, ut feudum oppignoretur à vasallo pro quantitate centum duntaxat aureorum. Cæterum si consentiat simpliciter, nec ad certam pecuniæ summam consensus restringatur; aliter erit respondendum, & dicendum, quòd hoc casu consensus non ad sortem tantùm pecuniæ debitæ, sed & ad usuras pertineat. *d. l. quaro. 54. in princ. ff. locat.* Neque 208 rectè replicatur, non porrigi consensum ad usuras, quæ ex morâ debitoris vasalli veniunt: cùm hujus culpa domino nocere non debeat. Nam mora debitoris vasalli non nocet domino per se & principaliter, sed in consequentiam contractûs pignoris, cui dominus ipse consensit. Usuræ siquidem veniunt tacitè,

citè,

citè, & in consequentiam contractûs bonæ fidei post
moram, ex officio judicis. *l. Lucius Titius. 24. ff. de-
posit. dict. l. quæro. 54. in princ. ff. locati.* Quare do-
minus consentiens pignori, qui contractus bonæ
fidei est. *§. actionum autem. 28. infr. de actionibus*, vi-
detur consentire in omnem causam, quæ ex eo con-
tractu nasci potuit, *argument. l. si quis pro eo. 56. §. si
nummos. ff. de fidejussoribus.* Et ita hanc sententiam,
*post Ioachimum Camerarium in d. c. Imperialem. de
prohib. feudi alienat. per Frid. & Hartmannum Pistoris
lib. 2. parte posteriori, quæst. 49.* defendit Fachineus *d.
lib. 7. controvers. jur. cap. 57.*
209 Sanè debitoris bona vel generaliter, vel speciali-
ter, pignori aut hypothecæ supponi solent. *l. 1. in pr.
l. obligationis. 6. l. Paulus. 29. in pr. ff. de pign. & hypoth.
l. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. l. 1. & l. no-
210 men. 4. C. quæ res pign. obligari poss.* Generaliter:
cùm sine ulla rerum notatione omnia bona, præsen-
tia & futura, obligantur: puta si dicatur; obligo
tibi omnia mea bona: vel tantùm, omnia bona. *l.
ult. C. quæ res pign. oblig. poss. ubi vide Donellum, eum-
que livido dente arrodentem Schifordegherum lib. 3. tr.
12. quæst. 2.* Ea tamen, quæ ab herede obligantis
quæsita sunt, generali pignoris seu hypothecæ obli-
gatione non continentur. *d. l. Paulus. 29. in pr. ff. de
pign. & hypoth.* ut nec ea, quæ verisimiliter quis non
fuisset obligaturus: cujusmodi sunt, supellex, ve-
stis, servi aratores, boves aratorii, cæteræque res,
quæ ad usum debitoris perquam necessariæ sunt; vel
ad affectionem ejus pertinent; qualis est concubina,
alumni, &c. *d. l. obligatione. 6. cum duabus seqq. ff.
eodem tit. d. l. 1. l. executores. 7. & l. seq. Cod. quæ res
pign. oblig. poss. Mudæus ad tit. de pignoribus & hypo-
thec. 6. quæ res obligata intelligantur. num. 6. & seqq.*
211 Specialiter bona debitoris pignori vel hypothecæ
obligantur, cum ipsa conventio in certam rem unam
vel plures confertur, *dicta l. 1. in princ. l. & quæ non-
212 dum. 15. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec.* Et hæc spe-
cialis conventio etiam complectitur ea, quæ per
consequentiam accedunt. Cujus generis sunt: si
quid fundo obligato per alluvionem accesserit. *l. si
fundus. 16. in princ. ff. d. titul.* si cum nuda proprie-
tas pignori data fuerit, ususfructus accreverit. *l. si
convenerit. 18. §. 1. ff. de pignorat. action.* item partus
ancillarum, fœtus pecorum, & fructus prædiorum
obligatorum. *l. fidejussor. 26. §. ult. dict l. Paulus. 29.
§. 1. ff. de pignoribus & hypothec. l. 1. C. de partu pigno-
rus. l. quamvis fructus. 3. C. in quibus caus. pign. vel hy-
poth. tacit. contrahit.* Sed & ædificium areæ obligatæ
impositum, pignori sive hypothecæ tenetur, *d. l. si
fundus. 16. §. si res. & l. ult. ff. de pignorib. & hypothec. l.
domo. 21. ff. de pignorat. act. latè Donell. in tractat. de pi-
gnorib. cap. 7. pagin. mihi* 118. *D. Bocer. Class. 2. Disput.
12. thes. 30. ad liter. C. edit. 2.*
213 In pignoris vel hypothecæ constitutione non-
nunquam etiam pacta interponuntur: quæ si justa
fuerint, servanda sunt; sin injusta, reprobanda. Est
autem inter cætera justum pignoris pactum, si con-
venerit, ut donec pecunia solvatur, pignore credi-
tor utatur fruatur, in modum legitimarum usurarum 214
*l. 1. §. pacto. 3. l. si is. 11. §. 1. ibi, donec illi pecunia sol-
vatur. ff. de pignoribus & hypothec. l. Gajus Sejus. 39 ff.
de pignorat. action. l. legata. 9. §. ult. ff. de supellect. le-
gat. l. si ea pactione. 14. & l. si ea lege. 17. C. de usur.*
Quæ pignoris species ἀντίχρησις appellitatur *l. si pe-
cuniam. 33. ff. de pignorat act. d. l. si is, qui. 11. §. 1. ff. de
pignoribus & hypothec. Petrus à Vuell. in tract. de usur
ad l. 19. ff. de usur. Rittershus. lib. 3. differentiar. jur. ci-
vilis. & can. cap. 7. pag. 278. Bachovius lib. 1. de pigno-
rib. & hypoth. cap. 14. pag. 60.* At quid statuendum, si
usus ille, sive perceptio fructuum legitimum usura-
rum modum excesserit: num pactio aut conventio
hæc valebit? Si fructus percipiuntur, ut usuræ: nul-
là ratione fieri potest, ut terminos legitimarum usu-
rarum egrediantur. Si verò percipiuntur loco usu-
rarum, & tanquam fructus, & quidem incerti, sive
eventus spectetur, sive eorum æstimatio: conven-
tionem isthanc ratam esse, non ineptè quis dixerit.
d. l. si ea lege. 17. C. de usur. Etenim si minus, & in-
terdum etiam nihil fructuum creditor percipiat, id
quod fieri potest: eo tamen contentus esse debet:
atque ideo eventus & æstimationis fructuum incer-
titudo tale pactum ab iniquitate usuraria liberat. Si- 215
cut & pleraque alia propter incertum fructuum pre-
cium & eventum permittuntur: quale illud est,
quod frumenti, hordei, vel olei mutuò dati acces-
siones etiam ex nudo pacto præstandæ sunt; quæ in
pecunia non nisi ex stipulatione debentur. *l. frumen-
ti. 12. ibique Gothofred. & l. oleo. 23. juncta l. 3. C. de
usur. Cujac. lib. 8. observ. cap. 17. Mynsinger. cent. 6.
observ. 71. Borcholt. in Commentar. de usur. cap. 6. n 5.
Bronchorst. cent. 1.* ἐναντιοφανῶν. *assert. 96. edit. 1.
Arumæus Exercit. Instin. 12. thes. 19. & Treutler. di-
sputat. 1. thes. 6. ad lit. b. vol. 2. ibique Hunn. in reso-
lut. quæst. 38. pag. 19. & seqq.* Eaque de re consuli
quoque poterunt, diversimodè sentientes, *Carolus
Molineus in tract. commercior. & usurar. quæst. 35. n.
259. & seq. Francisc. Balduin. in tract. de pignoribus
& hypothec. cap. 16. Alciat. lib. 2. Disput. cap. 3. Andr.
Gail. lib. 2. observat. 3. Hotoman. lib. 1. observat. c. 4.
& ad tit. in quibus caus. pignus, &c. Robertus. libr. 1.
recepta jur. civil. lectionis. cap. 14. Hackelman. Dispu-
tat. 12. th 2. Anton. Faber. part. 1. de erroribus prag-
matic. decad. 9 error. 5. cum seqq. Herman. Meyrer. in
tractat. de præferedis creditor. lib. 1. c. 8. Knipschildt. d.
exercit. Acad. 5. q. 16. pag. 196. Francisc. Merlinus decis.
Lucens. 33. & Schickard. disp. 12. ad Instit. in corollario.*
Cæterùm injustum, ac propterea minimè servan- 216
dum pignoris hypothecævè pactum est: cum credi-
tor pecuniam credit eâ lege; ut, si pecunia ad cer-
tum diem soluta non fuerit, pignus, quod eo nomine
obligatum est, creditoris fiat. *l. ult. Codic. de pactu pi-
gnorum, &c.* Quâ lege Constantinus Imp. da-
mnat pacta, propter fragilẽ debitoris captionem, &
avari creditoris asperitatem inita. Solent enim credi-
tores avaritia exardescentes, mutuò dare pecuniam
nemini, nisi sub lege pignorum commissoria:

cui facilimè debitores, necessitate pecuniæ accipiendæ constricti, se submittunt: tum propter spem rebus suis consulendi: tum propter extremam, quâ premuntur, egestatem atque necessitatem. *Molin. d. tractat. commercior. & usurar. quæst. 52. num. 364. Neguzant. in tract. de pignoribus & hypothec. part. 4. principal. num. 1. Brenchorst. centur. 1. miscellan. controvers. assert. 77. Bonacina in tract. de contractibus & restit. Disputat. 3. quæst. 3. punct. 8. pag. 466.*
217 Pactum autem istud vocari solet lex commissoria. *d. l. ult. C. de pactis pignor. & de lege commissor. &c. & tit. 27. lib. 2. feudor.* hocque proprium habet, ut pignora cadant in commissum, debito ad diem præfinitum non soluto: & dicitur lex commissoria ad similitudinem commissorum emphyteuticorum, vel publicanorum, quorum meminit *l. 2. C. de jur. emphyt. l. commissa. 14. ff. de publican. & vectigalib. Donell. in tract. de pignoribus cap. 13. pag. mihi 154. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. c. 2. num. 8. Bachov. d. lib. 1. de pignorib. & hypoth. cap. 15. pag. 64. & seqq.*

218 Nec assertioni isti, quâ statuitur, legem, id est, pactionem commissoriam in pignoribus esse reprobatam, obstat *l. si fundus. 16. §. ult. ff. de pignoribus & hypothec. & l. 1. C. de pactis pignorum, &c.* ubi valet pactum inter debitorem & creditorem initum: ut, nisi ad conventum tempus debitor creditori solvat debitum, res oppignorata ei pro debito cedat. *Nam* tum demum subsistit illa pactio, ut res pro debito oppignorata cedat creditori, si justo precio æstimata fuerit. Hoc quippe casu conditionalis quædam pignoris venditio inter debitorem & creditorem contrahitur. *d. l. si fundus. 16. in fin. ff. de pignor. & hypothec.* resque tunc æstimatur à judice, aut alio viro bono: neque debitor aut creditor inde læditur. *Ita tenent Bartol. in l. ult. C. de pact. pignor. Alexand. consil. 178. num. 9. lib. 7. Afflict. decis. 368. num. 1. in fin. Menochius remed. 5. adipiscend. possess. quæst. 8. num. 44. aliique complures, ab eo citati.*

219 Pari ratione non repugnat *l. fin. in princ. ff. de contrahend. empt.* ubi sustinetur pactum commissorium in pignore, interpositum inter debitorem & fidejussorem, qui pro eo fidem suam astrinxit. *Illic* namque non respondetur, quòd ipsa prædia sint fidejussori pro debito empta, adeoque legi sive pactioni commissoriæ locus relinquatur: sed simpliciter dicitur quòd sint empta: & sic intelligitur, justo precio empta esse. Quoties enim dicitur simpliciter, quod res sit empta, nisi debitum in termino præfixo sit solutum, non intelligitur pro ipso debito, sed pro justo precio, à judice, vel bonis viris æstimando, *arg. d. l. si fundus. 16. §. ult. ibique Bartol. ff. de pignoribus & hypothec. Hostiens. Imola, Ioan. Andr. Panormitan. & alii in c. significante. 7. ext. de pignoribus. Neguzant. d. tractat. de pignoribus & hypothec. part. 4. princ. num. 6. Bertrand. consil. 98 incip. puto. col. fin. libr. 4.* Atque id copiosius explicant Molineus *d. tractat. commercior. & usurar. quæst. 52. num. 357.* & Didacus Covarruv. *d. lib. 3. var. resolut. c. 2. num. 7. & 8.*

Similiter non adversatur *l. ult. Cod. de distract. pignor.* ubi rescribitur, validum esse pactum inter creditorem & debitorem initum: ut, si ex venditione pignoris plus percipiat creditor, quàm ei debebatur, hoc cedat lucro creditoris: quod videtur sapere naturam pacti seu legis commissoriæ; eò quod pignus acquiritur creditori pro debito, licèt pignus valeat pluris, quàm debitum. Non, *inquam*, adversatur. Quia justa est conventio, si convenerit; ut, quod ex pignoris venditione redegerit creditor, id omne sibi habeat, propter incertum eventum venditionis: sicut è contrario, ut si vel minimum redegerit, eo sit contentus in crediti vicem. *l. à Divo Pio. 15. §. si pignora. 3. ff. de re judicat.* At non ita lex sive pactio commissoria in pignoribus admittitur. *tot. tit. Cod. de pactis pignor. & de lege commissor. in pign. rescind. Gothofred. ad d. l. ult. C. de distract. pignor. Bronchorst. d. centur. 1. miscellanear. controvers. assert. 77. in fine.* Cur autem in pignoribus, & non item in emptionibus, pactio commissoria improbetur, explicuimus *in §. emptio. 4. infrà, de empt. & vendit. n. 6. & seq.* 220

Dubitatur & controvertitur inter Doctores: an talis pactio commissoria valeat, si non à principio, scilicet quando contractus celebratur, sed ex intervallo, post pignus datum, adjiciatur? Et valere censent *Bartolus in l. quamvis. 45. ff. de solutionibus & in l. Titius. 34. ff. de pignorat. action. Guido Papa decis. 6. num. 2. Abbas Panormitan. in cap. significante. 7. de pignoribus num. 6. Neguzant. d. part. 4. num. 6. Mozzius in tract. de pignoribus & hypothec. c. de accidentalib. pignoris. num. 12. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 5. pag. 1081. cum seq. & alii plerique.* Verùm contrarium ego veritati magis esse consentaneum, omnino existimo, cum recentioribus quibusdam magnæ auctoritatis Jureconsultis, *Carolo Molineo, in aliquoties allegato tractat. commercior. & usur. q. 52. num. 363. Antonio Fabro part. 1. de erroribus pragmat. decad. 21. error. 2. Mudao in tract. de pignoribus c. de pacto legis commissor. num. 20. cum seqq. Lecter. Class. 12. Disputat. 2. thes. 35. lit. B. edit. 2. Hackelmanno. Disputat. quæstion. illustr. 12. thes. 3. ad lit. A. Plebstio. Disputat. 2. de jure topico Würtemberg. thes. 112. lit. B. edit. 1. Bachovio. d. lib. 1. de pignoribus & hypoth. c. 16. num. 4. pag. 75. & aliis.* Hæcq; sententia sufficienter probatur argumento *dict. l. quamvis. 45. ff. de solutionib. & d. l. ult. Cod. de pactis pignor. &c.* qui textus generaliter & indistinctè loquuntur. Ergo nec nobis distinguendum erit. *l. de precio. 8 ff. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter. 1. ff. de legat. præstand.* 221 222

Nec huic contradicit Marcellus *in d. l. Titius. 34. ff. de pignorat. act.* ubi respondit, valere pactum inter debitorem & creditorem interpositum, quo convenit, ut fundum certo precio emptum habeat creditor, qui alioqui ob non solutam sua die pecuniam distrahere pignus posset. *Non* enim Jurisconsultus loquitur de lege commissoria in pignore ex intervallo adjecta, nec de casuali aut conditionali pignoris 223

tis venditione: sed de purâ datione in solutum, aut venditione tunc factâ, cum jam in solvendo moram debitor contraxerat. Quæ species longè differt à nostrâ. Nemo siquidem negavit unquam, valere conventionem, si pro debito putè vendatur res, quæ antea obligata tantum erat *l. rescriptum. 12. ff. de distract. pignor. l. in numerationibus. 44. ff. de solutionibus l. cum dominam. 13. C. de pignorib. & hypothec.* latè & accuratè *Anton. Fab. & Melmeus locis proximè designatis.*
224 Et sanè adeò ista pactio commissoria non subsistit, ut ne juramento quidem confirmari possit. *l. non dubium. 5. C. de legibus d. c. significante.*
225 *7. ibique Panormitan. ext. de pignoribus.* Quoniam juramentum non debet esse vinculum iniquitatis, atque bonis moribus contrarium. *cap. 1. de jurejur. in 6. non est obligatorum. 58. de regul. jur. in 6. l. non erit. 5. §. sed si quis ff. de jurejur. Mezzius d. tract. de pignoribus & hypothec. cap. de accidentalibus pignor. n. 9. Treutler. Disputat. 1. thes. 6. sub lit. d. volum. 2. & ibi in suis resolut. Hunnius quæst. 44. pag. 69. cum seq. Anton. Faber. d. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 21. error. 8. Schifordegnerus libr. 3. tract. 13. quæst. 3. & Antonius Merenda lib. 1. controvers. jur. cap. 3. n. 4. & seqq.* Quamvis contrarium, *post alios*, teneat Fachineus *libr. 10. controversiar. jur. cap. 73. & Gutierez. de juram. p. 1. c. 33. num. 3. & seq.* Rittershusius *d. lib 6. 3. different. jur. civ. & Can. cap.* 4. itemque novissimè Bachovius *d. lib. 1. de pignoribus & hypothec. 16. num. 1. 2 & 3. p. 72. & seqq.*
226 Vocatur & hoc in controversiam: nunquid creditor ex pacto (quo placuit, cum non reddita sibi pecunia, rei oppignoratæ possessionem propriâ ac privata auctoritate occupare posse) & secundum conventionis legem ingredi possessionem queat? Sanè si creditor ista conventione, volente debitore, possessionem ingrediatur: vim facere non existimatur, *arg. l. pignoris caus. 11. C de pignoratit. act.* At si, repugnante debitore, ingrediatur: vim facere censetur, & simul crediti jus amittit ex decreto Divi Marci. *l extat. 13 ff. quod met. caus. l. in possessionem. 5. C. ad leg. Iul. de vi publie.* Idem quoque constitutum reperitur jure renovato Würtembergico, *part. 2. tit. 7.* Von vnderpfanden. §. Was für Pacten vnnd Geding in vnderpfanden statt haben. *vers.* Gleicherweiß / *&c. fol. 259.*
227 Cui sententiæ non refragatur textus *in l. creditores. 3. C. de pignoribus & hypothec.* ubi Impp. Severus & Antoninus rescripserunt: creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim facere non videri. *Nam* hactenus dicuntur creditores hoc rescripto vim non facere, si duntaxat suâ auctoritate possessionem ingrediantur, cùm id à debitore nominatim non impetrassent; non etiam, si vim corpori debitoris intulerint, *ut commodè explicat illic* Donellus *n. 4.* Proindeq; *istam. l. 3.* de durante voluntate debitoris permittentis creditori rem auferre & occupare, accipiendam esse, benè censet Bachovius *in tract. de actionib. disputat. 3. ad thes. 28. pag. 114. vers. disputari hic posset. &c. item in not. ad Treutler. vol. 1. pag.* 418.

Sic non obstat; quod ab initio debitori placuit, id & invito eo fieri posse. *§. 1. supr. quib. alienare licet, vel non. l. de accessionib. 14. in fin. ff. de divers. temporalib. præscript. c. quod semel. 21. de reg. jur. in 6. l. 1. ff. de pact. l. 1 ff. de constit. pecun. l. verò procuratori. 12. §. alia causa. 3. ff. de solutionib.* item, dominum pati injuriam non videri, qui semel voluit. *l. in diem. 8. §. 1. ff. de aqua, & aquæ pluv. arcend.* Etenim prius rectè dicitur de eo, quod jure placuit: certè quod ita placuit, postea revocari non potest. Ast in conventionibus injustis hoc evenit, ut non mutatione voluntatis debitorum rescindantur; sed sua sponte ab initio nullius momenti judicentur. 228 Quod autem dicitur, invitum injuriam non pati, qui semel voluit: hactenus verum est, si proponatur res tantùm gesta esse invito eo, qui voluit, ut fic *in d. l. in diem. 8. §. 1. ff. d. tit.* Non idem statuendum est, si vis ei inferatur; quam bonæ leges omnes, ut bonis moribus, & publicæ utilitati inimicam, aversantur. *l. nihil consensui. 116. ff. de reg. jur. d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. si quis in tantam. 7. l. penult. & ult. C. unde vi.* 229

Similiter non resistit *l. cùm creditor. 55. ff. de furt.* 230 ubi Ulpianus ait: creditorem, si rem sibi pignoratam auferat, contrectare seu furtum facere non videri. *Nam* furtum quidem non facit; quia dolo malo non contrectat rem, ad jus suum pertinentem: sed nihilominus vim facit. Itaque hac pœnâ tenetur, ut crediti jus amittat: non tenetur pœnâ furti, ut duplum præstet, aut quadruplum. *Donell. ad d. l. creditores. 3. C. de pignorib. & hypothec. n. 2.* Nec huic solutioni quicquam detrahit, quod idem Ulpians *in l. qui vas argenteum. 48. in princ. ff. de furt.* respondit: ei, qui furi vas argenteum furtivum abstulerat, adversus furem actionem in duplum concedi: nec eum jure suo privari; adeoque impunè sibi ipsi jus dicere. *Primò* enim respondetur: auferre eo in loco non significare per vim auferre, & propriâ auctoritate recuperare; sed remediis legitimis, ac jure ad hoc proditis, recipere. *Cujac. in d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. &c.* Deinde non ineptè dici poterit: legem *istam. 48. ff. de furt.* accipiendam esse de fure, qui cum vase, quod abstulerat, aufugerit. Quem persequi, eidem rem ablatam extorquere, idcirco jura permittunt: quia melius sit occurrere in tempore, quàm post factum vindicare: quòd ferum sit, punire judicio, cum nulla amplius ultione aut remedio res salva præstari possit. *l. unic. C. quando lic. unicuique sine jud. se vind.* Quam eandem ob causam permissum est, debitorem cum re aufugientem sistere, eique debitum vi extorquere. *l. ait prætor. 10. §. si debitorem. 16. ff. quæ in fraud. creditor. facta sunt, ut restit.*

Præterea non adversatur *l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad l. Aqu.* 231 ubi permittitur domino propria auctoritate, etiam judice non adito, quod in suo ædificatum est, tollere vel destruere. *Quod* enim traditur, non licere suum sine judice ab alio auferre: intelligendum

gendnm est de eo, qui non possidet. Alioqui si quis rem possideret, & in eâ aliquid fierer: posset propria auctoritate, quod in suo positum vel factum est, destruere, aut rem occupare. *l. si in area. 33. ff. de cend. indeb. Costal. ad d. l. ext. 13. ff. quod met. caus. eumq; referens Brenchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 39. ed. 1. & explicuimus ad princ. 1. infr. de act. num. 37.* Adde, quod is, qui destruit, quod in suo factum aut ædificatum est, propterea jure id facit: quia non alienum sed suum destruir. Namque ædificium alieno solo cedit: ac proinde dominus soli illud, utpote suum destruere & amoliri potest. *§. ex diverso. 30. supr. de rer div. & acq. ipsar. domin.*

232 Non item movet *l. 1. § 2. ff quod legator.* ubi legatarius, qui propria auctoritate, sive voluntate heredis, legatum occupavit, tenetur quidem interdicto. Quod legatorum, ut heredi possessionem rei legatæ reddat, quo is Falcidiam detrahat: sed tamen legatum non amittit. *Ideò namque* non amittit legatum: quia id occupavit, antequam possessio legati per heredem apprehensa esset. Siquidem quamdiu heres non apprehendit rerum hereditariarum possessionem: censetur adhuc possessio vacare, & apud nullum existere. *l. 1. §. Scævola. 15. ff. si quis testam. lib. esse jussus erit, &c.* Unde si legatarius post aditam hereditatem, & apprehensam possessionem rei legatæ, legatum occupet, aut subtrahat, legatum perdit, *l. non est dubium. 5. C. de legat. ibique gloss. Odofred. Cyn. Iacob. Butrig. Bartol. Alberic. Bald. Angel. Salicet. Alexand. Iason & Dd. communiter. latè Gomez. tom. 1. var. resol. c. 12. de legat. num. 10.* Plura, nostræ sententiæ quæ contrariari videntur, eleganter refellunt Donellus & Giphan. *ad d. l. 3. C. de pignor. & hypoth. n. 6.* eosque secutus Paulus Beiens *Disp. 9. ad Inst. them. 4. quæst. 3.* Et eadem de re fusissimè dissertat Negusantius *in tr. de pign. & hypoth. part. 4. principal. num. 8. & mult. seqq.* Videantur quoque Hunnius *in resolut. disput. Treutler. 11. quæst. 42. volum. 1. pag. 784. cum seqq. item volum. poster. disput. 13. th. 7. pag. 119. cum seqq.* Wurmbs. *lib. 1. obs. tit. 30. obs. 3.* Joan. Jacob. Plebst. *in Disput. nov-antiquis. disput. 2. th. 89.* Bronchorst. *cent. 1. miscellan. controvers. assert. 78.* Knipschildt *d. exercit. Acad. 5. q. 14. pag. 144.* D. Besoltus *in delibatis jur. ex libr. 20. ff. quæst. 6. pag. 45.* & D. Martinus Rümelin. *part. Pandectar. disput. 10. th. 19. & aliquot seqq. itemque exercitat. 17. ad Institut. th. 14. sub lit. b. pag. 160.*

De pignoris & hypothecæ constitutione diximus hactenus, reliquum est, ut de ejusdem effectu breviter dispiciamus. Is a. vel in actione, quâ rem pignori datam persequimur; vel in jure distrahendi, præ-
234 cipuè consistit. Actio, quæ competit, Serviana dicitur, & quasi Serviana; à Prætore Servio, qui primum eam edicto suo proposuit, sic appellata. *§. item Serviana. 7. ibique Heigius num. 5. & Mynss. n. 10. infr. de act. Donell. in tr. de pignor. c. 11.* Serviana, est actio in rem prætoria, quâ creditor de rebus coloni, quæ pignoris jure ei pro mercedibus fundi tenentur, experitur. *d. §. item Serviana. 7. ubi gl. in verb. coloni. Schneide. n. 21. & ege n. 1. juncto §. sed ista. 3. infr. de act.*
Quasi Serviana, est actio in rem, qua creditor res, si- 235
bi pignori tacitè vel expressè obligatas non tantum inquilini, sed etiam quasvis alterius debitoris, persequitur. Quæ quasi Serviana, quia ad exemplum ejus introducta, interdum simpliciter Serviana. *l. 3. in princ. l. vel qua. 7. l. si debitor. 10. l. si ab eo. 18. & l. si inter. 21. §. 1. ff. de pignor. & hypothec.* interdum utilis Serviana. *l. aliquando. 13. ff. 1. ff. ad senatusconsult. Vellejan. l. 1. C. communia de legat.* nonnunquam actio hypothecaria. *d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. §. sed olim. 2. vers. nostra autem constitutio. supr. de legat. d. l. 1. C. commun. de legat.* quandoque abusivè pignoratitia dicitur. *l. si Titio. 22. ff. de pignorib. & hypothec. l. communi. 7. §. inter. 12. ff. commun. divid. l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act. l. 3. §. est autem ff. ad exhibend. l. duob. 19. & l. penult. in fin ff. de except. rei judi-
cat. Donell. d. cap. 11. pag. 141.* Cæterum creditorem 236
Serviana, vel quasi Serviana, adversus extraneum possessorem, principali debitore nondum actione personali convento & excusso, experiri non posse, tralatitium est. *Novell. 4. cap. 2. ubi Cujac. Auth. sed hodie. C. de obligat. & actionib. Auth. hoc si debitor. C de pignorib. & hypothec. D. Collega Bocer. class. 2. disput. 12. thes. 73. edit. 2.* Si tamen possessor sit unus de heredibus debitoris vel fidejussoris: eum rectè convenire Serviana, vel quasi Servianâ, etiam antequam personalis actio intentata fuerit, tradunt Glossa & Bartolus *in l. muliere 19. ff. qui potior. in pignore, vel hypothec. habeant.* eosque referens Negusantius *in tractat. de pignorib. & hypothec. part. 8. membr. 1. n. 16.* Porrò an & quatenus actio pignoratitia sit personalis, vel realis; an item actione pignorum possit adversus tertium possessorem agi, non obstante exceptione excussionis debitoris; accuratiùs, *post alios à se relatos,* explicat Valentinus Riemer. *decad. 13. quæst. illustr. 5. & 6.*

Cessante in solutione debitore, creditorem (sive 237
de distrahendo pignore nominatim convenerit, sive non) distrahendi pignus, sibique de precio satisfaciendi potestatem habere, clarissimi juris est. *l. si convenit. 4. ff. de pignerat. act. l. si cessante. 7. l. qua specialiter. 9. l. si in hoc. 14. Cod. de distract. pignor. & l. 1. C. de pact. pignor.* Quid verò dicendum, si de non distrahendo pignore convenerit: an propterea creditor illud distrahere nunquam poterit? Statim quidem vendere non potest: sed tamen post trinam denunciationem, non uno die, sed interposito 10. dierum intervallo, *arg. l. promissor. 21. § 1. in fin. ff. de constit. pecun. l. ad peremptorium. 68. & l seq. ff. de judic.* testatò factam, *l. creditor. 4. C. de distract. pignor.* pignoris à debitore interim non redempti venditione creditorem uti posse. *d. l. si convenit. 4. ff. de pignerat. act. l. deberib. 18. Cod. de administrat. tutor. vel curator.* non expectata biennii metâ, probabilius est, *d. l. 4. ff. de pignerat. act. d. l. si cessante. 7. C. de distract. pignor. Donell. in tractat. de de pignorib. cap. 12. Brenchorst. cent. 1.*

ἐναντιο-

ενωπιοφαvῶν. assert. 98. edit. 1. D. Bocer. class. 2. Disp. 12. thes. 77. lit. c. Hackelman. disp. 12. quaestion. illustr. thes. 13. Arumaeus Exercitat. Iustin. 12. thes. ult. Tametsi Doctores communiter reclament, *Accurs. Bartolus, & alii in d. l. 4. ff. de pignerat. act. Alexand. Iason, & caeteri in l. debitorib. 31. ff. de re judicat. Schneidewein. & reliqui Interpp. plerique in §. contra autem creditor. supr. quib. alien. lic. vel non. Negusant. d. tractat. de pignorib. & hypothec. part. 6. membr. 1. num. 4. Wesenbec. in Paratitl. ff. de distract. pign. n. 4. Colerus de processib. execut. part 3. cap. 9. num. 99. Hartman. Pistoris lib. 3. quaest. 18. num. 9. & seqq. Soarez in thesaur. recept. sent. lit. P. num. 116. Forster. junior. lib. 2. Disput. 11. thes. 6. & 7. itemque Andreas Gerhard. decad. 13. quaest. 5. & Althusius lib. 1. Dicaeolog. c. 71. n. 19. & seq. pag. 244.*

238 Quorum opinationem haud juvat textus *in l. ult. C. de jure domin. impetrand.* ubi decidi per Justinianum autumant, non ante biennium, postquam debitori facta est venditionis denunciatio, distrahi pignus posse, ubi de distrahendo nihil convenit. *Etenim* constitutio ista non de pignoris distractione, sed dominii impetratione diserte agit. Et certe ad quid tandem creditor rem pignoris jure possidebit, si tam longum tempus expectare jubeatur? Quid, si debitor nō solvendo sit; anne idcirco jus suum ante biennium creditor non consequetur? Sententia profectò dura, & cùm ex correctione legum aequissimarum pendeat, omnino non admittenda. Neque enim

239 unquam creditur Imperator velle jus verus, multis vigiliis excogitatum, corrigere; nisi specialiter & nominatim expresserit. *l. si quando. 35. in princ. Cod. de inoffic. testament. l. praecipimus. 32. in fin. C. de appellationib.* Praedicta itaque Justiniani constitutio ad eos duntaxat pertinet, qui jus dominii impetrare volunt in pignore: ut sit illius sensus; eos, qui dominii jus impetrare volunt, non ante biennium impetrare posse: biennio autem exacto, non statim id posse facere; sed prius rem venum exponere, & distrahere debere, si licebit: sin minus, tum deinde impetrare à Principe, ut res sive pignus jure dominii possideatur. Et hujus sententiae hoc evidens est argumentum: quòd Imperator initio ejus constitutionis profiteatur, se formam in dominii jure impetrando, & proscriptione publicâ, quae olim fieri in eâ re consuevisse, immutare velle. Unde non efficitur, idem esse observandum eo in casu, quando quis non dominii jus impetrare, sed solùm pignus distrahere vellet. Idque explicatius prosequitur acutissimus Donellus *d. tract. de pignorib. cap. 12. pag. 147. &* Connan. *lib. 4. Commentar. jur. civ. c. 18. n. 6 & 7.* Vide eâ de re noviter aliter sentientem & disputantem Valentinum Riemerum *decad. 9. quaestion. illustr. 10.* item Frantzkium *exercitat. jurid 9. quaest. 10. pag. 288.*

240 Quia porrò non tarò usu venit, ut pluribus creditoribus res eadem obligetur: disceptatio de jure praelationis (quod competit ob privilegium quoddam, vel temporis, vel personae, vel ter sive causae) existere

241 solet. Ob temporis privilegium quis praeferatur, ita hac regula dilucide indicatur: Qui prior est tempore, potior est jure sive in pignore *l. interdum. 5. cum seqq. l. si pignus. 8. l. si & jure. 10. l. potior. 11. in pr. ff. qui potior. in pig. vel hypoth. hab. l. 1. l. 2. in fin. l. si fundum. 4. l. si generaliter. 6. l. diversis 8. cum l. seq. C. eod. l. quotiens. 98. ff. de reg. jur. c. qui prior. 54. de reg. jur. in 6. ibique latè Decius.* Unde vulgò talis circumfertur versiculus:

Tempore qui prior est, is quoque jure prior.

Tempus autem, ex quo prioritas hic aestimatur, non dicimus annum, non mensem, quin nec diem, sed potius pene & momentum: ut qui quanrocunq; tempore prior sit, etiam potior sit jure, quoad omnes effectus, *per notata Baldi in l. de reb. 13. n. 4. C. de donat. ant. nupt. Decii cons. 689. in c. visi puncto. n. 2. & seqq. Gailii lib. 2. observ. 25. n. 3, eosq. referentis Bachovii in tr. de pignor. & hypoth. lib. 4. c. 1. n. 4. p. 290.* Aequitas 242 istius regulae in eo consistit: quia jus pignoris semel creditori quaesitum, facto debitoris deterius fieri nequit. *l. debitorem. 15. C. de pignori. & hypothec. D. Obrech. disp. 15. thes. 417.* Eademque regula locum habet in pignore tam judiciali. *l si & iure. 10. ff. qui potior. in pig. vel hypoth. habe.* quam praetorio. *l. 2. ubi Sichard. C. d. tit.* dummodo ex diversis causis titulisq; missio facta, & possessio prius occupata sit à priore, *arg. l. is, cui. 5. §. si plures. 2. & §. qui prior. 3. ff. ut in possess. legator. &c. Cujac. in parat. C. qui potior. in pignor. hab. & lib. 9. observat. c. 37. Matth. Berlich. part. 1. concl practic. 47. n. 2. aliquot seqq. ubi id largius explicat.* Nec 243 refert, an res generaliter, an verò specialiter obligata sit. Siquidem etiam generalis hypotheca anterior praefertur speciali posteriori. *l. 2. ff. qui potior. in pig. vel hypoth. hab. d. l. si generaliter. 6. C eod. Mudaeus ad tit. de pign. & hypoth. c. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. n. 84. Gail. lib. 2. obser. 25 n. 4. Meyrer. in tractat. de pigner. & hypoth. tit. 12. n. 2. Brenchorst. centur. 1. miscellan. controv. assert. 82. D. Besold. vol. 4 consil. 185. n. 34. & seqq. fol. 258.* Quia non minus generali oratione res sin- 244 gulae obligantur, quàm si de singulis specialiter convenisset. *Donell. in tract. de pignorib. c. 14. pagin. 157.* Genus quippe omnes sub se complecti species, in confesso est, *Arg. l. si chorus. 79. in princ. ff. de legat. 3.* Proinde jus pignoris priori per generalem obligationem acquisitum, facto debitoris specialiter quaedam postea obligantis, deterius fieri non potest. *l. si ignorante. 3. Cod. de remissione pignoris.* Sic è converso, qui priorem specialem hypothecam nactus est, eum, qui generalem, sed posteriorem habet, anrevertit: quoniam tempore prior est, *arg. d. l. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeantur. D. Obrecht. d. disp. 15. thes. 423. & seqq.* Illud satis hic observandum: quod prior 245 creditor, qui habet specialem hypothecam & ipsi annexam generalem, & vice versa, debeat prius excurrere specialem; & si ex speciali ipsi satisfieri non possit, demum recurrere ad generalem. *l. 2. ubi Sichardus & Giphanius Cedic de pig. & hypoth. Matthias Berlichius conclus. practicab. 46. numer. 80. part. 1. Grivell. decis. Senatus Dolani 77. fol. 218.* Eaq; de re, *post Anton.*

Anton. Fabrum lib. 6. conject. jur. cap. 13. & Hartmannum Pistor. lib. 3. quæst. 13. subtiliter & diligentet disserit Schifordegherus lib. 3. tractat. 12. quæst. 6. cum sequentib. & Bachovius in not. & animad. ad Treutler. vol. 2. disput. 24. th. 6. lit. E. vers. Sexta ampliatio. pag. 589. & seqq. Vide quoque Iohannem Baptistam Schwartzenthaler. in tractat. de pignorib. cap. 16. & Auctorem consilii Argentinens. 73. num. 6. volum 2. fol.
246 1291. Neque verò solùm privato creditor hypothecarius, qui tempore est prior, præfertur; sed & Reipublicæ. dict. l. si fundum. 4. Cod. qui potior. in pign. habeant. itemque fisco. l. si pignus. 8. & l. ultim. ff. dict. titul. l. 1. Codic. de privilegio fisci. Hugo Donell. d. cap. 14. pagin. 159. Dn. Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 87. edit. 2 Hermannus Meyrer. in tractat. de præferent. creditor. lib. 2. titul. 3. numer. 8. & sequentib. item titul. 4. numer. 3. Petr. Nicol. Mozz. in tractat. de contractib. tit. de pignor. & hypothec. colum. 4. de naturalib. pign. & hypoth. numer. 27. item num. 42. & seq. Bachovius dictis not. & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disp. 24. th. 6. lit. E. pag. 587. & seq. ubi regulæ præmissæ (quòd prior tempore, potior sit jure) septem ampliationes recenset. Idem Bachovius d. tract. de pignorib. & hypoth. lib. 4. cap. 4. & seqq. pag. 301. cum multis seqq. Adde quoque Hunnium in resolut. ad Treutler. d. volum. 2. disp. 24. q. 38. & seqq. pag. 597. & seqq. ubi de prælatione fisci fusiùs dissertat. An porrò inter creditores chirographarios servandus sit ordo, sicut fit inter hypothecarios, diligenter declarat Joannes Grivellus decis. Senatus Dolani 27. fol. 85. & seq.

247 Ob privilegium personale, impensæ funerum atq; exequiarum omne creditum præcedunt. l. & si quis. 14. §. 1. l. impensa. 45. ff. de religios. & sumptib. fun. l. quæsitum. 17. (quæ aliàs est l. 2. ff. de privileg. credit.) ff. de reb. auctorit. judic. possid. l. 1. §. de impensa. 19. ff. ad L. Falcid. l. ultim. §. in computatione. 9. Cod. de jure deliberand. Fürstlich Würtembergisch Ernewert Landrecht. part. 1. titul. 75. pag. 209. §. Wann der
248 Schuldner/rc. Illudque ita cautum est propter publicam utilitatem: ne cadavera sive corpora defunctorum insepulta jacerent. l. sunt personæ. 43. sub finem ff. de religios. & sumpt. fun. Iason. in l. 1. ff. solut. matrim. num. 8. ibique Bartol. num. 26. ff. solut. matrimon. Speculat. lib. 4. part. 3 titul. de sepult. §. unic. num. 13. & ibid. Ioan. Andr. in addit. lit. e. & f. Ioan. Garsias in tractat. de expens. & melioras cap. 8 num. 18. 25. & seq. Neguzant. tractat. de pignorib. & hypothec. part. 5. princip. membr. 2. numer. 28. Ioan. Köppen decis. 28. numer. 15. Ioan. Mich. Beuther. tractat. de jure prælat. part. 1. cap. 23. & part. 2. cap. 29. & novissimè Berlichius conclusione practicab. 44. de privileg. credit. & jure prælationis n. 23. part. 1.

249 Sed controversiâ non caret: an impensa funeris creditori, non tantùm hypothecam tacitam, sed etiam expressam anteriorem habenti, præferatur? Et impensam funeris creditori, expressam anteriorem habenti, non præferri scribunt Bald. Novell. in tract. de dote. part. 10. colum. 11. limitat. 9. Neguzant. d. part. 5. membr. 2. numer. 28. Consult. constitut. Saxon. tom. 1. part. 3. quæst. 7. numer. 40. Coler. decis. 200. numer. 2. & seq. part. 1. Treutler. volum. 2. disputat. 24. th. ultim. ibique in suis resolut. Hunnius quæst. ultim. pag. 619. & seq. Verùm contrarium qui defendunt, rectiùs sentire arbitror, per textum in d. l. impensa funeris. 45. ff. de religios. & sumpt. funer. ubi impensa funeris semper ex hereditate deducitur, & omne creditum solet præcedere, cùm bona solvendo non sint.
Verbum autem omne, maximè si verbum semper, vel 250
simile adjicitur, nihil excludit. l. si servitus. 23. ff. de servitutibus prædior. urbanor. l. à procuratore 13. C. mandati. can. si Romanorum. §. dicendo verò omnia.
distinct. 19. Deinde impensam funeris vincere do- 251
tem, constat ex l. impensa. 18. cum l. seq. & l. sunt personæ. 43. in fin. ff. de religios. & sumpt. funer. & docet, post Duarenum in l. 1. ff solut. matrimon. sub fin. Bachovius in not. & animadvers. ad Treutler. d. vol. 2. disput. 24. th. ultim. lit. B. vers. aut. in funus. pag. 612. & lit. G. vers. & qui in funus. pag. 626. & seq. item d. tract. de pignorib. & hypothec. lib. 4. cap 11 numer. 3. pagin. 327. & seq. Idemque tradit Surdus decis. 255. eumque referens Joan. Baptista Costa in tract. de remed. subsidiar remed. 83. numer. 2. fol. 145. Tametsi dissentiat Donellus in l. 7. & l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. hab. eumque laudans Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. poster. disput. 24 quæst. 47. p. 596. & seq. item quæst. 56. p. 619. Doterì verò vincere hypothecam expressam, etiam anteriorem, ostendetur infrà numer. 260. & seqq. Quare multò magis impensa funeris vincet hypothecam expressam anteriorem: quoniam (ut proverbium habet) si vinco vincentem te: multò magis vinco te jam devictum, argum. l. de accessionibus. 14. §. & si mihi. 3. ff. de divers. & temp. præscript. Præterea in d. l. & si quis. 14. 252
§. 1. ff. de religios. & sumpt. funer. Ulpianus ait: si colonus vel inquilinus mortuus sit, & desit, unde funeretur: ex invectis & illatis eum funerandum esse. At res coloni invectæ non priùs tenentur, quàm sint expresse obligatæ, l. eo jure. 4. in princ. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrah. l. certè iuris. 5. C. de locato. & fusiùs ostensum suprà num. 19. Jure insuper Saxonico & Württembergico dubium non est ullum, quin impensa funeris omnibus omnino creditoribus, etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus, præferatur, per constitutiones Augusti Elect. Saxon. part. 1. constit. 28 post princip junctо §. nach jetzberührten Sohn den / rc. Fürstlich Württemberg. Erneuert Landrecht. d. part. 1 titul. 75. §. Wann der Schuldner. juncto §. folgends sollen. pag. 209. & seq. Atque ita in terminis concludunt Ioan. Michael Beuther. d. tractat. de jure prælat. part. 2. cap. 9. post princip. vers. non ab expresse pignore. &c. D. Obrecht d. Disput. 15. thes. 476. cum seqq. Ioan. Garsias d. tract. de expens. & meliorationib. c. 8. num. 23. post princ. vers. quod verò attinet ad differentiam. num. 24. cum seqq. Meyrer. d. tractat.

tractat. de præferentiis creditor. lib. 2. tit. 2. numer. 6. & 11. item Berlichius d. conclus. practicab. 44 num. 25. & seqq. part. 2. & noviter. Otto Henricus Mylius in tract. de prælat. creditor. class. 4. Cæterum impensæ & sumptus funeris accipiuntur, quæcunque corporis causa, putà unguentorum, erogata sunt; & precium loci, ubi defunctus humatus est? & si qua vectigalia sunt, quæ in itinere præstantur, dum corpus ex uno loco in alium defertur: item sarcophagi, & vestiaria; & quæcunque corporis causa, antequàm sepeliatur, sunt consumpta. *l. funeris sumptus. 37. ibique Gothofred. ff. de religios. & sumpt. funer. Cujac. lib. 11. observat. 21. Garsias. d. c. 8. num. 1. 2. 15. & seq. Andreas Burchard. in differtat. de pignoribus & hypothec. post. 7. conclus. 2.*

254 Sanè vestes lugubres, putà fascias sericas, & pepla, quæ cognatis defunctorum, & aliis nonnullis, tam viris, quàm fœminis, funus comitantibus, de more dari solent, & illa, quæ in defunctorum convivia paranda coëmpta sunt, impensarum funebrium nomine contineri, & ante omnia exolvi debere, meritò negatur. *d. l. & si quis. 14. §. hac actio. 6. & d. funeris sumptus. 37. ff. de relig. & sumptibus funer. Garsias d. c. 8. num. 17. & seq. Berlichius d. conclus. 44. num. 29. & seqq.* Tametsi hodie multis in locis aliter observetur: & ejusce modi vestes, & alii sumptus, inter impensas funerum recenseantur: nec non modus in illis servandus, secundum dignitatē & quantitatem patrimonii defuncti, arbitrio judicis relinquatur, *arg. dict. l. & si quis. 14. §. hac actio. 6. vers. aequum enim. & §. judicem. 10. ff. de religios. & sumpt. funer. Daniel. Moller. ad Constitut. Saxon. part. 1. d. constitut. 28 num 9. & seqq. Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. quæst. centur. 2. cas. 27. num. 12. Beuther. d. tract. de jure prælat. part. 1. cap. 23. in med. vers. fin voluptuariis. &c.*

255 Impensis autem funebribus rectè annumerantur sumptus Medicis, Chirurgis, atque Pharmacopolis præstandi, & in mortui valetudinem facti, vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confectionem, vel in alias necessarias hereditatis causas impensi. Hi quippe etiam ante omnia solvendi sunt. *l. in restituenda. 4. ubi Bald. C. de petit. heredit. l. legatum. 3. C. de religios. & sumpt. funer. d. l. ult. §. in computatione. 9. ubi Jason. Cod. de jur. deliber. D. Obrecht. d. disputat. 15. thes. 479. Nicol. Mezz. in tract. de pignorib. & hypothec. cap. de naturalib. pignor. num. 70. Iohan. Molinæus. in lucubrationib. de jure prælationis. part. 2. num 3. pag. 33. Berlichius d. conclus. 44. num. 35. & aliquot seqq. ubi, post alios, amplissime ea de re disputat.* Idem de mercedibus servorum, famulorum, ancillarum & mercenariorum hodie receptum putatur.

256 Fürstlich Würtembergisch Erneuert Landrecht. *d. part. 1. titul. 75. pag. 209. §.* Wann der Schuldner. *in fine. dd. Constitut. Augusti Elector. Saxon. part. 1. constit. 28. post princ. ibique Daniel Moller. num. 8. & seq. Matth. Coler. decis. 200. num. 6. cum seqq. part. 1. Ioan. Köppen decis. 28. num. 13. Hartman. Pistor. part. 1. quæst. 8. Wesenbec. in Paratit. ff. de privileg. creditor. num. 5. circa fin. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 480. Georg. Rotschitz. in tract. de dotalis cap. 26. num 61. Postrò in Disputat. novantiquis d. Disputat. 1. latè Berlichius d. conclus. 44. num. 5. & multis sequentibus.*

Propter causæ favorem, posterior potior est priore, qui pecuniam nominatim credidit ad reficiendam vel conservandam rem, pignori tacitè vel expresse obligatam. *l. creditor. 25. ff. de reb. credit. l. interdum. 5. ff. qui potior. in pig. vel hypoth. hab. Novell. 97. c. 3. Gail. lib. 2. obs. 25. num. 7. D. Colleg. Bocer. class. 2. Disput. 11. 12. thes. 91. lit. b. edit. 2. fusissimè Berlichius part. 1. conclus. practicab. 46. num. 42. & aliquot seqq.* 257

Hujusque in promptu est ratio: quia ejus pecunia reliquis creditoribus omnibus salvam fecit totius pignoris causam. Nisi enim ipse credidisset: res oppignorata periisset. At quia credidit, & ita conservando pignus aliis profuit, meritò prælatione gaudet. *l. hujus. 6. ff. qui potior. in pign. vel hypoth habeant. D. Obrecht. disputat. 15. thes. 463. Hotoman. consil. 91. num. 9.* 258

Sic favor causæ & personæ pupillaris suadet: ut pupillus in re, ex pecunia suâ comparatâ prior habeatur. *l. idemque. 7. ff d. tit.* quia illi tacitè obligata intelligitur. *l. penult. C. de servo pignori dato. D. Bocer d. Disputat. 12. th. 91 lit. C.* Neque in hoc ulla fit injuria prioribus creditoribus: quoniam si ea res pecunia pupilli non fuisset comparata: in bonis debitoris non esset. Itaque invidere pupillo non debent, ut precium, quod sibi abest, in primis ex re empta recuperet: præsertim cùm superfluum reliquorum creditorum commodo cedat, *argument. dict. l. interdum. 5. cum l. seq. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant. Donell. in tract. de pignoribus cap. 14. pag. 165. D. Obrecht. d. Disputat 15. thes. 471. & seq. Meyrer. d lib. 2. tit. 7. num. 3. & seqq Bachovius in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 24. th. ult. lit. D. pag. 617. & seq. itemque in tract. de pign. & hypoth. lib. 1. c. 12. n. 4. pag. 54. & seq.* Quod ipsum de omnibus aliis est pronunciandum, quorum nummis res empta est, & statim specialiter obligata. *l. licèt. 7. ubi Sichard. num. 8. C. qui potior. in pignore habeant. Negusant. in tract. de pign. & hypoth. part. 5. membr. 2. num. 17. & seq. Gail d. lib. 2. observ. 12. num. 3. & 4. Mozzius in tract. de pign. & hypothec. C. de naturalib. pignor. num. 45. Hartman. Pistor. part. 3. quæstion. 15. per tot. Andr. Rauchbar. part. 1. quæst. 5. num. 2. & seqq Daniel. Moller. ad. Constit 28. num. 73 & part. 3. constit. 21. numer. 21. & seq. Beuther. de jure prelat. part. 1. cap. 19. 21. 55. & 56. Beust. ad l admonendi. 31. ff. de jurejur. num. 968. fol. 662. pluresque alii, quos refert & sequitur Berlichius d. conclus. 46. num. 50. & seqq.* 259

Mulierem in persecutione dotis, vigore tacitæ hypothecæ, omnibus creditoribus, sive hypothecarii expressi vel taciti, sive personaliter privilegiati, sive chirographarii fuerint, præferri, extra controversiæ aleam est positum. *l. unic. §. sed ut plenius. 1. & seqq. C. de rei uxor. act. l. in rebus. 30. Cod de jur dot. l. assiduis. 12. sive ult. C. qui potior. in pign. habeant. §. fuerat. 29. infr. de actionibus Ioan. Petrus de Ferrariis Papiens. in sua* 260

sua Practicâ, in forma libelli, quo uxor agit ad dotem & usumfr. §. coràm vobis. numer. 1. & 9. Covarruv. lib. 1. variar. resolut. cap. 1. numer. 1. in med. vers. secunda conclusio. & vers. seq. Ioan. Köppen. *decis. 28. numer. 29. Mynsing. centur. 4. observ. 13. num. 2. Alexand. consil. 88. num. 5. lib. 7. Zobel. part. 1. differ. 49. numer. 2. Beuther d. tract. de jure prælat. part. 1. c. 35. & c. 75. in princ. Cujac. in exposit. Novell. 97. post princ. vers. mulier præfertur omnibus creditoribus, &c.* Sed an mulier ratione dotis indistinctè omnibus creditoribus, non solùm tacitam, sed etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus, præferatur,
261 mirificè digladiantur Interpretes? Et eam his creditoribus non præferri, putant *Bartolus in l. idemque. 7. ff qui potior. in pign. vel hypoth. habe. in princ. vers. primò quia nec mulier, &c. & in d. l. assiduus. 12. C. qui potior. in pign. habe. num. 6. in med. vers. tertiò dicunt. quòd mulier, &c. Bald. ibid. numer. 9. & in auth. sed iam necesse. C. de donat. ante nupt. num. ult. Iason, Nicasius, Gomesius, Zasius, Heigius, Hoteman. Schneidevvinus, Wesenbec. & Donellus in d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus & idem in tract. de pignor. cap. 14. & ad d. l. assiduus. 12. C. qui potior. in pign. habe. num. 4. & seqq. Negusant. d. tract. de pignoribus & hypothec. part. 2. memb. 4. num. 98. in med. & part. 5. memb. 2. num. 23. sub fin. Mozz. eod. tract. c. de naturalibus pignor. num. 59. vers. quod declara, &c. Gail. d. lib. 2. observat. 25. num. 10. Covarruv. libr. 1. variar. resolut. cap. 7. num. 1. Practic. Papiens. in d. forma libelli, quo agit uxor ad dotem & usumfr. §. coram vobis. num. 9. in med.* Nicol. *Everhard. in loco, à fisco ad dot. num. 2. Coler. de processibus execut. part. 1. cap. 2. numer. 186. & num. 219. item part. 2. c. 3. num. 276. idem part. 1. decis. 57. num. 6. & part. 2. decis. 270. numer. 1. Daniel Moller. ad dd. constitut. Saxon. part. 1. constitut. 28. num. 33. Rauchbar. part. 2. quæst. 30. num. 4. & seq. Henning. Gœden. consil. 99. num. 14. & consil. 100. num. 3. Ioach. Schepitz. ad consuetud. March part. 3. tit. 2. §. 24. quæst. 1. numer. 3. Ioan.* Koppen *decis. 28. numer. 29. & seq. Bernhard. Graveus lib. 2 practicar. conclus. 25. num. 1. Francis. Ripa in l. quæsitum. 17. ff. de privileg. credit. numer. 2. Hackelman. illustr. quæst. Disputat. 12. thes. 12. lit. a. Dn. Collega Besold. class. 1. Collegii Politic.* D*isputat. 10. coroll. 9. & in delibat. jur. ex lib. 26. ff. quæst. 5. pag. 44. Schickhard. Disputat. 12. ad Instit. thes. 7. lit. d. & resolut. quæst. 2.* Horumque opinionem expressè confirmavit non solum jus Saxonicum. *Novell. Elect. Augusti. part. 1. constit. 68. post princ. vers.* allen andern Gläubigern/so nicht ältere außdrückliche Verpfändung haben/ ꝛc. sed etiam jus renovatum Würtembergicum, *part. 1. tit. 75. pag. 210. §.* volgends sollen. *vers.* es sollen auch
262 die Frawen/ ꝛc. Verùm contrariam sententiam, tanquam in puncto juris veriorem, *post Martinum, Glossatorem veterem*, amplectuntur *Socinus junior in l. 1. ff. solut. matrim. num. 115. Bald. Novell. tract. de dote. part. 10. num. 1. & 2. Beust. ad d. l. admonendi. 31 ff. de jurejur. num. 968 pag. 665. vers. sed an mulier præferenda sit, &c. Ant. Faber libr. 8. conjectur. jur. civil. c. 11. cum seq. & part. 1. de erroribus pragmat. decad. 6. error. 2. Cujacius in Parat. C. de privileg. dot. in princ. & sub fin. in expositione Novell. 97. post princ. vers. mulier præfertur omnibus creditoribus. &c. & lib. 3. not. ad animadvers. Robert. c. 14. & ipse Robert. d. lib. 5. animadvers. c. 14. & lib. 3. notar. ad notata Mercat. c. 14. Ioan. Garsias in tr. de expens. & meliorat. c. 8. numer. 25. Vandus variar. quæstion. lib. 1. quæst. 21. Fachineus lib. 3. controversiar. jur. part. 1. c. 99. Brenchorst. cent. 2.* ἐναντιοφανῶν *assert. 19. edit. 1. Anton. Guibert. in Comment. de dotibus c. 7. num. 5. & seqq. Vanderan. in tr. de privileg. creditor. c. 4. Mudæus in tr. de pignoribus cap. quibus mod. pig. num. 97. Vaconius à Vacuna lib. 6. declarat. c. 92. numer. 2. & seqq.* D. *Bocer. class. 2.* D*isputat. 11. thes. 97. edit. 2. Treutl. Disputat. 24. thes. 7. lit. B. vel. 2. ibique Bachovius in suis not. pag. 604. & seqq. itemque d. tract. de pignoribus & hypoth. lib. 4. cap. 12. pag. 329. & seq. Arumæus exercitat. Iustin. 15. parerg. 1.* D. *Obrecht.* D*isputat 15. thes. 440. cum multis seqq. Georg. Martinius in suis contrar. Disputat. 4. thes. 8. Paul. Berens disputat 9. ad Institut. them. 4. quæst. 1. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 5. quæst. 4. pag. 962. & seqq. item in resolut. ad Treutler. volum. poster. disp. 24. th. 7. quæst. 43. pag. 587. & seqq. Meyrer. in tr. de de præferentiis creditor. lib. 2. tit. 3. num. 5. Coras. n. 8. Vulteius num. 10. Vsillus num. 52. & seqq. Schilbock. Borcholt. Anton. Matth. & Mynsinger. num. 12. in d. §. fuerat. 29. infrà, de actionibus & idem cent. 4. obs. 19.* ubi in Cameræ judicio ita in causa appellationis inter Episcopum Saltzburgensem & Oertnerum aliquando decisum, testatur. *Emanuel Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. D. num 305. & seq.* ubi huic sententiæ favere praxin generalem, optimam rerum magistram, affirmat. *Beuther. in tract. de jure prælat. part. 1. cap. 35. post princ. & part. 2. cap. 37.* ubi in Camerâ Imperiali ad hunc usque diem ita pronunciare autumat: & Matthias Berlichius *d. part. 1. conclus. practicabil. 41. de prælatione dotis. num. 6. & sequentib.* ubi eandem sententiam sibi veriorem, communiorem, & fundamentis jurium magis consentaneam videri, asserit. Quibus omnibus novissimè adstipulantur Antonius Merenda *lib. 3. controversiar. jur. cap. 9. num. 2. cum seqq. pag. 172. cum seq. & lib. 6. c. 32. n. 467. cum seq. &* Kaipschildt *d. exercitat. Acad. 5. quæst. 8. pag. 183. & seqq.* nec non Paul. Christinæus *vel. 6. practicar. quæstion. decis. 51. numer. 8. & seqq fol.* 121.

Eaque sententia luculenter probatur per textum 263
elegantem *in d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. habea.* ubi primò generaliter, nulla distinctione inter tacitam & expressam hypothecam adhibita, dicitur: quòd mulier omnibus creditoribus anterioribus præponatur. At qui ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. *l. de precio. 8. ff. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter. ff. de legat. præstand.* Deinde *in d. l. assiduis.* Justinianus Imp. ait, tale se præla-

prælationis beneficium mulieri in hypothecā concedere, quale olim in personalibus habuit actionibus. Ast in his, omnibus creditoribus, prioribus & posterioribus, prælata fuit. *l. quæsitum. 17. §. ult.*
264 *cum 2. ll. seqq. ff. de rebus. auctor. jud. possid.* Tertio ubi eadem ratio, ibi eadem est juris dispositio. *l. illud. 32. ff. ad l. Aquil. l. à Titio ita stipulatus. 108. sub fine princ. ff. de verb. obligat.* Ratio autem assignata *in d. l. assiduis. 12. in princ. vers. nec ad fragilitatem. & §. 1. vers. quis enim earum, &c. C. qui potior. in pign. hab.* (quod scilicet hoc privilegium mulieri, ob fragilitatem sexus muliebris, ob partus periculum, obsequia marito præstita, & ipsam liberorum procreationem, sit indultum) æque locum habet contra ex-
265 pressas anteriores, ac tacitas hypothecas. Quartò mulier anteponitur creditori, cujus pecunia res empta aut reparata est. *Novell. 97. cap. 3. auth. quo jure. C. qui potior. in pign. hab.* Sed creditorem istum quibuscunque creditoribus, quamlibet anterioribus, & expressæ hypothecæ jus habentibus præponi constat. *l. interdum. 5. cum l. seq. ff. qui potior. in pig. vel hypoth. hab. l. licèt. 7. C. eod. tit. l. creditor. 25. ff. de reb. credit.* Multò igitur magis mulierem excludere illos, dicendum est, *argument. l. de accessionibus 14. §. etsi mihi. ff. de divers. & temp. præscript.*
266 Quintò hanc assertionem firmissimè probat textus *in l. satis notum. 4. Cod. de in quibus caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit.* ubi fiscus in causis primipilaribus priùs universas viri facultates excutere, & omnibus creditoribus viri, etiam expressam anteriorem habentibus præferri debet, quàm ad dotem mulieris perveniatur. Si itaque hoc in casu doti mulieris parcitur, & priùs aliorum creditorum, etiam expressam anteriorem habentiū jura excutiuntur: utique mulier potius jus reliquis creditoribus etiam expressam anteriorem habentibus, obtinebit: quoniam semper is, qui habet jus debilius, prius de-
267 bet excuti; deinde is, qui habet jus fortius. Sextò facit huc non parum textus *in l. ubi adhuc. 29. post princ. C. de jure dot.* ubi mulier omnibus creditoribus etiam anterioribus præfertur: nisi aliqui potiora jura legibus habere noscuntur. Nullibi autem in toto jure, quod ego sciam disertè reperitur; quod creditores, expressam anteriorem habentes, mulieri
268 præferantur. Septimò eodem confert textus *in l. in rebus. 30. C. d. tit.* ubi nemo creditorum mariti, qui anteriores sunt, potest mulieri præferri in rebus dotalibus, sed mulier in his vindicandis omnem præ-
269 rogativam habet. At dispositio universalis, imprimis verò geminata, vel sæpius repetita, nihil omnino excludit, *argum. l. si servitus 23. ff. de servitutib. præd. urbanor.* Postremò mulier non solum hypotheca, sed etiam singulari prælationis privilegio nititur.
270 Proinde non est absurdum: eam præferri aliis, qui solâ hypotheca nituntur. Et certè favore dotium multa esse recepta, contra juris rationem, jure singulari, perspicuum est *ex l. si ego. 9. §. 1. vers. benignius est favore dotium. ff. de jure dot. & d. §. fuerat, 29. infr. de actionibus.*

Nec officit quicquam huic conclusioni: quod 271
Just. Imp. *in d. l. assiduis. 12. §. 1. Cod qui potior. in pign. habeant.* uxorem præferat illis creditoribus, qui privilegio temporis sunt vallati. At verò illi, qui expressam habent hypothecam, non sint temporis privilegio muniti, nec hypothecam suam habeant ex privilegio, sed ex jure communi, nempe ex conventione. *Etenim respondetur.* in *d. l. assiduis.* eum dici temporis privilegio vallatum seu munitum, qui priorem & antiquiorem habet expressam hypothecam, vel qui habet in conventionali hypotheca prærogativam temporis. Hæc quippe temporis prærogativa expressè privilegium temporis appellatur, *in l. si eo jure. 10. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant.* Et probè notandum: quòd Justinianus non simpliciter loquitur de illis creditoribus, qui privilegio sint vallati; sed de iis, qui *temporis privilegio sunt vallati.* Per hoc autem temporis privilegium non potest aliud intelligi, quàm prærogativa temporis, qua creditores tempore priores cæteris præferuntur. *Hunn. d. resolut. ad Treutler. vol. poster. disput. 24. th. 7. quæst. 43. pag. 591.*
Pariter non obstat: quod Justinianus *in d. l. assiduis. 12. §. 1. vers. & ideò C. qui potiores in pign. hab.* 272
scribit: se id, quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, pleno juris articulo consummare. Atqui veteres cœperunt mulierem præferre aliis tātum privilegiariis creditoribus: proindeque Justinianus id solummodo consummavit, atq; mulierem omnibus creditoribus privilegiariis prætulit. *Respondetur enim:* Justinianum consummasse, quod veteres cœperunt, non verò perfecerunt. Cœperunt autem veteres mulierem præferre creditoribus hypothecariis: nec tamen omnibus prætulerunt; sed duntaxat illis, qui tacitā habuerunt hypothecam anteriorem. Quare Justinianus illud consummavit sua constitutione, atq; sancivit: ut omnibus nunc creditoribus hypothecariis, etiam expressam hypothecam habentib⁹, mulier præferatur. *Adhæc,* quamvis poneretur antiquitatem incepisse mulierem anteponere creditoribus tantummodo privilegiariis. Justinianus tamen hoc ita consummavit; ut nunc omnibus creditoribus, etiam hypothecariis, anteponatur. Tum quia *in d. vers. & ideo.* Imperator apertè dicit, quod antiquitas quidem dare inceperit, ad effectū autem non pertulerit, *se pleno juris articulo consummasse.* Tum quia testatur Imperator expressè: se sua ista constitutione dedisse mulieri potiora jura, contra *omnes* mariti creditores. *licèt anteriores sint tēporis privilegio vallati. d. §. ubi, potiora jura, &c. Hunn. d. lib. 3. var resolut. jur. civ. tr. 3. part. 5. q. 4. vers. non refragatur tertio, &c. pag. 963. & seq.* Non itē adversatur 375
quòd creditoribus jus hypothecæ semel quæsitum, non sit auferendum, *arg. l. ultim. ff. de pact. l. 2. §. merito. & § si quis à pr. 16 ff. ne quid in loco pub. l. id, quod nostrū. 11. & l. non debet. 74. ff. de reg. jur cum similib.* Nā illud verū & procedit in jure jam quæsito secus in quærendo, & sic in jure futuro. Hoc autē privilegium dotis non nocere creditoribus, qui jam ante legem

promulgatam anteriorē hypothecam expressam habent, sed tantum futuris, manifesto sancitum est. *in d. l. assiduu. 12. §. ult. C. qui potior. in pign. habe. Berlich. d concl. 45. num. 16.* Sed & hoc respondetur: creditoribus jus hypothecæ, quod sibi paciscendo comparatunt, non auferri: sed id illos retinere: ut maximè prælationem, quam pacti non sunt, non habeant. Hæc enim solius legis beneficio conceditur; & hujus quoque arbitrio jam ex tempore, jam ex causa credendi consideratur. Neque est, quod creditores mulierem accusent: cùm non illius, sed mariti ejus fidem ac substantiam securi sint: sed potiùs suam accusent negligentiam: quod hypothecam, quam cavendo sibi acquisiverunt, vigilando & in tempore hypothecariam exercendo non conservarint. *Dn. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 448. & seq. Beuther. de jure prælat. part. 1. cap. 35. post princ. vers. profectò. non est quod creditores, &c.*

274 Sic quoque nihil movet; quod in causa pignoris sit eadem fisci & mulieris ratio. *l. quamvis. 2. Cod. de privileg. fisc.* Fiscus autem creditori anteriori expressam hypothecam habenti postponatur. *l. si pignus. 8. ff. qui potior. in pign. vel hypothec habeant. l. si fundum. 4. Cod. eod.* Etenim primò dici poterit: dictam *l. 2. Cod. de privileg. fisc.* hodie abrogatam esse, *per d. l. assiduu. 12. Cod. qui potior. in pign. habeant.* ita ut hodie mulier etiam fisco, quantumvis priori, præferatur. Ait enim ibi disertè Justinianus: mulierem potiora jura habere contra *omnes* mariti creditores. Ita sentit Donell. *in Commentar. ad dict. l. assiduu. 12. n. 2. ibi, nam quod scriptum est, &c.* prout eum refert Berlichius *d. part. 2. conclus. 45. num. 11. ad finem.* Deinde dicendum: dotem pluribus & majoribus privilegiis cohonestatam esse, atque est ipse fiscus: imò mulierem in causa dotis potiorem esse fisco, ostendimus *in d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus n. 17. ubi & alia contraria opinionis argumenta confutavimus. Vide de eadem quæstione accuratissimè disputantē Justum Meierum, in tractat. de mulieris hypothec. in dotis repeti-*

275 *tione, th. 50. & sequentibus.* Illud hic addendum: quod privilegium tacitæ hypothecæ & prælationis, mulieri ratione dotis competens, nec à tempore promissæ, nec à tempore numeratæ dotis, sed à die nuptiarum, à tempore contracti atque consummati matrimonii incipiat, *per textum expressum in l. 1. ff. qui potior in pignor. vel hypoth. habeant. Anton. Neguz. in tract. de pignorib. & hypoth. part. 2. princ. membr. 4. num. 80. Gail. lib. 2. obs. 86. num. 3. Iacob. Thoming. decis. 36. hos que laudans Berlichius part. 2. conclusion practicab. conclus 30. n. 7. pag. 666. & seq.* Vide quoque Hunnium *in resol. ad Treutler. vol. post. disputat. 24. th. 7. quæst. 41. vers. sed hic dubitatio suboritur. p. 58. & seq.* Addendum hoc loco & illud: quod mulier

276 privilegio prælationis (quod ipsi tributum est à Justiniano *in d. l. assiduis 12. C. qui potior. in pig. habeant.*) etiam sine juramento renunciare possit, *per textum expressum in l. etiam constante. 11. & l. jubemus. 21. C. ad Senatusc. Vellejan.* Hujusque ratio aperta est: quia prælationis & hypothecarum jus solius mulieris favore est introductum, *ut constat ex d. l. assiduu.* At qui favori suo ac beneficio renunciare nemo prohibetur. *l. penult. C. de pact.* Quod tamen hodie ex Novellâ Justiniani constitutione temperamentum accepit: ita ut tum demum efficaciter renunciet prædicto hypothecarum & prælationis beneficio mulier, quando maritus alia bona habet, è quibus mulier consequi & obtinere sua bona queat: ne tali renunciatione omnimodò suâ dote defraudetur, *Auth. sive à me. C. ad Senatusc. Vellejan. & Nov. 61. c. 1.* Idque proculdubio propterea est receptum: 277
quoniam & publicè interest, mulieribus dotes suas esse salvas, propter quas facilius nubere possint. *l. 2. ff. de jure dot. l. 1. ff. solut. matrimon.* Sed utrùm temperamentum istud etiam in juratâ renunciatione locum habeat, non usque adeò expeditum est? Equidem de jure civili Cæsario dicendum erit: non 278
valere juratam illam renunciationem; quando ex aliis mariti bonis uxor dotem suâ consequi nequit: quia alioquin juramentum legibus & constitutionibus Imperialibus contrarium foret: cujusmodi juramentum non valere, plusquam manifestè relucet *ex l. juris gentium. 7. §. & generaliter. 16. ff. de pact. l. si quis inquilinos. 112. §. ult. ff. de legat. 1. l. non dubium. 5. C. de legib.* Cæterum jure canonico illud statuendum videtur: siquidem eo jure omnia juramenta, legibus etiam civilibus contraria, dummodò conscientiam non lædant, nec in alterius detrimentum, aut salutis æternæ dispendium vergant, servari debere, expressis Pontificum decretis & canonibus cautum est. *c. cum contingat. 29. in fine. ext. de jurejurand. c. quamvis. 2. ext. de pact. in 6.* Et ita quoque tradit Hunnius *in resolut. ad Treutler. d. volum. poster. disputat. 24. th. 7. quæst. 54. pag. 610. ubi subjicit: in hac juris civilis & canonici pugnâ palmam juri Cæsario offerendam esse.*

Porrò inter creditores ille, qui instrumentum 279
habet publicum, putà coram judice ordinario, vel coram Notario & testibus confectum, & in eo hypothecam omnium bonorum debitoris, anteponi debet habenti instrumentum privatum, & in eo hypothecam, quantumvis priorem. *l. scripturas. 11. cum auth. seqq. C. qui potior. in pign. habeant.* Hujusque 280
expedita ratio est: quia privata scriptura contra tertium nihil probat. *l. instrumenta. 5. l. rati nes. 6. & exempto. 7. C. de probationib.* Et rectè sanè: siquidem in privatâ scriptura dies obligationis in fraudem anteriorum creditorum facilè proferri posset. *D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 481. Meyer. in tract. de pignorib. & hypothec. titul. 13. num. 9. & seqq.* Si tamen pri- 281
vata scriptura subscriptione trium testium idoneorum firmata esset, aliud censendum est: quia tunc, si tempore prior sit, meritò posteriori hypothecæ publicæ præfertur: cùm eo casu suspicio fraudis & doli cesset; adeòque instrumentum privatum cum instrumento publico parem firmitatem obtineat. *d. l. scripturas. 11. in fin. ibique Baldus numer. 10. Cod.*

qui

qui potior. in pign. habeant. Novell. 73. cap. 1. & 2. Ant. Negusant. in tract. de pigneribus & hypothec. part. 5. membr. 2. num. 8. & latius num. 47. & seq. Donell. *in eod. tract. capit. 14. in fine. Celer. de processibus execut. part. 3. cap. 1. num. 125. Petr. Frider. libr. 2. de mandat. c. 66. num. 6. Althusius lib. 2. Dicaeolog. c. 73. n. 26. pag. 252. Bens. ad l. admonendi. 31. ff. de jurejur. n. 968. & num. 978. pag. 659. D. Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 93. ad lit. b. edit. 2. Benther. d. tract. de jure prælat. part. 1. cap. 18. & noviter Berlichius d. part. 1. conclusionum practicabilium. conclus. 46. num. 17.*

282 Sed & licèt nulla privata scriptura confecta sit: tamen, si constitutio hypothecæ, & quo tempore facta sit, testibus probari possit: creditor tempore prior præferri debet creditori posteriori, hypothecam publicam habenti: quoniam non minorem fidem faciunt testes, quàm instrumentum publicum. *l. in exercendis. 15 Cod. de fide instrumentor.* Atque ita, *post Calcaneum consil. 29. num. 15.* docuit Andreas Gail. *lib. 2. observat. 25 num. 10.*

283 Superest, ut de pignoris dissolutione paucis videamus. Primò autem solvitur pignus solutione debiti integrâ. *l. item liberatur. 6. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. l. si rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pignerat. action. l. quamdiu. 6. Cod. de distract. pignor.* Fürstlich Würtembergisch Erneuerte Landrecht. *part. 2. titul. 7. pagin. 257. §.* Wann der Schuldner / &c. *Hartman. Pistorii. lib. 3. quæst. 12. sub numer. 6. & 9.*

284 Nec refert, an ipse debitor, an verò alius ejus nomine solverit: cum unusquisque pro ignorante etiam & invito debitore solvere possit. *l. solvendo 39. ff. de negot. gest. l. solvere. 53. ff. de solutionibus.* Quòd si oblatum debitum creditor accidere planè recuset: adversus hanc injustam recusationem, ad liberationem debitoris hæc cautio est, ut debitor pecuniam

285 testatò oblatam obsignet, & solenniter in publicum locum deponat: quia oblatæ & consignatæ pecuniæ depositio vim solutionis habet. *l. 1. Codic. qui potior. in pign. habeant. l. nec creditores. 10. & l. ultim. Codic. de pignor. action. l. obsignatione. 9. Cod. de solutionibus l. acceptam. 19. ubi eleganter Siphanius. Codic. de usur. l. si prius (quàm. 8. Codic. de distraction. pignor. l. ultim. Codic. de luitione pignor. Donell in tractat. de pignoribus capit. 16. D. Bocer. Class. 2. disputat. 12. thes. 99. edit. 2. D. Obrechtus. Disput. 15 thes. 487. & sequentibus.* Eâque de re vide Everhardum Bronchorstium *centur. 2.* [illegible] *assertion. 1 edit. 1.* Arumæum in *tractat. de mora. cap. 7. num. 7.* Johan. Meringium *in tractat. de oblat. obsign. ac deposit. pecuniæ debita. cap. 5. pag. 358. cum seqq.* & Bachovium *de tract. de pignoribus & hypoth. lib. 4. capit. 17. pag. 348. & seqq. nec non lib. 5. c. 1 pag. 355. & seqq.*

286 Secundò pignus seu hypotheca solvitur remissione vel expressa, ut per pactionem, quâ convenit, ut ab hypothecâ discedatur, *solvitur. 5. in princ. l. sicut. 8. §. 1. ff. quibus modis pignus, vel hypothec. solvit.* vel tacita, ut si creditor præsens, nec repugnans permittat debitori, suam rem pignori obligatam distrahere, vel alienare. *l. si debitor. 4. §. 1. l. sicut. 8. §. si voluntate. 6. & sequentibus. ff. quibus modis pignus, vel hypothec. solvit. l. cum te. 4. Codic. de remission. pignor. latissimè Negusantius in tractat. de pignoribus & hypothec. 3. membr. sexta partis princ. num. 12. & sequentibus, Hartman. Pistor. libr. 3. quæstion. 16. numer. 9.*

Sic quoties creditor, ut res sibi obligata alteri etiam pignori detur, consenserit; hoc ipso jus suum pignoris in torum remisisse intelligitur. *l. Titius. 9. in princ. & in fin. & l. Paulus. 12. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit. Idque latissimè explicat Pistorn d. q. 16. ubi rationibus pro his hanc assertionem firmat, contraria resolvit, & secundùm eam judicandum subjudicat.* Quæri hic potest: an & is, qui reddit 287 debitori pignus, jus pignoris remisisse præsumatur?

288 Et præsumi probabilius: quandoquidem reddere nihil aliud est, quàm retrò ita dare, ut eo sit loco, quo priùs fuit. *l. verbum reddendi. 94 ff. de verbor. significat. Cujac. ad l. 2. in fin. ff. de pact. Forster. junior. lib. 3. Disputat. 16. thes. 19.*

289 Sortis tamen remissio haud præsumitur: sed manet, quousque solvatur. *l. 3. ff. de pact.* At chirographi sive cautionis redditio remissionem sortis sive debiti inducit. *d. l. 2. §. 1. ff. d. tit. l. creditricem. 7. C. de remissione pignor.* Ratio diversitatis est: quia chirographo continetur principalis obligatio, cujus accessio quædam est pign. sicuti fidejussor. *l. si servum. 91. §. nunc videamus. 4 ff. de verbor. obligat. l. Granius Antoninus 71. post princ. vers. sed & accessiones ff de fidejussoribus.*

290 Principali autem obligatione sublatâ, tollitur accessoria, non verò contra. *l. in omnibus. 43. ff. de solutionibus.*

291 quemadmodum cessante causâ, effectum ipsum cessare, non insulsè quis dixerit. *l. adigere 6. §. quamvis. 2. ff. de jure patronat. c. cum cessante. 60. ext. de appellat.* Sed videantur *Negusant. d. membr. 3. sexta part. princ. numer. 19. & seq. Connanus libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 19. numer. 3. & seqq. Borcholt. in Comment. de pactis. cap. 2. in prima pactionum divis. numer. 5. & seq. Hœnon. Disputat. 13. controvers. 15. Trentler. Disputat. 1. thes. 9. lit. B. volum. 2. & ibidem Hunnius in suis resolut. quæst. 56. pag. 87. cum seqq. & Hackelman. Disputat. 12. thes. 14. lit. B. aliique ab iis designati.* Et de remissione debiti atque ipsius pignoris accuratè disputat Bachovius *d. lib. 5. de pignorib. cap. 5. & seqq. pag. 379. & seqq.*

292 Tertiò liberatur pignus satisfactione. *dict. l. item liberatur. 6. in princ. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit.* quia satisfactio pro solutione est. *l. grege. 13. §. etiam si. 4. ff. de pignoribus & hypothec. d. l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3 ff. de pignorat. act.* Satisfit autem creditori vel de sorte, vel de pignore, *notante Dn. Obrechto Disputat. 15. thes. 495.*

293 De sorte satisfactum intelligitur, quemadmodum creditor voluit, licèt non sit solutum, ut scribit Ulpianus *in d. l. si rem. 9. §. 3. ff. de pignor. act.* Et hoc fit, vel ipso jure, putà novatione & acceptilatione. *l. solutum. 11. §. 1. & §. solutam. 5. ff. d. tit. l. novatione. 18. ff. de novationib.*

vationib. vel per exceptionem: si judicatum, vel juratum, vel pactum sit, nihil deberi, aut pignus non esse obligatum. *d. l. solvitur. 5. §. fin. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. sec. solvit.* Et generaliter quocunque modo debitor sorte sive obligatione principali liberatur, semper quoque liberantur pignora. *l. in omnib. 43. ff. de solutionib.* Nam cùm principalis causa non consistit: nec ea consistet, quæ accessionum locum obtinuerit. *l. cùm principalis 178. ff. de regul. jur.* De pi-
294 gnore porrò satisfit creditori: si convenerit, ut vel alia pignora, vel pro hypothecâ fidejussor daretur. *d. l. solvitur. 5. § si convenerit. 2. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. d. l. si rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pignerat. action.*

295 Sed non levis suboritur hic contentio: si debitor pignus æquè idoneum creditori invito offerat, an audiatur, & prius pignus liberetur? Et quanquam id affirmant *Philippus Decius n. 4. & Cagnolus n. 2. 6. & 10. in l. plus cautionis. 25. ff. de reg. jur. Franciscus de Crema notab. 54. & Negusantius d. tract. de pignorib. & hypothec. 1. membr. tertia part. numer. 21. vers. adde etiam, &c.* attamen contrarium verius esse, & forsan receptius, testatur *Emanuel Soarez in thes. recept. sent. lit. P. n. 120. & seq.* Cui meritò adstipulantur *Arius Pinelus in l. 2. part. 12. c. 1. n. 21. C. de rescind. vendit. Paulus Berens Disp. 9. ad Instit. them. 4. quæst. 2. & recenter Knipschildt. d. exercit. Acad. 5.*
296 *q. 21. pag. 199.* Tum quia aliud pro alio creditori invito solvi non potest. *l. 2. §. 1. in fino. ff. de reb. credit*
297 *si certum petetur.* Tum quia id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri nequit. *l. id,*
298 *quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.* Tum quia generalia verba textus *in d. l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. ff. de pignerat. action.* satis comprehendunt casum, in quo etsi æquivalens pignus daretur: adhuc tamen illud committeretur voluntati creditoris, ut nec tunc aliud pignus accipere cogeretur. Tum denique quia creditor non compellitur liberare fidejussorem datum, etiamsi alius æquè idoneus offeratur. *l. si man-*
299 *datu. 45. §. item si, dum. 2. ff. mandati.* Cujus §. textus dubitatione prorsus careret, nisi intelligeretur in his terminis, cùm alius æquè idoneus fidejussor offerretur. Atque ita de fidejussore ad pignus erit urgens argumentum, quo utitur ipse Ulpianus *in l. qui autem. 14. §. 1. & 2. ff. de constitute pecun.*

300 Nec huic verissimæ sententiæ adversatur glossa *in l. si Titio. 22. ad verb. pigneratitia. circa finem ff. de pignorib. & hypothec. quâ dissentientes potissimùm nituntur.* Loquitur enim secundùm terminos textûs de creditore, agente contra heredem debitoris, non de debitore, agente contra creditorem; & sic nullo modo sentit, posse debitorem compellere creditorem; ut, dimisso certo pignore, aliud accipiat, *Pinel. d. cap. 1. num. 21. sub fin.*

301 Minus adversatur textus *in l. illud verum. 10. §. 1. ff. quod met. caus. gest.* ubi Cajus JC. in hæc verba respondit: *Si metu à te coactus acceptam tibi stipulationem fecerim: arbitratu judicis, apud quem ex hoc edicto agitur, non solùm illud continetur, ut in tua personâ redintegretur obligatio; sed ut fidejussores quoque vel eosdem, vel alios non minus idoneos adhibeas: præterea ut & pignora, quæ dederas, in eandem causam restituas.* Etenim in isto textu (ut ex literâ constat) favetur & succurritur creditori, non debitori; & ideo causa in pristinum statum restituitur. *Pinel d. cap. 1. num. 24.*

Multò minus adversatur, quod teneatur quis facere, quod sibi non nocet, & alteri prodest. *l. in cre-* 302
ditore. 38. ff. de evictionib. l. 2. §. item Varus. 5. ff. de aqua, & aqua pluv. arcend. Nam quamvis ratione ipsius pignoris meâ non intersit, hoc aut illud habere pignus, cùm ejusdem bonitatis utrumque sit: tamen ratione tui usus ac necessitatis maximè interest: quia idcirco ad faciliorem & celeriorem debiti solutionem induceris, atque adeò adigeris, *ut bene monuit Soarez in suis annotationibus ad Pinelum d. c. 1. n. 25. & Paulus Berens. d. quæst. 2. in fine.* Ac de modo liberandi pignoris per satisfactionem, inspiciatur Bachovius *d. lib. 5. de pignorib. c. 10. pag. 407 & seqq.*

Quartò finitur pignus rei obligatæ interitu, non 303
modò si corporalis sit res, sed etiam incorporalis: ut si ususfructus obligatus extinguatur. *l. sicut. 8. in pr. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* vel aliud jus, quod debitor in re habuit, *l. 3. ff. eod.* Cæterùm id 304
accipiendum est de totali rei interitu, quo scilicet tota res, non aliqua ejus pars, absumitur. Si enim *verbi gratiâ*, domus oppignorata comburatur: area nihilominùs manebit obligata, & quicquid ei deinceps inædificatur. *l. domo. 41. ff de pignorat. action. l. Paulus. 26. §. penult. ff. de pign. & hypoth. Cujac. lib. 23. observ. 22.* Siquidem cùm mutatur tantùm rei qua- 305
litas, hypothecam durare, minimè dubitatur. *l. fundus. 16. §. si res. 2. ff. dict. tit. Wesenbec. in Paratitl. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. num. 3. ubi & alios solvendi pignoris modos attingit.* Porrò an & quatenus per rei corruptionem aut mutationem, itemque per præscriptionem pignus finiatur, latè explicat Bachovius *d. tract. de pignorib. & hypoth. lib. 5. c. 3. pag. 369. cum seqq. & c. 12. pag. 424. & seqq.*

Pignore prædictis modis soluto, succedit actio pi- 306
gnoratitia personalis. *l. ult. in fin. Cod. de distract. pignor.* quæ duplex est: directa & contraria. Directa 307
debitori, qui rem oppignoravit, competit solutâ omni pecuniâ, adversus creditorem, ut rem reddat. *hoc § nostro, l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. l. debitor. 40. ff. de pignorat. action. Neguzantius in tractat. de pignorib. & hypoth. 2. membr. septima part princ. n. 7. & seqq.* damnumque in eâ dolo culpâve datum resarciat. *l. si, cùm venderet. 13. § fin. l. sicut vim. 19. C. de pign. & hypoth.* Sed hic distinctio pignoris con- 308
ventionalis & prætorii necessaria est: ut in illo creditor de dolo & culpâ teneatur. *l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati.* in hoc verò de dolo duntaxat. *l. præter at. 9. §. præterea. 5. ff. de reb. auctorit. jud. possid. Balduin. in tract. de pignorib. & hypoth. c. ultim.* Cur in pignore conventionali non dolus 309
tantùm, ut in deposito, sed culpa etiam, ut in commodato,

modato, præstetur, ratio hæc est: quia pignus utri-
usque gratiâ datur, & debitoris, quò magis pecunia
ei credatur, & creditoris, quò magis ei in tuto sit
creditum, *per hunc §.* Quandoquidem in iis contra-
ctibus, qui utriusque contrahentium utilitatem
continent, & dolus & culpa præstanda venit. *d. l. si,*
ut certe. 5. §. 2. ff. commodat. Berlichius part. 2. conclu
310 *sion. practicabil. conclus. 33. num. 1. p. 693.* Veruntamen
non levissima culpa, ut in commodato, sed levis so-
lummodò præstatur: hoc est, talis diligentia à cre-
ditore exigitur, qualem suis rebus, non vigilantissi-
mus aut diligentissimus, sed diligens paterfamilias
311 adhibere solet. *l. ea igitur. 14. ff. de pignerat. act.* Ra-
tio differentiæ inter commodatum & pignus haud
obscura est: quia in commodato solius accipientis
sive commodatarii utilitas vertitur: ac proinde me-
ritò is levissimæ culpæ nomine tenetur: ast in pi-
gnore utriusque, *ut paulò antè dictum,* utilitas versa-
tur: & propterea rectè de levi tantùm culpâ credi-
tor tenetur. *d. l. 5. §. 2. ff. commodat. Theodor. Mar-*
cilius in hoc §. & ibidem Bercholt. n. 6. Foman. Disput.
20. thes. 8. lit. g. Giphan. Disput. 25. ad Institut. thes.
19. & inibi Alemannus in suis not. n. 18. & sequente.
312 Enimverò si solius creditoris gratiâ pignus datum
sit: præstat creditor etiam levissimam culpam. *d. l.*
si cùm venderet. 13. in fine ibi, venit & custodia. ff. de
pign. act. & d. l. sicut. 19. ibi, sed & custodiam. C. *de pi-*
gnorib. & hypoth. ex quibus legibus evincitur, credi-
torem teneri quoque de levissimâ culpâ; idque si-
gnificatur per vocem, *custodia,* quâ indicatur summa
& exactissima diligentia, cui opponi solet levissima
culpa, *ut monitum ad §. 2. n. 70. supr. de obligat.* Sed
existimandum est; verum illud tantùm esse, si cre-
ditoris solius gratiâ pignus contractum sit; puta ut
pecunia credita in tutum redigeretur, alioquin pa-
rati etiam sine pignore roganti amico credere pecu-
niam. Nam si utriusque gratiâ pign⁹ contractum sit,
quò magis debitori pecunia crederetur, quam sine
pignore habere non poterat, quod eâ ratione quo-
dammodo illi creditor exprimere videtur, *argum. l.*
cùm te pecuniam. 4. C. de pign. & quò esset creditori
pignore cautum: hoc casu negandum est, custodiam
pignoris esse præstandam, secundùm definitionem
d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodat.
Ita docet Cujacius *lib. 19. observat. c. 24.* quem sequi-
tur D. Bocerus *in l. contractus. 23. c. 4. num. 74. ff. de*
reg. jur. edit. 2. Tametsi aliter sentiat Bachovius *d.*
lib. 5. de pignorib. c. 21. num. 3. & 4. pag. 463. & seq.
itemq; in hoc § nostro pag. 739.

313 Contraria pignoratitia actio datur creditori, ad-
versus debitorem, ad id consequendum, quod sibi
pignoris nomine probabiliter abest. *l. si necessarias. 8.*
in princ. l. si servus. 31. cum l. seq. & l. si quis. 36. ff.
de pignorat. act. & ibidem Wesenbecius in suis Paratit.
num. 8. & Negusantius d. tract. de pign. & hypoth. 3.
memb. septima part. princ. numer. 15. & aliquot seqq.
veluti, si in conventione pignoris deceptus sit; ut si
rem alienam debitor obligârit: quo casu etiam stel-
lionatûs crimine extraordinario conveniri poterit.
l. 1. §. 1. & 2. l. 2. d. l. si quis. 36. in princ. & §. 1. ff. de
pignorat. act. si damnum passus sit creditor ex pigno-
re, ut debitor resarciat. *d. l. si servus. 31. ff. eod.* si im-
pensas necessarias in pignore fecerit, ut debitor re-
fundat. *d. l. si necessarias. 8. in princ. ff. d. tit. l. credi-*
tor. 7. in fin. Cod. eod. Schafferus lib. 1. quæst. 43. D. Be-
sold part. 2. delibator. jur. ex lib. 13. Pandect. quæst. 9.
pag. 90. vide Bachovium in tractat. de pignorib. & hy-
pothec. lib. 3. c. 9. numer. 2. p. 189. Quæ tamen im-
pensæ à judice examinandæ sunt, ut neque delicatus
debitor, neque onerosus creditor audiatur. *l. si ser-*
vos. 25. ff. d. tit. de pignorat. act. Decet enim credito- 314
rem exactorem, non acerbum, nec contumeliosum;
sed moderatum, & cum efficacia benignum, & cum
instantia humanum esse. *l. si bonò. 33. in princ. ff. de*
usur. l. continuus. 237. §. cùm ita. 2. ff de verb. obligat.
nec malitiis hominum indulgendum est. *l. in fundo.* 315
38. ff. de rei vindicat. Enimverò hic notandum: ra- 316
tione impensarum creditori quoque competere jus
retentionis. *arg. l. quamdiu. 6. Cod. de distract. pign. l. 2.*
Cod. debitorem venditionem pigneris impedire non poss.
l. solutum. 11. §. 3. ff. de pignorat. act. l. si in area. 33. in
fin. ff. de condict. indeb. ne scilicet petitor ex aliena ja-
cturâ locupletetur. *l. planè. 38. ff. de petit. hered.* Nec
interest, etiamsi debitor chirographariam tantum
pecuniam debeat. *l. unic. Cod. etiam ob chirograph.*
pecun. pignus retineri poss. Meyrer. in tract. de pignor.
tit. 18. num. 3. lib. 1. eumq; referens D. *Plebst. disput. 2.*
ad jus municipale Württemberg. part. 2. thes. 93. ad
lit. C. Porrò pignoratitia illa actio, uno tantùm no- 317
mine semper pignoratitia appellitatur. Ex altero
autem pignore, quod propriè hypotheca dicitur, a-
ctio quæ nascitur, etiam pignoratitia quidem com-
muni nomine, sed propriè & sæpiùs hypothecaria,
& Serviana, & utilis Serviana, & quasi Serviana nun-
cupatur. *§. item Serviana. 7. infr. de actionib. l. 1. Cod.*
communia de legat. Sunt & aliæ inter pignoratitiam 318
& hypothecariam actionem differentiæ. Nam pi-
gnoraticia actio, est in personam, quia ex contractu
descendit: hypothecaria, est actio in rem. *d. l. ultim.*
in fin. Cod. de distract. pignor. gloss. in l. nec creditores.
10. ad verbum longi. *Cod. de pignorat. action.* Pigno-
ratitia dein est civilis; hypothecaria ex pacto, & ex
ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capit. *d. §.*
item Serviana. 7. infr. de actionib. l. si tibi decem. 17.
§. de pignore. ff. de pactis. Adhæc pignoraticia, est bo-
næ fidei actio: hypothecaria, est stricti juris. *§. actio-*
num autem. 28. ibique gloss. in verbo, pignoratitia. infr.
de actionib. Pignoraticia insuper debitori, qui rem
pignori opposuit, datur exolutâ pecuniâ, ad conse-
quendũ pign⁹ creditori traditũ, *ut dictũ suprà n. 293.*
At hypothecaria creditori tribuitur, quâ pign⁹, pe-
cuniâ nondum persolutâ, persequitur. *d. §. item Ser-*
viana. 7. inf. de actionib. Deniq; pignoratitia, cùm sit
personalis, annis triginta semper durat. *l. sicut. 3. Cod.*
de præscr. 30. vel 40. annor. hypothecaria verò varium
tempus habet: siquidem interdum tollitur 10. annis,
inter-

interdum 10. interdum 30. & interdum 40. ut notavit Balduinus *ad d. §. item Serviana, verſ. inter pignus inſr. de action. arg. l.2. Cod. de luitione pignoru.* & Negusantius *dict. tractat. de pignoribus & hypothec.* 1. *membr. partis.* 7. *principal. num.* 6. Vide Reinhardum Bachovium *in tract. de actionib. disputat.* 3. *ad theſ.* 37. *pag.* 110. *& d tract. de pignorib. & hypoth. lib.* 1. *c.* 1. *&* 10. *cum seqq. itemq. lib.* 5. *cap.* 10. *pag.* 456. *cum seqq.* & Georgium Frantzkium *exercitat.* 13. *quaſt.* 10. *pag.* 452. *& seqq* itemque Davidem Döringium *in bibliotheca Iuriſconſultorum. tom.* 1. *in verb. actio pignoratitia num* 50. *fol.* 397.

Porrò cùm repreſſaliæ pignoribus aſſimilari videantur : de iis, an & quatenus jure defendi poſſint,
319 coronidis quaſi loco diſquiſitionem inſtituere lubet. Antequam autem quæſtio iſta diſcutiatur: paucis præmittendum & monendum eſt : quòd repreſſaliæ (quarum mentio fit in jure Canonico, *nempe in c. unic. de injur. lib.* 6. *Hotoman. conſil* 23. *numer.* 21.)
320 exotico & barbaro vocabulo dicuntur pignorationes rerum & perſonarum : quando videlicet unus pro alio, & res unius pro re alterius apprehenditur : & à ſummo Principe, Rege, vel Magiſtratu, ſuperiorem non recognoſcente , ob juſtitiam denegatam, conceduntur : cùm inſtar juſti belli reputentur, quod ab alio, quàm ſummo Imperatore, indici nequit. *l.* 3. *verſ. eadem lege tenetur. ff. ad leg. Iul. majeſt. l. unic. C. ut armor. uſus inſcio Princi;e interdict. ſit.*
321 Quin etiam ipſe Imperator bellum movere non poteſt, abſque conſilio & voluntate Septemvirorum & ordinum Imperii : ut apparet ex Capitulatione Cæſariâ, quæ extat apud Schleidanum *lib. Commentar. de ſtatu Religionis & Reipubl. circa finem.* Quòd ſi quiſquam ſine licentiâ Imperatoris bellum concitet : crimen læſæ majeſtatis committere dicitur. *d. l.* 3. *ff. ad l. Iul. majeſtat. Matth. de Afflict. ad Tit.* 27. *de pace tenendâ. §. ſi quis hominem. n.* 27. *lib.* 2. *Feudor. Damhouder. in praxi rer. criminal. c.* 82 *de bello. n.* 20. *eosq; laudans Dn. Collega Bocer. in tract. de diffidatio-*
322 *nib. c.* 2. *num.* 5. *&* 6. Licèt verò in omni diſquiſitione λογομαχία ſit vitanda : deque nominibus, quæ rerum picturæ tantùm ſunt, & teſſeræ , *ſecundum Platonem in Cratyl* nos non adeò ſolicitos eſſe oporteat : tamen cùm ſemper rerum quidem potior, ver-
323 borum autem prior cura eſſe debeat. *l.* 1. *in princ. ff. de Iuſtit. & jur. l.* 1. *§.* 1. *&* 2. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de reb. credit. ſi cert. pet. l.* 1. *§.* 1. *ff. de ſuſpect. tutorib.* illa quoque in propoſitâ materiâ nobis curæ erit : præſertim cùm nomina, ut & etymologiæ, ad ipſarum rerum cognitionem nos haud rarò manu ducant : & ex ignoratione vocum atque etymologiarum maximam ſæpe rerum, quarum illæ notæ ſunt, ignoratio-
324 nem & confuſionem ſequi neceſſe ſit. Ad repreſſaliarum igitur vocem quod attinet : illæ non eodem modo ab omnibus derivantur. Quidam enim eas deducunt à repræſentando : quaſi ſcilicet illi, qui ob denegatam Juſtitiam cum rebus detinentur, repræſentent eos, qui & debitum non ſolverunt, & ad id conſequendum jus & juſtitiam denegarunt, juxta illud Poëtæ :

Quicquid delirant Reges, plectuntur Achivi.

Ac ſanè cùm is, qui cauſam repreſſaliis dedit, pignorato omne damnum & intereſſe, quod eſt paſſus, reſarcire cogatur : iſthæc notatio non omnimodo pro rejiculâ habenda eſt. Alii repreſſalias ſive preſſalias ducunt à preſa , vocabulo Italico , quod capturâ deſignat : aut à verbo Gallico reprendere, & repriſe: quod eſt aliud pro re ſuâ recipere, & injuriam, in damno & facto conſiſtentem , reſarciri poſtulare. Alii verò eas à reprædando derivant. Nonnulli denique eaſdem à reprimendo dictas autumant. Et cùm re- 325
326 preſſaliis homines vulgò utantur, ut alios ad juſtitiam adminiſtrandam urgeant ; iiſque aliorum injuſtitia reprimatur : & hæc notatio non omnino irrationalis videtur Atque ita repreſſalias ſeu preſſalias Doctores deducere animadverto. Quæ etymologiæ ut omnes non poſſunt prorſus eſſe infulſæ ſive abſurdæ, ſi rem ipſam reſpicias : ita ſi ipſam vocis & rei originem ſpectes ; non omnes veræ ſunt Grammaticè. Etenim cùm vocabulum *(repreſſaliæ)* ſit barbarum, *ut paulò antè monitum, num.* 320 & verò repræſentare, ut & reprimere, verba Latina : hæreo profectò ac dubito, an de his Grammaticè etiam deducatur vox *repreſſaliæ.* Trium quippe eſt ; derivatum, 327
& derivativum, ſeu ſimplex & compoſitum, ejuſdem debere eſſe originis Enimverò utut quiſpiam deducat : nulli propterea litem movebo. Uſum porrò re- 328
preſſaliarum non novitiâ conſuetudine receptum eſſe, ut Bartolus noſter voluit : ſed à vetuſtiſſimis Romanorum legibus radicem ſumpſiſſe, cenſeo, putà ab ipſis Fecialibus , à Numa Pompilio ſecundo Romanorum Rege, primò conſtitutis. Quorum of- 329
ficium erat , cuſtodire & præcavere : ne alicui confœderatæ Urbi bellum à Romanis injuſtum inferretur : quòd ſi fortè ab aliis fœdera violarentur , repetere res ; & ſi non redderentur, bellum decernere. Ibat enim ad fœdifragam Civitatem Fecialis ; & admonitis, ut juſta facerent, niſi paruiſſent (Diis fœderum inſpectoribus invocatis) bellum comminabatur. *Vide Carolum Paſchalium in ſuo Legato. c.* 3. Hincque emerſiſſe uſum repreſſaliarum Zaſius quoque , ſummus ille Germaniæ Juriſconſultus, exiſtimat, *in l.* 2 *§.* 2. *verſ. & ita leges quaſd. in ff. de orig jur.* Licèt, poſt alios, aliter ſentiat Ventura de Valent. *lib.* 2. *parthenis litigioſi. c.* 2. *num.* 31. Eaque de re videatur Bachovius *in tract. de pignorib. & hypoth. lib.* 2. *c.* 12. *n.* 5. *pag.* 140. *& ſeq.* His ita breviter præmiſſis, ad propoſitam quæſtionem propiùs accedamus : & nunquid repreſſaliæ jure defendi , & in quoſvis communiter licitè exerceri queant, accuratiùs paulò examinem*. Ac certè eas regulariter omni juri eſſe conſentaneas, Doctores plerique, ſpecioſis admodum rationibus & fundamentis ſuffulti, concludunt.

Primò enim ita ratiocinantur : omnis juſtitia & 330
naturalis æquitas poſtulat, dictitatque : ut ſingulis ſua tribuantur ; & omnibus , rerum vel creditarum, vel

vel ablatarum restitutio fiat. *§. juris precepta. 3. Instit. de justit. & jur.* Ideoque eum nobis aliquis deberet,
vel nostra nobis surripuisset: & nos non solùm adversarium, sed ejus etiam Magistratum pro restituendis rebus solicitaverimus; debita verò justitia utrinque denegata fuerit: ordinasse & permisisse videtur eadem ipsa lex & justitia alium modum & remedium extraordinarium, malo nodo malum cuneum objiciendo: ita ut quod monendo ac solicitando consequi non potuimus, id æquabili repressaliarum & pignorationum coactione obtineamus: adeoque adversarium vel magistratum amore sui concivis vel subditi ad justitiæ administrationem compellamus. Deinde accedit; quòd licèt repressaliatus seu pignoratus, veri contractûs ratione, sit innocens: attamen propter denegatam vel protractam justitiam à magistratu suo, quasi obligatione aliquâ teneatur; ac ea propter ex obligatione istâ possit vel ipse, vel bona ipsius detineri, eidemque auferri: quò Princeps sive Magistratus ad jus cuique, etiam extero, reddendum faciliùs adigatur & concitetur.
331 tetur. Præterea metu repressaliarum singuli Magistratus cogentur non minus exteris, quàm propriis subditis & civibus justitiam administrare: ut proinde ipsorum subditorum intersit, repressalias exerceri adversus Principem & Magistratum, justitiam denegantem. Civitas insuper vel Dominus, justitiam facere negligens, vel recusans, est debitor justitiam postulantis. Quocirca homines, illi Domino vel Populo subjecti, capi poterunt: siquidem propter delictum Domini, negligentis facere justitiam, contra totam terram & omnes gentes subditas bellum indici posse, Divus Augustinus scriptum reliquit. *can.*
332 *dominus. 2. caus. 23. quest. 2.* Adhæc cùm negligentia procuratoris domino noceat: idcirco & negligentia Rectorum nocebit civibus: quoniam sibi imputare debent, quòd tales elegerint, *argum. l. cùm mandatu. 23. ff. de minorib.* Denique regnum ab injustis
333 *datu. 23. ff. de minorib.* Denique regnum ab injustis auferri, & justitiam facientibus dari debet, *Matth. c. 21. v. 42. Ecclesiast. c. 10. v. 8.* Atqui Magistratum, repressalias concedentem, in locum Superioris, justitiam denegantis, succedere vix dubitatur. Atque
334 stitiam denegantis, succedere vix dubitatur. Atque hæc potissima sunt argumenta, quibus vulgò Doctores repressalias defendere conantur: istis tamen concurrentibus causis sive requisitis. Primò, ut justitia sit denegata. Nisi enim & reus fuerit evocatus, & magistratus requisitus, & justitia vel protracta, vel denegata: extraordinario huic repressaliarum remedio locus non relinquitur, *arg. l. cùm verò. 26. §. subventum. 7. & §. evocari. 9. ff. de fideicommis-*
335 *sar. libertat.* Secundò Doctores requirunt, ut denegetur justitia in causa magnâ & læsione enormissimâ. Haud etenim pro re modicâ decerni solent remedia extraordinaria. *l. scio. 4. ff. de in integr. restitutionib. l. si quis. 9. §. ult. ff. de dolo.* Tertiò, ut debitum, causaque petendi repressalias sit liquidissima, & sufficientibus probationibus aperta: ita ut supplicantis postulatio vel re judicatâ, vel publico instrumento,
vel chirographo, plenisque indiciis nitatur. Quartò, 336
ut auctoritate Magistratûs, cui de gravamine plenè constet, arrestum judicialiter imponatur: cùm propriâ auctoritate jus sibi dicere nemo possit. *l. non est singulis. 176. ff. de reg. jur. l. nullus. 14. C. de judaeis. Hucq; facit novissimus Imperii recessus de anno 1594. §.* vnd so viel die vngleiche Meynung / *&c. pagin. 721.* Quintò & ultimò, ut is, contra quem conceduntur repressaliæ, sit forensis & extraneus: quandoquidem uni Principis subdito, contra alium ejusdem Principis subditum, repressaliæ concedi non debent: cùm boni Principis sit, amborum causas cognoscere, & cuique justitiam incorruptè administrare. Atque ita 337
docent Bartolus, Martinus Laudensis, & Joannes-Jacobus à Canibus *in suis Tractibus, de Repressaliis,* Jodocus Damhouder. *in praxi rer. crimin. c. 98. n. 11.* Petrus Heigius *part. 1. quæst. 12.* Andreas Dalner. *in Epitom. de repressal.* Petrus-Friderus Mindan. *de Processibus, &c. lib. 1. c. 49.* Guid. Pap. *decis. 32.* & ibidem Anton. Rambaudus *in suis additionib. Hotoman. d. consil. 23. num. 25.* Menoch. *de arbitr. judic. cent. 6. cas. 527.* Horat. Carpan. *super statuta Mediol. vol. 2 c. 437* Andr. Pinner. *in singulari disput. de Repress.* Melander. *in processu Meureri, part. 2. th. 220. pag. 387.* Limnæus *tom. 3. de jure publico Imp. Rom. lib. 8. c. 9. n. 24. cum seqq. pag. 138.* Petr. Greg. *lib. 38. syntagm. c. 8.* D. Marta *tom. 2. Digestor. novissimor. tit. Repressalia. c. 1. cum seqq. fol. 121. D. Besold. in thesauro practico. lit. R. n. 33. pag. 687.* Althus. *lib. 2. dicaolog c. 17. num. 28. pag. 579.* Quirinus Kubachius *cent. 3 quæst. illustr. decur. 2. q. 4. itemq; apud Arumaeum vol. 4. de jur. publ. discurs. 25. 26. 27. & 28.* Joan Baptista Costa *tom. 1. tract. de remediis subsidiar. remed. 17. numer. 9. cum seqq. fol. 42.* Hugo Grotius *lib. 3. de jure belli ac pacis c. 2. pag. 574. & seqq.* Balthasar Ayola *lib. 1. de jure & offic. bellicis. c. 4.* & sexcenti alii.

Verùm ego, nec istis quidem requisitis universis concurrentibus, repressalias jure regulariter licitas; sed omni potiùs jure prohibitas, illicitas & improbatas esse (cum nonnullis magni nominis Jureconsultis, quantumvis numero paucis. Andrea Gailio *lib. singulari, de pignorationib. observat. 2.* Matthia Colero. *in tractat. de processib. executiv. part. 1. c. 2. n. 283. cum seqq.* & Helfrico-Ulrico Hunnio, *in Commentar. de privileg. Studiosor. c. 2. q. 11. item lib. 3. resolution. jur. civil. tractat. 3. part 5 quæst. 7. pag. 969. & seqq.* Antonio Asselmanno, *de contract. disput. 6. th. 10. pag. 147.* Berlichio *part. 1. conclus. practic. concl. 51. & seq.* itemque Ventura de Valent. *d. lib. 2. c. 2. num. 32. cum seqq.* & aliis *recitatis, suprà n. 139.*) mihi persuasissimum habeo. Moveor autem rationibus, haud futilibus; sed ex purissimo ipsius justitiæ æquitatisque fonte haustis atque desumptis. Regula quippe utri- 338
usque juris notissima & firmissima est: neminem alterius odio prægravari debere. *c. non debet. 22. de reg. jur. in 6. l. non debet alteri. 74. ff. de reg. jur. l. si quis suo. 33. §. 1. ibi, hoc iniquum judicantes, &c. C. de inoffic. testam.* Arqui negari minimè potest, quin odio nō solventis,

ventis, nec justitiam administrantis, gravetur per re-
pressalias ille, qui propter debitum alienum non so-
lutum, ac propter justitiam sive denegatam, sive
protractam capitur, aut bona ejus detinentur. Pro-
inde repressalias cum justitiæ jurisque fundamentis
ac regulis pugnare, plusquam manifestum evadit.
Quin & jus divinum prohibet, innocentem portare
iniquitatem delinquentis. *Ier.31.v.30. Ezech.c.18.*
339 *v.4.17. & seqq.* Adhæc, si propter æs alienum patris,
filium inquietari & conveniri fas non est. *tot.tit.C.*
ne filius pro patre, vel pater pro filio, &c. nemo utique
non videt, iniquissimum esse, aliquem propter debi-
tum extranei conveniri & inquietari, capi, bonisvè
suis exui. Hinc rectè scitèque Cassiodorus, *lib.4.*
variar.c.10. dividuntur, inquit, causæ Germanis: fi-
lius obligationibus paternis, si non sit heres, exui-
tur: uxor maritalibus debitis, nisi per successionis
vinculum, non tenetur: & audacia ad solutionem
trahit extraneos: cùm absolvant jura conjunctos.
340 Nec ad rhombum quicquam facit, quod antagoni-
stæ excipiunt: filium pro patre, & patrem pro filio
non teneri, quatenus eidem Magistratui subsint: at
si pater extraneo deberet, & huic denegata esset ju-
stitia: tunc filium ab extraneo isto creditore arresta-
ri posse. Etenim hoc ipso illos manifestè petere
principium, nemo non intelligit. Sed & *in d. tit. C.*
ne filius pro patre, &c. Divi Imperatores generaliter
loquuntur: & constitutiones quoque, filium ob de-
bitum patris, & patrem ob debitum filii inquietari
prohibentes, naturali justitiæ ratione, de quâ supe-
341 rius dictum, nituntur. Ad hujus assertionis corro-
borationem accedit: quòd repressaliæ ob privatam
potissimùm concedantur utilitatem: ut nimirum
creditor suum ab extero debitore obtinere ac conse-
qui valeat. Ast in proparulo & tralatitium est; quòd
propter utilitatem privatam Respublica turbari, cō-
velli, & labefactari non debeat: quæ sanè exercitio
repressaliarum vel maximè turbatur, inquietatur, &
342 convellitur. Lex præterea justitiæ, jurisque gentium
& naturalis suadet: alterum non esse lædendum. *§.3.*
supr. de justit. & jur. itemque illud, quod nostrum
est, sine facto nostro ad alium transferri non posse.
l.11. quod nostrum.11. ff. de reg. jur. At contrarium fi-
eri per repressalias, ipso meridie clarius est: quando-
quidem non potest non gravissimè lædi, qui ob debi-
tum delictumvè alienum, vel ipse custodiæ traditur,
vel cujus bona auferuntur & detinentur. Quemad-
modum & per repressalias id, quod nostrum est, sine
ullo facto nostro aut delicto ad alium transferri, pa-
lam est. Dubium ergo relinquitur nullum, quin le-
ges naturæ, & regulæ justitiæ gravissimè ac manife-
stissimè per repressaliarum remedium violentur. Et
343 quanquam ad hoc dissentientes respondeant: per re-
pressalias quidem auferri, & ad alium transferri al-
terius bona, alterumque quodammodo lædi; sed
non sine causâ justissimâ ac gravissimâ: quia scilicet
bonum publicum suggerat, justitiam administrari,
suumque jus cuique reddi: id quod per repressalia-
rum concessionem efficiatur: attamen ego juris ve- 344
ritati & naturali æquitati magis consonum esse opi-
nor, ne quidem propter utilitatem publicam suum
cuique, sine ipsius culpâ ac merito, aut sine justi re-
fusione pretii, adimi posse, *arg.§. ult. supr. de his, qui*
sui vel alieni jur. sunt. l. venditor.13.§.1. vers. nisi prius
solitum. ff. commun. prædior. Deinde ad justitiæ admi-
nistrationem à Magistratu extorquendam, non prop-
terea sunt ipsius sanctæ justitiæ leges violandæ atq;
evertendæ. Tum etiam non esse facienda mala, ut 345
inde eveniant bona, Divus Apostolus monet. *Paul.*
ad Roman.c.3.v.8. Huic insuper sententiæ plurimùm 346
inservit vulgata regula juris, quâ dicitur: factum
cuique suum, non alii nocere debere. *l. sanctum.155.*
ff. de reg. jur. Arqui verò factum Magistratûs, justi-
tiam denegantis, noceret alii, nempe ei, cujus bona
arrestantur & detinentur, si repressaliæ admitteren-
tur. Quare si omnino justitiæ administratio violen-
to aliquo remedio à Magistratu extorquenda est:
æquum profectò putaverim, ipsius potius magistra- 347
tûs, quàm alterius ejus subditi, bona arrestanda esse:
cùm dictamini rectæ rationis & æquitatis planè cō-
veniens sit; pœnas suos tenere auctores: nec ulte-
rius progredi metum, quàm reperiatur delictum, ut
præclarè rescripserunt Impp. Arcadius & Honorius.
l. sancimus.22. C. de pœn. Eòdem quoque non parùm
confert: quòd per repressalias summus Princeps sive
magistratus constituitur Judex in re quasi propriâ:
qui à subditis denegantis justitiam, semel repressa-
liatis extorquebit, quantùm voluerit: atque ita plus
æquo & justo, pro suo arbitrio exiget: qui tamen in
prosecutione sui juris amplius non erat habiturus,
quàm quantum sibi debebatur in sorte principali, vel
ratione moræ: id quod repugnat penitus juri natu- 348
rali, præcipienti: quòd nemo cum alterius jacturâ
debeat locupletari. *l. nam hoc natura.14. ff. de condict.*
indebiti. l. jure naturæ.206. ff. de reg. jur. cap. locuple-
tari.48. eod. tit. in 6.

Sed quid ego pluribus rationibus conquirendis
immoror? cùm ipsæ sacratissimorum Imperatorum
constitutiones apertissimè istiusmodi repressalias
oppignerationesvè impugnent atque prohibeant?
Primò enim Zeno Imperator, *in l. unic. C. ut nullus* 349
ex vicaneis pro alien. vicaneor. debitis teneat. eâ de re
ita disertè sancit: *Grave est*, inquiens, *non solùm legi-*
bus, verùm etiam æquitati naturali contrarium, pro a-
lienis debitis alios molestari. Idcirco hujusmodi iniqui-
tates circa omnes vicaneos perpetrari, modis omnibus
prohibemus. Jam verò alienis debitis per repressalia-
rum concessionem molestari eos, in quos exercen-
tur, manifesto manifestiùs, certoque certius est: ac
proinde Zenonianâ hac sanctione prohiberi repres-
salias, firmiter statuendum est. Deinde augustissimus
Imp. Fridericus Secundus, *in Auth. habita. C. ne fi-* 350
lius pro patre &c. inter reliqua ita scribit: *Hac igitur*
generali, & in perpetuum valiturâ lege decernimus: ut
nullus de cætero tam audax inveniatur, qui aliquam
Scholaribus injuriam inferre præsumat: nec ob alterius
cujus-

cujuscunq; provincia delictum sive debitum (quod aliquando ex perversa consuetudine factum audivimus) aliquod damnum eis inferat, &c. Ecce hic Imp. Fridericus illam repressaliarum consuetudinem expressè improbat, eamque perversam appellitat, quâ quis alteri⁹ ob delictum vel debitum pati damnum compellatur. 351 Consimiliter laudatissimus Imp. Justinianus, *in Novell.* 52. *in præfat. juncto c.* 1. repressalias, ut iniquitatis & injuriæ plenissimas, perspicuè damnat, ita sanciens: *Inhonestas pignorationes, & odibiles super his exactiones, plurima quidem & alia leges odio habent; præcipuè autem à nobis posita: sed nescimus, quemadmodum causa, licèt tantis castigata legislationibus, adhuc præsumitur, & in Republica est, & majorem sui prabet virtutem, quàm legum necessitas. Propterea sancimus: nullam omnino pignorationem in nostra Republicâ prævalere, neq; in mercatis (hoc quod maximè ibi præsumptum invenimus) neq; in agris, neq; in civitatibus, neq; in vicis, neq; in civibus, neq; in vicaneis, neq; in agricolis, neq; alio omnine quocunq; modo vel tempore: sed præsumentem alium pro alio, secundum pignorationis formam, aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passo: & cadere etiam ab actione, quam habuit adversus eum, pro quo exactionem fecit. Non enim habet rationem, alium quidem esse debitorem, alium verò exigi: sed nec alteri molestum pro altero quodam tanquam invasionem aut injuriam committentem: & alium quasi vicaneum existentem cadi, aut injuriam sustinere, & aliquid pati, quod omnino non competit, pro alio, & absq; legitima occasione quamlibet perferre calumniam, &c.* 352 Idem præterea Justinianus noster *in Novell.* 134 *c.* 7. hoc modò graviter sancivit: *Quia verò & hujusmodi iniquitatem in diversis locis nostra Reipublica cognovimus admitti: quia creditores filios debitorum præsumunt retinere, aut in pignus, aut in servile ministerium, aut in conductionem: hoc modis omnibus prohibemus: & jubemus, ut si quis hujusmodi aliquid deliquerit, non solùm debito cadat, sed tantam etiam quantitatem adjiciat dandam ei, qui retentus est ab eo, aut parentibus ejus, & posthac etiam corporalibus pœnis ipsum subdi à loci judice: quia personam liberam pro debito præsumpserit retinere, aut locare aut pignorare.* Denique quòd Repressaliæ seu oppignerationes in Romano Imperio tolerari non debeant, apertè novissimè constituit Imp. Maximilianus II. *in Recessu Imp. Spirensi de anno* 1570. §. Wann auch die arresta, wie die repressalien, generaliter in Rechten verbotten, &c. Ex hisce hactenus recensitis constitutionibus Imperialibus ad oculum liquere arbitror: repressalias omni jure severissimè prohibitas atque damnatas esse. 353 Neque verò de verissimâ hac sententiâ me facilè dimovebit, quod Adversarii vulgò reponere solent: in modò adductis constitutionibus non tam pignorationes & repressalias damnari, quàm inhumanissimum & pestilentissimum earum abusum reprehendi atque prohiberi: sicq; demum repressalias licitas censeri; si causæ cognitio procedat: si justa causa, denegatio videlicet justitiæ, subsit: si denique non propriâ aut privatâ, sed magistratus auctoritate exerceantur, ut fusius expositum suprà, *num.* 334. *& seqq.* Huic namque responsioni non solùm resistit generalitas textuum, expressissimè prohibentium, alium pro alio inquietari & molestari: verùm etiam generalitas rationis; quòd nimirum rationem nullam habeat: alium quidem esse debitorem, alium verò exigi: & quòd legibus & naturali æquitati prorsus contrarium sit; pro alienis debitis quenquã molestari. *D. Hunn. d. Commentar. de privileg. Studiosor. c.* 2. *q.* 11. *pag.* 170. *& d. lib.* 3. *resol. jur. civ. tract.* 3. *part.* 5. *quæst.* 7. *pag.* 972.

Positis itaque & explicatis sententiæ nostræ fundamentis: superest, ut ad contraria suprà *n.* 330. *& seqq.* allata, succinctè breviterque respondeamus. 354 Quod igitur primo loco dicebatur: ipsam justitiam & æquitatem exposcere: ut suum cuique tribuatur: ut ablatum restituatur: ut debitum exolvatur: hoc autem per repressalias extorqueri ab eo, qui priùs justitiam administrare neglexerit, aut denegârit: ac proinde per repressaliarum concessionem, justitiæ administrationem promoveri: illud sanè haud difficulter removetur, si respondeatur: legem quidem, 355 justitiæ esse perpetuam; quòd suum unicuique sit tribuendum: sed ejusdem justitiæ aliam esse legem, illâ non inferiorem; quòd proximus non sit lædendus. *d.* §. *præcepta.* 3. *supr. de just. & jur.* hanc verò violari per repressalias: ideoque sic unam justitiæ legem tuendam & custodiendam, ut altera non violetur, nec evertatur. Sed & hoc non incommodè regeritur: 356 finem quidem bonum esse posse; ubi tamen media, ad finem istum tendentia, mala sint; hoc autem quotiescunque accidit, observandum esse præceptum Paulinum: *Non esse facienda mala, ut inde eveniant bona. d. c.* 3. *ad Rom. v.* 8. Sic, verbi gratiâ, 357 Christiana religio semper promovenda est: at non vi, non igne, non laqueo, non rotâ, non ferro, aut armis: sed gladio Spiritûs, verbique divini prædicatione fideli, syncerâ & diligenti. Sic ergo & justitia, ejusque administratio semper promovenda est: sed tamen non quibuscunque mediis violentis, non certè illis, quibus ipsa justitia læditur, quibus proxim⁹ offenditur, quibusvè publica tranquillitas & securitas perturbetur: sicuti per repressalias fieri, ad longum suprà est ostensum. *n* 338. *& seqq.*

Ad secundum dissentientium argumentum ab obligatione subditi pignorati sive repressaliati desumptum, respondetur: 358 ex delicto magistratûs, in quod subditus non consensit, subditũ haud obligari: proindeque si denegârit, neglexerit, aut protraxerit justitiam magistratus: non erit propter hoc alteri, cui denegata fuit justitia, subdit⁹ obligatus: ut qui neq; contraxerit, neque deliquerit ipse, neque in Principis seu Magistratûs delictum consenserit. Unde hoc argumentum non modò leve ac ridiculum; sed planè etiam ineptum & absurdum meritò censetur. *Hunn. in d. Comment. de privileg. Studios. c.* 2. *q.* 11 *pag.* 172. *& d. lib.* 3. *resol. jur. civ. tract.* 3. *part.* 5 *q.* 7. *pag.* 971.

359 Ad tertium, *suprà num.* 331. *allatum, argum.* re-
sponderi poterit: interesse quidem subditorum, ma-
gistratum seu Principem non solùm ipsi, sed exteris
quoque jus reddere, & justitiam administrare : ve-
rum non interesse subditorum, quovis modo ad ju-
stitiæ administrationem Principem cogi : præser-
tim cùm alia suppetant media & remedia, quibus ab
Ephoris & Imperii sive Regni Statibus in officio
Princeps contineatur. *D. Hunn. locis modò designa-*
360 *tis.* Ad quartum (quòd nempe bellum indici possit
toti terræ, & Imperio ; adeòque etiam subditis, ob
denegatam à Principe justitiam : repressaliæ verò
sint species belli) non malè respondetur : privatam
injuriam, uni alicui duntaxat illatam, qualis in no-
strà quæstione est denegatio vel protractio justitiæ,
nequaquam esse justam & legitimam belli causam :
361 sed causam belli debere esse publicam. Ratio præ-
terea diversissima est belli & repressaliarum. Bello
namque petitur Princeps, qui injuriam fecit : nec
non illi, qui vel expressè, vel tacitè, approbant Prin-
362 cipis factum. At repressaliis petitur ille, & quidem
principaliter, qui nec deliquit, nec in delictum con-
sensit unquam. Ac sanè Divus Augustinus *in allega-*
to loco suprà num. 331. agit de bello, quod inferri de-
ber genti vel civitati, propter justitiam, non à Prin-
cipe seu magistratu, sed ab ipsa gente vel civitate de-
negatam aut neglectam. Ideoque valdè imperti-
nenter Augustini auctoritas ad propositum allega-
tur. Sed & illud, quod de bello in contrarium affer-
ri assolet, accipiendum est de bello, ex publica neces-
sitate suscepto, ad propulsandam videlicet injuriam
vicinæ gentis, maximè Sarracenicæ, & à nostra pu-
tiore religione & christianitate prorsus alienæ : quæ
Sacro Romano Imperio suos nervos & vires nefariè
subtrahit, *argument. can. justum est bellum.* 2. *causa.*
23. *quæst.* 2. *& notat Bartolus in l. hostes.* 24. *num.* 14.
363 *ff. de captiv. & postlim. revers.* Sec[u] verò est in injuria,
alicui privato illatâ. Pro eâ enim totæ gentes ad ar-
ma concitati non debent : cum ex parva sæpe scin-
tilla magnum horrendumque oriatur incendium,
argument. l. qui occidit. 30. §. 3. *ff. ad leg. Aquil. & cap.*
364 *si egressus.* 5. *ext. de injur. & dam. dato.* Quapropter
Judex sive Princeps circumspectus atque discretus
esse debet : ne occasione cujuscunque litis facilè pa-
riatur statum, & tranquillitatem Reipublicæ turba-
ri aut convelli, *argum. l. si quis ingenuam.* 21. §. *ult. ff.*
de captiv. & post lim. revers. l. 1. §. *quies.* 12. *ff. de offic.*
præfecti urbi. & l. congruit. 13. *in princ. ff. de offic. Præsid.*
Unde bellè ac scitè canit Ovidius, *libr.* 1. *de remed.*
amoris:

Principiis obsta : serò medicina paratur,
Cùm mala per longas invaluere moras.

Ad quintum argumentum contrarium (quô di-
ctum fuit, *suprà num.* 332. negligentiam Rectorum
sive Principum nocere debere civibus : propterea
quod hi illos elegerint) respondendum puto per in-
ficiationem sive negationem consequentiæ. Haud-
quaquam enim unius est subdiri, constituere & eli-
gere Principem : sed totius Populi, aut Statuum Im-
perii Quin & illud in confesso est : quod Magistra-
tus non semper electione constituatur : sed aliquan-
do etiam successione, aliisve modis ad regnum eve-
hatur: ut proinde subdito nihil planè imputari possit
quando magistratus justitiam non administrat, nec
jus exteris legitimè reddit. *Herman. Kirchner. vol.* 1.
orat. 11. *&* 12. Hincque argumentum à procuratore, 365
officium suum negligente, ad magistratum, justitiæ
administrationem negligentem, minimè procedit :
maximè, cùm procurator non solum consensu, sed &
mandatu domini aliena negocia administret. *l.* 1. *ff. de*
procuratoribus.

Ad sextum & postremum Antagonistarum argu- 366
mentum, *adductum suprà n.* 333. quod attinet : ad id
multipliciter responderi poterit. Nam primò, pro-
pter justitiam uni atque alteri denegatam, Rex sive
Princeps non protinus à solio est deiiciendus : sed is
demum ab officio deponendus erit, qui justitiæ ad-
ministrationem penitus negligit, nec cuiquam jus
suum unquam tribuere satagit. Deinde cum justitiæ
administratio in Republicâ promoveri & conservari
queat hoc medio : ut nempè magistratu, justitiam
negligente, ab officio remoto, alius in locum ipsius
surrogetur, qui justitiæ & æquitati studeat : non erit
profectò per iniquissimum hoc repressaliarum reme-
dium ad justitiæ administrationem Princeps cogen-
dus, quò non tam ipse, quàm innocens subditus cru-
deliter prematur. Deniq; neutiquam conceditur : in 367
locum hujus, justitiam denegantis, substitutum ac
surrogatum esse Principem, repressalias exercentem,
maximè quatenus eas exercet : cum illæ ad officium
boni magistratus haud pertineant ; sed potiùs ei pla-
nissimè adversentur : ut ex iis, quæ hactenus in me-
dium allata sunt, satis superque clarescit.

Tandem nihil quicquam moverit, quod objecta- 368
ri ulteriùs solet: plerosque Doctores, paucissimis dis-
sentientibus, statuere: repressalias omni jure, adeòq;
divino, naturali, gentium & civili valere atque per-
missas esse. Etenim multitudo errantium non parit
errori patrocinium, ut tritum sermone dicterium
habet : sicque non ex multitudine Auctorum, quod
melius & æquius est, judicari debet : cum possit u- 369
nius deterioris interdum sententiam multos & ma-
jores aliqua in parte superare, pronunciante ipso Im-
peratore Justiniano, *in Proœm. Digestor. sive l.* 1. §. *sed*
neq; ex multitudine. 6. *C. de vet. jur. enucleand.* Et id- 370
eo opinatio multorum, quæ jure & rationibus fir-
mis non stabilita atque munita est, licitè sperni re-
pudiariq; potest: ut bene tradidit Panormitanus *in*
c. 2. *ext. de usur. & in c. Capellanus.* 4. *ext. de feriis. &*
ibid. Joan. Andreæ, *& in c.* 1. *de constitut.* eosq; lau-
dans Nicolaus Reusnerus *consilior. lib.* 1. *consil.* 7. *n.* 116.
& seq. Dilutis igitur & destructis omnibus adversæ
opinionis fundamentis; constanter & intrepidè con-
cludendum judico : repressalias nullo omnino jure
aut prætextu defendi posse : ac proinde ad extremos
Garamantas usq; & Indos relegandas, nec non ex u-
niversa hominum communitate exterminandas esse.

DE

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Tit. XVI.

Principium Tituli.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur: ex quâ duæ proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio; quàm ex stipulatu, si incerta sit. Quæ hoc nomine inde utitur, quòd stipulum apud veteres firmum appellabatur, fortè à stipite descendens.

S u m m a r i a.

1 *Ratio ordinis sive continuatio hujus tituli.*
2 *Stipulatio quibus partibus constet.*
3 *Stipulatio unde denominetur.*
4 *Quando de re constat, nomen non curatur.*
5 *Stipulatio quomodo definiatur.*
6 *An stipulatio verus ac proprius sit contractus.*
7 *Stipulatio quibus in locis contractus appelletur.*
8 *A proprietate verborum in dubio non recedendum.*
9 *Omnis conventio aut nudum pactum est, aut contractus.*
10 *Monstrum non est homo.*
11 *Definitio cui non competit, eidem nec competit definitum.*
12 *Mens & intellectus l. Labeo. 19. ff. de verb. significat.*
13 *Nullum simile est idem.*
14 *Quâ ratione stipulatio cum aliis contractibus conferatur.*
15 *Consideratio l. stipulationum. 5. §. ff. de verb. oligat.*
16 *Ex remotione unius generis, non inducitur remotio alterius.*
17 *Contractus & facti sunt & juris.*
18 *Quatenus stipulatio nominetur cautio.*
19 *Accessorium non idem est cum principali.*
20 *Stipulatio cur contractus sit nominatus.*
21 *Sententia l. in conventionalibus. 52. ff. de verb. obligat.*
22 *Quæ natura sit contractuum nominatorum, & quæ innominatorum.*
23 *Stipulatio an sit contractus stricti juris: an item juris civilis.*
24 *Num omnes conventiones sint juris gentium.*
25 *Forma stipulationis in quo consistat.*
26 *Ius civile unde nomen acceperit.*
27 *Quis mortalium primus urbes ædificaverit.*
28 *Forma dat essentiam & originem rei.*
29 *Sola verba quatenus stipulationem constituant.*
30 *Stipulationis forma alia generica, alia specifica.*
31 *Verborum solennitas ex stipulatione an sublata.*
32 *Origo omnium legum rogatio censetur.*
33 *Explicatio. c. 6. proverbior. vers. 1.*
34 *Consensus est à jure gentium.*
35 *Expositio l. an inutilis. 8. §. fin. ff. de acceptilat.*
36 *Stipulatio cur inventa.*
37 *Ecquid stipulatio per se sola, sine alterius causæ adminiculo, consistat.*
38 *Consideratio l. si divortio. 21. ff. hoc tit.*
39 *Intellectus l. 4. §. fin. ff. si quis cautionibus in judic. sist. caus. fact. &c.*
40 *Sensus l. 2. §. 3. ff. de doli mali, & met. except.*
41 *Inter absentes stipulatio contrahi nequit.*
42 *Ex inutili stipulatione an oriatur utile pactum.*
43 *Acceptilatio inutilis habet utile pactum.*
44 *Differentia inter stipulationem & acceptilationem.*
45 *Liberatio oligatione favorabilior.*
46 *Consideratio l. si quis pro eo. 56. §. 1. ff. de fidejussoribus.*
47 *Interpretatio l. ea, quæ. 57. ff. de donat. int. vir. & uxor.*
48 *Declaratio l. non figurâ. 38. ff. de obligat. & actionibus.*
49 *Generi per speciem derogatur.*
50 *Sponsalia quomodo fiant.*
51 *Quis ad interrogata congruenter respondisse intelligatur.*
52 *Quatenus continua interrogatio & responsio ad stipulationis substantiam requiratur.*
53 *Actus extraneus quis sit, judicis arbitrio relinquitur.*
54 *In continenti quid fieri dicatur.*
55 *Examinatur l. si ex duobus. 12. ff. de duob. reis constit.*
56 *Stipulatio omnis vel in dando consistit, vel in faciendo.*
57 *Stipulatio mixta quæ sit.*
58 *Mixtum sub simplicibus continetur.*
59 *Ex stipulatione dandi præcisè aliquis ad dandum obligatur: non item ex stipulatione faciendi.*
60 *In obligatione alternativâ cujus sit electio.*
61 *Ratio diversitatis, cur aliud in faciendi, quàm dandi stipulatione observetur.*
62 *Consideratio l. fideicommissa. 11. §. ultim. ff. de legat. 3.*
63 *Consideratio l. hereditatem. 28. ff. de donationibus.*
64 *Expressa hominis provisio facit cessare provisionem legis.*
65 *Hereditatis appellatione quid contineatur.*
66 *Satisfacere creditoribus quid sit.*
67 *Aliud pro alio, invito creditori solvi nequit.*
68 *Inter artifices magna differentia.*
69 *Reus ex delicto suo commodum sentire non debet.*
70 *Quatenus mora alicui nocere queat.*

71 *Quatenus in debitoris arbitrio situm sit, utrùm & quomodo obligatus esse velit.*
72 *Consideratio l. actionum. 25. in princ. ff. de obligat. & actionibus.*
73 *Consideratio l. obligationum. 3. ff. eod.*
74 *Consideratio l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat.*
75 *Malitiis non indulgendum.*
76 *Sententia l. sed & hæ personæ. 35. §. ult. ff. de procuratoribus.*
77 *Maritus & uxor cogi possunt simul cohabitare.*
78 *Sententia l. fin. C. de novationibus.*
79 *Quatenus ille, qui tradere promisit, ad tradendum teneatur, remissivè.*
80 *An verborum obligatio non tantum ex stipulatione, sed aliis etiam ex causis proficiscatur.*
81 *Acceptilatio quam obligationem tollat.*
82 *Quatenus inclusio unius sit exclusio alterius.*
83 *Quæ actiones ex stipulationis obligatione nascantur.*
84 *Certa stipulatio quæ sit.*
85 *Incerta stipulatio quæ dicatur.*
86 *Boni appellatio non est certæ rei significativa.*
87 *Vtrum is, qui servitutem prædii, vel hereditatem stipulatur, certum, an incertum in stipulationem deducere intelligatur.*
88 *Servitus est jus aliquod.*
89 *Hereditate venditâ, quatenus certa rerum hereditariarum quantitas vendita censeatur.*
90 *Ex incerta stipulatione nascitur actio ex stipulatu: ex stipulatione certâ, datur condictio certi.*
91 *Pœnæ stipulatio. nisi certa sit, non valet.*
92 *Intellectus l. prædia. 21. ff. de actionibus empt. l. si pacto. 14. C. de pact. & l. unic. §. 1. C. de rei uxor act.*
93 *Actio ex stipulatu, & condictio certi personalis est, perpetua & in heredes transitoria regulariter.*

1 ABsolutis obligationibus sive contractibus, qui re celebrantur: consequens est, ut jam, quomodo verbis contrahatur obligatio, explicetur. Verbis igitur obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione,, hoc est, stipulatione, *hic & l. 1. §. verb.*
2 *7. ff. de obligationib. & action.* Nam ex interrogatione & responsione stipulatio, tanquam suis partibus constat. *l. 1. ff. hoc tit ibiq; Bart n. 13.* Ac sanè stipulatio duplici tropo vocatur verborum obligatio: primò, per synecdochen generis pro specie, *κατ᾽ ἐξοχήν*: deinde per metonymiam effecti, pro causa efficiente, *hic & 1. ff. de verb. obligat.* cum de stipulatione ibidem agatur, quæ producit verborum obligationem. *d. l. 1. §. verbis. 7. ff. de obligat. & act. §. ult. suprà, de obligationibus Althus. lib. 1. dicæolog. c. c. 85. n. 2.*
3 *lit. h. pag. 298.* Stipulatio denominata est à stipulo, quod veteres firmum appellitabant, fortè à stipite, cui firmiter quid alligatur, descendens; auctore Imp. Justiniano *hic*, & Julio Paulo *lib. 5. sent. tit. 7. in princ.* Ubi intermissa particula (*fortè*) audacter, & sine omni hæsitatione asserit; stipulationes ab eo dictas esse, quod per eas firmitas obligationum constringatur. Quorum sententiæ promptius subscribendum censeo, quàm M. Varronis *lib. 4. de lingua Lat.* itemque Festi *in verbo, stipem, &* horum asseclarum, Cotasii *libr. 1. Miscellan. jur. civ. c. 25. n. 8.* Mynsingeri *hic num. ult.* Oldendorpii *class. 4. act. 28. in princ.* & Bachovii *hic n. 3. pag. 741. cum seq. itemq; in not. & animad. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 1. ad lit. A. pag. 789. & seq.* qui stipulationem à stipe (id est pecunia, *arg l. 1. in princ ff. de collegiis.* vel modico ære. *l. ager. 27. ff. de verb. signif.* quod in eam frequentiùs deducitur) nomen accepisse opinantur; quam item Alciati, *lib. 1. parerg. c. 39.* & Duareni *in partitione methodicâ tit. de verb. obligat. c. 1. in princ.* qui illam ineptè a Græco verbo *στύφω*, id est, astringo, vel *ἀπὸ τοῦ στύπου* deducunt. Quamvis enim contractus cum stipe vel trunco nihil commmune habere videatur: nihilominus tamen, sicut truncus est firmus & stipes munit rem aliam, cui additur; ita etiam stipulatio firmat & munit obligationem aliam, cui subjicitur. *arg. l. petent. 27. C. de pactis. Petr. Ricciard. ad rubr. hujus tit. n. 1. & 69. latiùsq; probatur infra n. 36.* Sed & nihil similius esse posset, & ne quidem ovum ovo, quàm hæc vocabula: *stipes, stipulum, stipulari, stipulatio.* Quemadmodum bellè explicant & sentiunt Cujacius *in paratitl. C. de contr. & commit. stip. Schneidevvin. hic num. 14. Rittershusius pag. 422. & Vulteius num. 18. Osterman. in jus rationalibus hic, pag. 70. & seq. Treutler. d. disput. 27. th. 1. sub lit. a vol. 2. Forster. lib 3. disput. 17. th. 2. Donell. ad l. stipulationum. 5. §. stipulatio autem. n. 2. in fine. ff. hoc tit. & idem lib. 14. Commentar. de jur. civ. c. 36. pag. 352. ibique Hilliger. in suis notatis, ad lit f. Forcat Necyomant. dialog. 72. ad fin. Mozzius in tract. de stipulat. in princ. n. 1. cum seq. Hector Richerius in Rubric. ff. de verbor. obligat. num. 19. cum seq. Christophorus Philipp. Richter. in tract. de contract. disput. 7. th. 1. sub lit. a. pag. 161. cum seq. Hostichius progymnasmat. nomicor. centur. decur. 6. lit. b. & Gæddæus in Comment. de contrah. & commit. stipulat. c. 1. conc. 1. qui de notatione stipulationis omniū accuratissimè dissertat.* Enīverò quādo de re ipsa 4
constat, frustra de nomine quæritur aut contenditur. *teste Novio hic n. 7.* cujus curiosa & subtilis indagatio pertinacibus relinquitur; *quemadmodum ex Tullio monet Accursius ad rubric. ff. soluto matr. & Heigius hic n. ult.*

Stipulatio non incommodè definitur contractus, 5
nominatus, stricti juris, jure civili inventus, verbis initus, interrogatione præcedente, eamque responsione congruâ in continenti subsequente: quo respondens interroganti, ad aliquid dandum, vel faciendum, obligatur, *arg. hujus princ. d. l. 1. & l. stipulationum. 5. §. stipulatio. 1. ff. hoc t. l. 2. §. ult. ff. de reb. credit. d. l 1. §. verbis. 7. & l. obligamur. 52. in pr. & §. 2. ff. de obligationib. & actionib. Iul. Pac. in Epitom. jur. disp. 12.*
th 26. Knipschildt exercit. Acad. 6. th. 3. pag. 202. Di- 6
citur generis loco, *contractus*. Sed controversia non caret:

caret: num stipulatio, ex quâ verborum obligatio, tanquam effectus ex suâ causâ, enascitur. *l. 1. §. quod servus. 3. ibi, ut altera stipulatio obligationem pariat. ff. de stipulat, servor.* sit verus ac proprius contractus? Et stipulationem verè & propriè contractum esse, negant *Accurs. ad §. conventionales. in verb. rerum contrahendarum. inst. de divis. stipulat. & in l. 2. ad verb. repellere. vers. nec obstat. C. de jur. emphyteut. Bartol. Alciat. Brechaeus & Fornerius ad l. Labeo. 19. ff. de verb. significat. Iason in d. l. stipulationum. 5. num. 4. ff. hoc t. Robert. lib. 2. sentent. jur. c. 12. Hopperus libr. 2. πιθανῶν in fine.* Idque commune Dd. esse pronunciatum *post alios*, teste cur *Emanuel Soarez in thesaur. recept. sentent, verb. stipulatio. num. 199. & Mozzius in tract. de contractibus in genere, artic. 2. num* 11. Caeterùm contrariae affirmantis sententiae veritas relucet *ex §. 2. sive fin. supr. de obligationibus.* Ubi Justinianus Imp. speciem contractûs stipulationem, qua verborum obligatio contrahitur, disertè constituit. Quod autem de verò ac proprio contractu ibi loquatur; ex eo convincitur, quòd ibidem contractum à quasi sive improprio contractu separat atque distinguit. Idem patet ex hoc principio nostro, *juncto princ. tit. infr. de obligat. quae quasi ex contract. nasc.* Cùm enim hoc loco Imperator de contractu, quo verborum contrahitur obligatio, ex professo tractasset: subjicit *in d. princ. infr. de obligat. quae q. ex contr. nasc.* haec verba: *Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quae quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur, &c.* Qui-

7 bus sanè verbis luculenter ostendit, quòd in titulis praecedentibus (ubi etiam egit de stipulatione) de veris propriisque contractibus disseruerit: in isto verò demum titulo de quasi & impropriis contractibus tractare velit. Accedit, quòd stipulatio non uno in loco expressè contractus appellatur, *veluti in l. 1. §. conventionis. 3. vers. adeò. & in fin. ff. de pact. l. non solum. 31. ff. de obligat. & act. l. eandem rem. 9. ff. de duobus reis constit. l. 1. C. ut actiones & ab heredib. & contra hered. incip. l. praeposteri. 25. C. de testament. l. si donationis. 7. C. de his, quae vi metusve caus. gesta sunt. l. 1. §. 1 & l. 2. ff. de novation. l. certi. 9. §. quoniam. 3. ff. de reb. credit. & infinitis propè aliis.* Credibile autem

8 vel probabile non est, tot locis Imperatores & Jurisconsultos impropriè & abusivè locutos esse; adeoque non-contractum inter veros contractus retulisse; maximè cum in dubio â propriâ verbi significatione non sit recedendum: nisi manifestum fuerit, id voluisse legislatorem, *argum. l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3.* Praeterea conventionem esse stipulationem, liquidum est *ex d. l. 1. §. 3. vers. adeò. ff. de pact. l. qui Romae. 122. §. Flavius Hermes. 2. vers. an nihi omninus. ff. hoc tit.* Omnis verò conventio aut nudum est pactum, aut contractus. *d. l. 1. in fin. cum*

9 *ll. seqq. l. juris gentium. 7. ff. de pact.* Atqui stipulatio nudum pactum non est: quoniam in nudo ac solo consensu haud consistit, sed aliquid amplius habet, nempe verborum conceptionem. *d. l. 7. §. quod fere. 12. ff. eod. d. l. 1. §. 1. ff. hoc tit. d. l. 1. §. verbis. 7. ff. de act. & obligat.* & negocium. *l. inter stipulantem 83. in princ. ibi, negocium contrahitur. ff. hoc. tit. l. 2. §. 1. cum §. seq. & l. in quibuscunque. 48. ff. de obligat. & actionibus.* Igitur contractus est, & quidem 10

propriè. Nisi enim propriè contractus sit, planè non erit contractus; sicuti monstrum, cum propriè homo non sit, nec homo prorsus est. *l. non sunt liberi. 14. ff. de stat. hom. l. ostentum. 38. cum ibi notatis. ff. de verbor. significat.* Denique huic assertioni suffragantur *Nicolaus Bellonus lib. 2. supputation. juris. cap. 2. numer. 1. & 2. Anton. Guibert. lib. 1. quaestion. jur. c. 8. Donellus ad l. num. 10. & seq. ff. de reb. credit. Borckolt. in Commentar. ad tit. ff. de verb. obligat. c. 1. num. 62. & 63. Goedd. d. Commentar. de contrah. & commit. stipulat. c. 1. conclus. 3. numer. 27. cum seqq. Hackelman. disputat. illustr. 22. th. 2. lit. D. Schröter. diatribar. domestic. decad. 7. quaest. 7. Hoenou. disput. 14. ad Instit. controvers. 1. ad lit. a. Walther. lib. 1. miscellan. c. 23. Forster. disput. 17. th. 3. Hunn. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tr. 4. q. 1. Treutl. vol. 2. disput. 27. th. 1. lit. B. ibique Bachov. in suis not. p. 795. & Hunn. in suis resol. quaesti. 2. p. 49. & seqq. Paulus Lerens. disput. 10. ad Instit. chem. 1. quaest. 1. Schikhard. Disput. 13. ad Instit. th. 1. ad lit. b. Ricciardus ad rubric. hujus t. nu. 94. cum multis seqq. aliique plures, quos laudavimus suprà ad d. §. final. tit. de obligationib. n. 16.*

Huic opinioni verissimae primò non obstat hoc 11 dissentientium argumentum; Cui non competit definitio, eidem nec definitum competere potest, *argument. l. 1. §. dolum. 2. ff. de dol. mal.* Contractum 12 autem Labeo *in d. l. Labeo. 19. ff. de verb. significat.* definit ultrò citroque obligationem, hoc est, conventionem ab utraque parte contrahentium producentem obligationem, & ex obligatione actionem. *l. dedi. 3. §. quinimò. 4. ff. de condict. caus. dat. cum similibus.* Atqui stipulatio talis non est; id est, non parit obligationem δισπλεύρη sed μονοπλευρον. *d. l. 1. §. verbis. 7. & d. l. obligamur. 52. §. 2. ff. de obligat. & actionib. d. l. 5. §. 1. ff. hoc tit. & hoc princ. nostro.* Ergo stipulatio propriè contractus non est. Hoc, *inquam*, argumentum non obstat. Quia Labeo *in d. l. 19. ff. de verb. signific.* noluit omnem definire contractum: nec ex sua naturâ, atque ex proprietate verbi, vel ex usu juris authorum, contractum definivit: sed voluit tantum declarare mentem Praetoris Urbani, cujus edictum ipse fuerat interpretatus. Cum enim haec verba, *actum contractum, gestum*, conjunctim in edicto legerentur: ea interpretatus est Labeo ex instituto loquentis; atque ideo cùm Praetor verbum *contractus* specialiter, pro eo contractu, qui ex utraque parte obligationem parit, usurparet; sicque vocabulum istud ab usitatâ generali significatione ad certam speciem restringeret: voluit Labeo, ex mente Praetoris, contractum *ultrò citroque obligationem* definire. Nec tamen propterea dicendum est: propriè & logicè contractum à Jurisconsulto fuisse definitum: sed potius leviter & qualitercunque descri-

descriptum, posito per metonymiam effectu pro causa, id est, obligatione pro conventione, unde illa nascitur. D. *Hun. dict. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 2. quæst. 1. vers. nec refragatur, &c. d. tract. 4. quæst. 1. vers. his contraria, &c.*

13 Secundò non obstat hoc argumentum: Nullum simile est idem, *argum. l. quod* Nerva. 32. *ff. deposit.* Sed *in d. l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales. ff. hoc tit. & §. conventionales, 3. instr. de divis. stipulat.* æquiparatur stipulatio contractibus: tùm quòd conventione reorum, sive utriusque partis fit & concipitur: tum quòd super quacunque re fieri
14 potest contractus; potest etiam fieri stipulatio. Ergò stipulatio propriè non est idem, quod contractus est, hoc est, non est contractus. Non obstat, *inquam*, hoc argumentum. Stipulatio namq; cum aliis contractibus confertur & comparatur, non ratione generis, & quatenus contractus est, sed ratione speciei. Quemadmodum enim canem cum catulo, & Mantuam cum Româ rectè comparo: & tamen haud propterea Mantua species civitatis esse negatur, aut catulus ex genere canum eximitur: ita nec ex eo, quòd stipulatio cum aliis contractibus comparatur, consequens est, eam propterea contractum, sive ex contractuum genere non esse: *idque latiùs explicat Gæddeus d. comment. de contrah. & commit. stipulat. c. 1. conclus. 3. num. 41.*

Tertiò non obstat *d. l. stipulationum. 5. §. stipulatio. 1. ff. hoc tit.* ubi stipulatio definitur non contract⁹, sed verborum conceptio. Atqui verborum conceptio non est species contractûs: alioqnin actionum, exceptionum, bonorum possessionis, interdictorum, juramentorum, sententiarum formulæ, quia verborum sunt conceptiones, etiam contractus essent: quod est ἀδύνατον. Ergo stipulatio non est con-
16 tractus, Non, *inquam*, obstat. Haud etenim ex remotione unius generis inducitur remotio generis alterius. Non idcirco aliquid negatur animal esse: quia homo non sit: quia ratione non utatur: cùm plura sint animalia. Sic etiam etsi quædam verborum conceptiones non sunt contractus: non tamen sequitur, prorsus nullas esse ex genere contractuum. Præterea stipulatio, non quatenus verborum conceptio, sed conventio est, species contractûs perhibetur. Reliquæ autem formulæ ac conceptiones verborum, quia conventionem non habent, neq; commercii causam: ideo etiam contractus non sunt, *Gædd. d. conclus. 1. numer. 42. & seq.* Adde, quòd pro diverso respectu, diversaque consideratione, quam sortitur stipulatio, diversam quoque recipiat appellationem. Respectu generis sui stipulatio rectè dicitur conventio & contractus: respectu verò formæ suæ dicitur verborum conceptio. Proinde non sequitur: stipulatio est verborum conceptio. Igitur non est contractus. *Hunn. d. tract. 4. quæst. 1. vers. ad quartum, &c.*

17 Quartò non obstat hæc argumentatio: Contractus sunt facti. *l. consilio. 7. ult. ff. de curatorib. furioso, & aliis extra minor. dand.* At stipulatio est juris: cùm non à facto interrogandi & respondendi; sed à jure, nempe à firmitate ejus appellitetur, *ut liquidum est ex hoc principio nostro, & Paulo, prædicto lib. 5. recept. sent. tit. 7.* Contractus igitur non nisi impropriè & abusivè dicitur. Non obstat, *inquam*, hæc argumentatio: quoniam contractus non tantùm facti sunt, sed & juris: cùm obligatio, quæ juris vinculum est, ex contractu nascatur, *initio tit. supr. de obligationib.* Deinde stipulatio non solùm juris, sed etiam facti est: quia interrogare & respondere, in quo forma stipulationis est posita, in facto magis, quàm in jure, consistit. *Hunn. modò dictâ quæst. 1. in fine.*

Quintò non obstat *l. sancimus. 3. C. de verbor. & rer. significat.* Ubi stipulatio nominatur cautio. At 18
cautionem non esse contractum, indubitatum est. *Etenim* respondetur; quòd etiam pignus dicitur cautio, nimirum à fine & effectu suo; quia præstat securitatem. *§. ultim. supr. quib. mod. re contrahit. obligat. l. 1. §. jubet. 9. ff. de collat. bonor.* & tamen pignus contractum verum esse, convincitur *ex d. §. ult. sup. quib. mod. re contrah. obligat. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypoth.* Metonymia igitur effecti est, quãdo stipulatio vocatur cautio. Siquidem, ut nobis magis cautum sit, stipulatio interponitur: & quia nobis cavet, ideo cautio appellatur. *Gædd. d. c. 1. numer. 47. Berens d. disp. 10. them. 1. quæst. 1. vers. non tutatur, &c. Instius Schütz exercitation jur. disp. 14. th. 2. in fine. pag. 210.*

Sextò & ultimò non obstat talis ratiocinatio: Si 19
stipulatio est accessorium contractûs, & pendet ex antecedente aliquo contractu: tunc non erit ipsa stipulatio contractus: quoniam accessorium nunquam idem est cum principali, *argument. l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cùm principalis. 178. ff. de reg. jur.* Atqui verum est prius. *l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales. ibi, pendent ex negocio contracto. ff. hoc tit.* Ergo & posterius: ac proinde stipulatio non erit dicenda contractus, sed accessio potiùs contractûs. Talis, *inquam*, ratiocinatio non obstat. Consequentia enim meritò negatur: quandoquidem & pignoris contractus, quem verum ac proprium esse contractum paulò ante dictum est, aliis contractibus firmandis accedit, & ex negocio contracto pendet. Et quamvis accessorium à principali semper sit diversum specie: non tamen semper est diversum genere. Taceo, quòd stipulatio non semper pendeat ex contractu præcedenti, sed per se etiam, sine alterius contractûs adminiculo, & absque ulla antecedente obligatione subsistere queat. *Gædd. d. Comment. c. 5. concl. 2. num. 5. cum seqq. Hunn. d. q. 1. vers. ad secundum respondeo. &c.*

Dicitur in definitione, *nominatus*. Quia stipula- 20
tio & formam habet specialem ac propriam, & proprium elegansque nomen habet. *l. 1. in fine. ff. de pact. Schneidevvin. hic num. 5. Zas. ad l. 1. num. 1 ff. hoc tit. Alciat. in rubric. ff. hoc tit. numer. 28. Cujac. & alii ad d. l. 1. & l. juris gentium. 7. ff. de pact. hosque referens*

rens Gœddæus d. Comment. de contrah. & committ. sti-
21 pulat. c. 1. conclus. 3. numer. 53. Cui non adversatur l. in
conventionalibus. 52. in princ. ff. hoc tit. Ubi respon-
sum est, in stipulationibus conventionalibus con-
tractui formam dare contrahentes. Ibi namq; Juris-
consultus haud de propriâ & internâ, quæ in ipsa in-
terrogationis ac responsionis conceptione consistit,
sed de externâ & extrinsecus accedente formâ sti-
pulationis agit. Gœdd. d. c. 1. numer. 53. & c. 4. conclus.
22 1. numer. 1. Sic quoque non refragatur, quòd hæc na-
tura sit nominatorum contractuum, ut quampri-
mùm in esse producti fuerint, id est, perfecti & con-
ventione constituti, ex iis actio detur: ex innomi-
natis verò non detur, nisi secuto implemento; ut no-
tant Bartol. Bald. & Fortunius Garcias numer. 86. ad
d. l. juris gentium. 7. ff. de pact. Atqui ex stipulatione
sæpissimè agi non possit, quamprimùm est in esse
producta; sed expectandum sit, ut vel aliquo facto,
aut non facto; vel dato, committatur. §. omnis. 2.
cum seqq. & §. ultim. infr. hoc tit. nostro. l. in illa sti-
pulatione. 8. cum l. seq. & l. cùm stipulatus. 113. ff eod.
l. magnam. 12. C. de contrah. & committ. stipulat.
Hoc, inquam, non refragatur: quia verisimilius vi-
detur, non eam esse veram & substantialem differen-
tiam nominatorum & innominatorum contractuũ:
quòd illi quamprimùm in esse producti sunt, pariant
actionem: hi non nisi aliquo facto, vel dato, aut re-
misso secuto. Etenim si id ita esset, neque emptio-
venditio, neque locatio-conductio, neque societas,
neque ullus alius contractus conditionem habens,
vel ex certo die incipiens, posset nominatus censeri,
per l. obligationum ferè. 44 ff de obligat. & actionib. l.
cedere diem. 213. ff. de verb. significat. Idq; prolixiùs ex-
cutit Gœdd. d. c. 1. n. 53. & seqq.
23 Dicitur præterea, stricti juris, jure civili inventus.
Stipulationem esse contractum stricti juris, expedi-
tum & notum est ex l. in actionibus. 5. §. ult. & l. seq.
ff. de in lit. jurand. §. actionum. 28. infr. de actionib. u-
bi Zasius numer. 4. & ego num. 62. Sed an illa sit con-
tractus juris civilis, admodum est controversum?
Siquidem illam juris gentium esse, asseverant Albe-
ricus de Rosat. ad l. legitima. 6. ff. de pactis. Ravard.
lib. 4. varior. c. 1. numer. 5. Bernhard. Walther. d. lib. 1.
miscell. c. 11. Forcat. Neryom. dial. 72. numer. 1. Chiflet.
lib. 1. de jur. fideicom. c. 1. sub finem. Ferret. ad rub. ff. de
verb. obligat. num. 4. & alii. Contrà verò stipulatio-
nem juris civilis contractum esse, tenent Accursius,
Bartol. Bald. & Jason ad l. ex hoc jure. 5. ff. de just. &
jur. aliiq; complures, quos citavimus ad §. jus autem ci-
vile. 1. n. 29. supr. de jur. nat gent. & civ. Quibus jam
adjicimus Petrum Ricciardum ad rubricam hujus
tit. numer. 35. cum multis seqq. pag. 102. Tobiam No-
nium ad §. omnis. 2. num. 10. hoc tit. pag. 495. & seqq.
Hunnium lib. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 4. quæst. 2.
Fontanum disp. 1. th. 21. lit. C. & thesib. seqq. Gipha-
nium in d. rubr. tit. ff. de verb. obligat. numer. 16. cum
seqq. Olemann. ad disput. 26. Giphanii. num. 7. Matth.
Stephan. cent. 3. quæst. 36. D. Collegam Besold. disput. 3.

Paud. ad l. 5. thes. 5. Andream Gerhardi decad. 13. q. 6.
Hilligerum in Donell. enucleat. lib. 14. c. 36. ad lit. a.
Schroterum d. decad. 7. diatrib. domesticar. q. 8. Unge-
paur. exercit. Justinian. 11. quæst. 1. pag. 399. cum seq.
edit. ultim. & Paulum Bereus disputat. 10. ad Institut.
them. 1. q. 2. Hæcque vera & communiter recepta
sententia probatur per l. ea, quæ civiliter. 53. ff. de ac-
quir. rer. dom. §. de constituta. 9. infr. de actionib. l. si
ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. vers. planè si præce-
dat. ff. hoc tit. & alia jura, quæ adduximus supr. ad d.
§. 1. num. 23. & seqq. de jur. nat. gent. & civ.
Huic conclusioni non resistit, quòd omnes con- 24
ventiones, tam nominatæ, quàm innominatæ, sunt
juris gentium. l. juris gentium. 7. ff. de pact. Stipulatio
autem est nominata conventio. d. l. 1. in fin. ff. eod.
Nam breviter respondetur: quòd argumentum istud
laboret imperfectâ partium enumeratione: cùm
quædam etiam nominatæ conventiones sint juris ci-
vilis; ut stipulatio, de qua hic: item literarum obli-
gatio, & sponsalitia largitas, sive donatio propter nu-
ptias, de quibus dictum est suprà ad d. §. 1. tit. de jur.
nat. gent. & civ. numer. 36. & seq. Eaq; de re videatur
Vultejus hic num. 6.
Sic quoque non obest hoc argumentum: Forma 25
stipulationis consistit in verbis, id est, interrogatio-
ne & responsione. l. 1. & l. stipulationum. 5. §. 1. ff. hoc
tit. l. 1. & l. omnes. 10. C. de contrah. & committ. sti-
pulat. l. 1. §. verbis. 7. ff. de obligat. & actionib. At ver-
ba, & usus interrogationis responsionisque juris sunt
gentium, non civium Romanorum propria. Tum 26
quia nulla gens est, quæ verbis non utatur: tum quia
jus civile nomen accepit à civitatibus conditis, cum
quibus cœpit, & crevit. §. singulorum. 11. supr. de rer.
divis. l. omnes populi. 9. ff. de justit. & jur. Primus au- 27
tem mortalium Cain urbes septem ædificavit, ut te-
stis est Philo Judæus in libro Biblicar. antiquitat. Quis
verò credat, sine adjumento hominum conditas has
fuisse urbes, sicque sine interrogatione, sineque re-
sponsione ad interrogata? cùm quilibet ei opem suã
promitteret, & tigna hinc inde ferenda, coquenda,
paranda, dolanda. Sed & Nimrodus Babylona, Ur-
bem amplissimam, paulò post diluvium extruxisse
perhibetur. Ergo si forma stipulationis spectetur:
ea antiquissima esse deprehenditur. Cuj' autem for- 28
ma juris gentium est, id quoque ipsum est juris gen-
tium: cùm forma esse sive ipsam essentiam & origi-
ginem cuique rei dare dicatur. l. Julianus. 9 §. sed si
quis in fine. ff. ad exhibend. l. cùm hi. 8. in princ. & §.
si prætor. 17. ff. de transactionib. Hoc, inquam, argu- 29
mentum non obest. Sola namque verba, sive sola in-
terrogatio & responsio per se & absolutè non consti-
tuunt stipulationem, sed tum demum, si animo con-
trahendi, commerciumque exercendi intercedant.
d. l. juris gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. Et sa-
nè si sola verba, si sola interrogatio & responsio stipu-
lationem constituerent: nullum pactum posset per
interrogationem & responsionem contrahi, & omne
negocium, quod verbis tractaretur, stipulatio esset:

cùm contrà sæpe etiam interrogando respondendoque pacta, *d.l.7. § 12. ff. eod.* & alii contractus fiant.

30 *l. si stipulor 35. §. fin. ff. hoc tit.* Itaque rectè distinguitur inter formam genericam & specificam: ita ut stipulationis forma generica in quavis interrogatione & responsione, qualis fortasse aliis etiam gentibus cum Romanis fuit communis, consistat: at forma stipulationis specifica (quæ propria est civium Romanorum) sit solennis interrogatio & responsio: sic ut non solum responsio interrogationi congrua, sed etiam interrogatio atque responsio verbis articulatis ore prolata esse debeat: adeò quidem, ut interrogatio præcedat, & mox responsio subsequatur; *quemadmodum infrà suo demonstrabitur loco.* Nec moverit, quòd verborum solennitas ex stipulatione sublata sit per constitutionem Leonis Imperatoris. *d.l. omnes. 10. C. de contrah. & commit. stipulat. & infrà ad §. 1. hoc tit. audiemus.* Etenim propterea solennitas interrogationis & responsionis haud sublata censetur. *D. Hunn. d. lib. 3. tract. 4. q. 2. vers. ad tertium responsio, &c.*

31

32 Similiter non obsistit, quòd lex non potuerit esse inventrix stipulationis, cum per stipulationem prima lex facta sit. *l. 1. ff. de legib. §. lex est. 4. supr. de jur. nat. gent. & civ.* adeoque mater filiæ suæ guata nunquam esse possit: & origo omnium legum rogatio censeatur: eò, quòd interrogaretur populus, an hancce legem ratam haberet? *Nam* non omnis rogatio, & ad eam facta responsio, est stipulatio: nec in eâ conceptione simpliciter consistit. *Deinde* quãdo lex definitur, communis Reipublicæ sponsio, *in d. leg. 1. ff. de legib.* & quam populus, senatorio magistratu rogante, jussit vel tulit. *d. §. lex. 4. supr. de jur. nat. gent. & civ.* non hoc significatur, quòd sit facta per contractum, quem appellamus stipulationem: sed per suasionem senatoriam vel honorariam, & subsecutum populi jussum. Stipulationem quippe non promissoris jussu, sed sponsione fieri, plusquam manifestum est. *D. Gœdd. prædicto Commentar. de contrahend. & committ. stipulat. c. 1. conclus. 1. num. 29.*

33 Cassâ insuper nuce vanius est, quod objicitur *ex cap. 6. proverbiorum. vers. 1.* ibi cùm Rex Salomon. *Fili mi*, inquit, *si spopõderis pro amico tuo, defixisti apud extraneum animam tuam, illaqueatus es verbis oris tui, & captus propriis sermonibus*: inde colligi putatur, stipulationem apud populum quoque Israëliticum in usu fuisse, adeoque eam civium Romanorum propriam non posse dici. *Etenim* dictum illud Salomonis nequaquam de sponsione, quæ fit solenni stipulatione; sed nuda & simplici sponsione atque promissione accipiendum est. Hanc juris gentium esse, facilè conceditur: illam verò juris civilis esse, meritò statuitur. *Hunn. d. quæst. 2. in fine.*

34 Nullius item hili aut pili illud est: Stipulatio non fit sine consensu. *d. l. 1. §. penultim. ff. de pact. l. in omnibus. 57. ff. de oblig. & act. l. quidquid adstringendæ. 95. ff. hoc tit.* Consensus autem sine dubio est à jure gentium. *l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur. d. l. 1. & 7. ff. de pact.* Quamvis enim stipulatio causam habeat a jure gentium: tamen propter formam ipsi à jure civili datam, rectè dicitur esse juris civilis: quoniam forma dat esse rei, *prællegatâ l. Iulianus. 7. § sed si quis. ff. ad exhibend.* Ideoque solo consensu non perficitur stipulatio: sed ad eam etiam solennitas quædam verborum, quæ ex interrogatione præcedenti, & promissione subsequente constat, requiritur. *d. l. 1. §. verbis. 7. ff. de oblig. & act. d. l. 1. ff. hoc tit. Berens. d. disput. 10. quæst. 2. vers. quintò adducitur, &c.*

Denique non refragatur textus *in l. an inutilis. 8. §. fin. ff. de acceptilat.* ubi expressè traditur, acceptilationem esse juris gentium. Atqui nulla est acceptilatio, quæ non fiat per stipulationem. *§. 1. infr. quib. mod. tollit. obligat.* Ergo dicendum videtur: stipulationem etiam esse juris gentium. Textus, *inquam*, ille non refragatur. Quia responsio ex illis subsequentibus *dictæ l. 8.* verbis parata est: *hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio.* Quasi dicat Ulpianus JC. acceptilatio non ex sui naturâ, sed ex usu saltem hominum juris gentium est. Etenim ab initio stipulatio fuit & origine & usu juris civilis inter cives tantùm Romanos, & linguâ Romanâ fieri solita: postea verò tam invaluit usus stipulationis apud omnes gentes, ut usu juris gentium esse cœperit. Credibile tamen est: id maximè factum esse in Orbe Romano, & inter eos, qui essent Imperii Romani, sive Græci, sive Pœni, sive Galli, &c. *d. l. 1. §. ultim. ff. hoc tit. Huc que referenda sunt, quæ latius ad dissolutionem istius argumenti explicuimus suprà in d. §. 1. tit. de jur. nat. gent. & civ. num. 31. & seqq.* Cæterùm plura, quæ nostram infringere videntur sententiam, diligenter confutarunt D. Gœddæus, Vultejus, Ungepaur, Hunnius & Berens *locis suprà designatis.* Vide de eâdem quæstione Bachovium *in not. & animadvers. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 1. lit. C. pag. 796. & seq.* 35

Porrò ad illud definitionis verbum (*inventus*) notandum est: stipulationem utilitatis gratiâ, & aliarum obligationum firmandarum causâ esse adinventam. *l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales. ff. hoc tit. l. 1. §. & sciendum. 4. ff. de prætor. stipulat. Paul. lib. 5. sentent. receptar. tit. 7. Mozz. in tractat. de stipulat. tit. quare sit inventa stipulatio. num. 1. & seqq. Bachovius dictu not. ad Treutler. lit. D. pag. 799. ibique Hunnius in suis resolutionib. quæst. 4. pag. 53. ubi explanatiùs hoc persequitur.* Hinc tamen protinus (*cum Gomezio tom. 2. variar. resolut. jur. civ. cap. 9. num. 3. in fin. & c. 11. num. 3. Alexandro in l. à Titio. 108. ff. hoc tit. Iasone in l. lecta. 40. num. 25. ff. de reb. credit. Felino in c. si cautio. 14. de fide instrumentor. Loriotto de pact. c. 59. Cujacio ad d. lib. 5. sent. Pauli tit. 7. in pr. Vultejo hic num. 19. Rittershusio pag. 422. Goveano lib. 1. variar. lection. jur. cap. 34. Wesenbecio in paratit. ff. hoc tit. numer. 10. Connano lib. 5. Commentar. jur. civ. cap. 9. numer. 7. D. Bocero hic num. 25.* 36

num. 25. *& seqq. pag.* 226. *class.* 2. *disput.* 15. *sub th.* 95. *ed.* 2. Knipschildt *d. Exercitat.* 6. *quæst.* 1. *pag.* 214. *pluribusq; aliis*) haud concludendum est: stipulationem
37 per se solam nunquam subsistere. Ad quid enim stipulatio prodita, ad quid tam curiosè & solicitè tradita esset, si per se sine alterius contractûs causævè adminiculo non consisteret? Quid? si stipulatio per se efficax, & firma obligandi causa non foret; sine aliâ; certè non ex stipulatione, sed ex stipulationis illius causa solvi oporteret, & frustrâ referretur inter causas sive titulos acquirendi. Sed hoc posterius falsum est. §. *ultim. infr. per quas pers. nobis oblig. acq. & hoc princ. nostro. l. jur. gentium.* 7. §. *quod ferè.* 12. *ff. de pact. l.* 2. §. *fin. ff. de reb. cred.* Ergo & illud prius. Quinimò si stipulatio absque alterius contractûs subsidio non constaret, minùsque promittentem obstringeret: sequeretur, illam alicui causæ vel conventioni subditam, firmam permanere non posse; eâ corruente: *l. nihil dolo.* 129. §. 1. *& l. cùm principalis.* 178. *ff. de reg. jur.* At firmam illam permanere, & ex stipulatu actionem producere, etiamsi causa ista intereat, liquidò constat *ex l.* 3. *ff. de rescind. vendit. l. vindicantem.* 17. *& l. seq. ff. de evictionib. l. si ex precio.* 6. *C. si cert. petat. & similib.* Etsi igitur stipulatio aliis etiam contractibus, maximè verò pactis frequentissimè accedit. *d. l. stipulationum.* 5. *in princ. vers. conventionales. & l. si ita stipulatus* 126. §. 2. *vers. superest, quæramus. ff. hoc tit. Paul. d. lib.* 5. *sentent. recept. tit.* 7. *l. jurisgentium.* 7. §. *quod ferè.* 12. *ff. de pact. l. Petens.* 27. *& l. seq. C. d. t. de pactis.* non tamen propterea eorum naturam prorsus assumit. *Timæus Faber disp.* 23. *ad Institut. Imperial. th.* 1. *lit. a* Eodem facit *l. à Titio.* 108. *ff. hoc tit.* ubi valet stipulatio, quâ quis promisit centum, si in capitolium ali-
38 quis ascenderit. Eandem sententiam magis confirmat *l. si divortio.* 21. *ff. eodem.* ubi sine ullá præcedente obligatione solius liberalitatis gratià stipulatio erat facta; nec ulli præcedenti negocio accesserat: & tamen stipulatio valere dicitur. *Neque* huic satisfacit responsio dissentientium quorundam; quòd utique causa in istâ lege subfuerit, dos nimirum priùs debita. *Etsi* enim ex causa dotis illic stipulatio proponitur facta: falsam tamen istam causam fuisse ostenditur: adeoque reverâ nulla præcessit obligatio, cui stipulatio accesserit.

39 Non obstat huic sententiæ *l. sed & si quis.* 4. §. *fin. ff. si quis cautionib. in judic. sist. caus. fact. &c.* ubi quidam (qui propterea sistendi causa cavere non debuerat, quia fortassis pater erat, vel alia persona necessitudine juncta, aut rem immobilem possidebat) satisdatò promisit: quæsitum est, an fidejussoribus ejus competat exceptio doli, sive in factum? Distinguit Ulpianus JC. utrùm fidejussio seu stipulatio certá conventione facta ab eo, qui jure tutus erat ab hoc cautionum genere, an per errorem: ut hoc casu locus fiat exceptioni, illo verò non item. Non, *inquam*, ista lex obstat. Nam in eâ idcirco datur locus exceptioni; quia promissor erraverit in illa causa: quam si falsam scivisset, satisdatò non promisisset. Rectè igitur Jurisconsultus distinguit: num facti errore, an verò certâ conventione stipulatio & satisdatio facta sit ab eo, qui jure tutus ab hoc cautionum genere fuerat: ut illo casu locus exceptioni, hoc verò casu minimè relinquatur.

Nec item oberit huic assertioni *l.* 2. §. *circa.* 3. *ff. de* 40
doli mali, & metus excepe. ex quo textu Dd. communiter colligunt: stipulationem, ni causa aliqua subsit, non valere, & semper doli mali exceptione propulsari. *Non* etenim hæc est *illius.* §. 3. sententia: propterea quòd ibi Ulpianus non indistinctè ob defectum causæ doli mali exceptionem competere asserit: sed ita demum, si errore lapsus sit, qui promisit; nec promissurus fuisset, si causæ falsitatem scivisset: aut si ob certam causam, quæ sequi debebat, promisit, nec secuta est: ut exemplum de stipulatione, quæ spe futuræ numerationis fiebat, *in vers. proinde, &c.* & illa verba: *& si, cùm interponeretur, justam causam habuit, &c.* luculenter ostendunt. Atque ita, *post Castrensem in l. quoties.* 29. *num.* 9. *ff. soluto matrim. Fulgosium in l. generaliter.* 13. *numer.* 5. *&* 6. *C. de non num. pecun. & Biguer. in rubr. ff. hoc tit. numer.* 21. non insulsè docent *Emanuel Soarez in addit. ad Gomezium d. cap.* 9. *num.* 3. *ad verba: ut in l.* 2. §. *circa ff. de doli except. & in thesauro receptar. sentent. lit.* S *num.* 201. *cum seqq. Arumæus exercit. Iustin* 13. *th.* 2 *& Gæddæus in Commentar de contrah. & committ. stipulat. cap.* 3. *conclus.* 5. *num.* 70. *& seqq. item cap.* 5. *conclus.* 2 *num.* 5. *& sequentibus.* Vide eâdem de re utramque in partem fusiùs dissertantem Riemerum *decad.* 10. *quæst. illustr.* 1. *Frantzkium exercitat. jurid.* 10. *quæst* 1. *pag.* 289. *cum seqq.* & Bachovium, *in not. ad Treutler. vol.* 2. *disput.* 27. *th.* 1. *lit. A. vers. semper stipulatio accedit. pag.* 790. *& seqq.* ubi circa finem addit: utcunque summo & mero jure ex stipulatione sine causa nascatur obligatio & actio: attamen petenti ex hujusmodi promissione obstituram exceptionem, *argum. l. si quis, cùm aliter.* 36. *ff. hoc tit. junctâ d. l.* 2. §. *circa.* 3. *ff. de doli mali, & met. excepe.* Vide ibidem Hunnium *in suis resolutionib. quæst.* 1. *pag* 47. *& seq.*

Dicitur in definitione, *verbis initus.* Verbis, 41
scilicet aptis, linguâ figuratis, seu ore prolatis, *l.* 1. *ff. hoc tit.* Unde liquet; inter absentes stipulationem contrahi non posse. *d. l.* 1. *in princip. &* §. 1. *ff. eod. l.* 1. *C. de contrah. & committ. stipul.* Imò nec nutu sive scripto vel epistolâ, aliisvè signis, inter præsentes, stipulatio contrahi poterit. *d. l.* 1. *in princip. &* §. *si quis ita.* 2. *l. mulier.* 70. *in fine. ff. h. t. l.* 1. §. *huic proximus.* 13. *&* §. *seq. ff. de oblig. & act.* in tantum, ut ex ejusmodi stipulatione nec utile pactum oriatur. *d. l.* 1. §. *si quis ita.* 2. *ibiq; Cujac Donellus, Giphanius, Busius, & Dd. communiter. ff. hoc tit.* pro-
pterea quòd stipulationem contrahentes, stipulan- 42
tium, non paciscentium animum, habuerint. *l. juris*

 gentium.

gentium 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. 1. §. eum, qui. 4. ff. de constituta pecun. Borcholt. in Comment. de verb. oblig. c. 1. numer. 12. Rober. Disputat. 15. ad Instit. th. 2. Gœdd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 3. numer. 197. & seqq. Bachovius in dictu not. ad Treutler. vol. 2. Disputat. 27. th. 1. lit. E. pag. 799. cum seq. & ibidem Hunnius in suis resolut. pag. 53. & seqq.

43 Cui non obstat *d. l. an inutilis. 8. in princ. ff. de acceptilat. & l. si unus. 27. §. penult. ff. de pact.* ex quibus apparet, quòd inutilis acceptilatio utile pactum

44 habeat. Ast acceptilatio verbis fit, non minùs, quam stipulatio. *d. l. 8. §. acceptum. 3. ff. de acceptilat.* Nam respondetur: magnam esse differentiam inter stipulationem & acceptilationem. Stipulatio obligationem parit: acceptilatio liberationem. *l. 1. ff. d. tit. §. item per acceptilationem. l. 1. infr. qui-*

45 *bus mod. tollit. obligat.* Jura autem proniora sunt ad liberandum, quàm ad obligandum, si ulla sit occasio. *l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & act.* Deinde Jurisconsultus in objectis legibus innuit: illud ita esse, si utrinque animo liberandi quolibet modo facta sit acceptilatio. Quòd si is animus utrinque non sit, & vel unus in eo dissentiat, quia nolit aliter liberationem evenire, quam eo, quo conatus est, modo: secus erit, nec inutilis acceptilatio utile pactum liberatorium habebit, *ut ex ipsis textibus patescit.*

46 Nihil etiam negocii facessit *l. si quis pro eo. 56. §. 1. ff. de fidejussoribus.* ex quâ evincitur; si pater à filio, vel dominus à servo stipulatus sit, posse fidejussorem hujus naturalis obligationis cum effectu accipi: adeòque eam stipulationem, quæ ob jus potestatis patriæ & dominicæ civili jure non consistit, naturalem nihilominus obligationem producere, non eâ vi, qua stipulatio est, sed qua pactum in se tacitum habet. *Etenim* cum pater & dominus intelligant probabiliter nullitatem stipulationis secundùm jus civile: utique creduntur ab initio animo pacti contraxisse, ut omni meliore modo valeat. Dein respectu peculiorum consistit obligatio non indistinctè & ipso jure, sed prætoria actione, *ut benè animadvertit Gœddæus d. cap. 3. numer. 202. pag. 254. edit. 2.*

47 Rursus ei, quod dictum est, per scriptum sive epistolam contrahi non posse stipulationem, minimè reclamat *l. ea. qua. 57. ff. de donat. inter vir. & uxor.* ubi expressus videtur esse textus, quod stipulatio per literas seu epistolam confici possit. *Ibi namque* literæ sive epistola significat cautionem seu instrumentum, de stipulatione jam antè, & quidem in præsenti, ritè perfectâ, confectum. Id quod tenlicet ex illis verbis: *cùm petenti mihi à te, domine carissime, adnuerit indulgentia tua, &c.* item ex illis *qua summa mihi numerata est.* item illis: *qua mihi hac die donationis causa dare voluisti.* Quæ sanè verba omnia ad actum præteritum respiciunt, & stipulationem jam tum solenniter contractam præsupponunt. *Nec* ad rem facit verbum, *spondeo,* quod in fine epistolæ habetur. *Illud* enim nihil aliud arguit quam, *me, ut jam tum spopondi, ita spondere adhuc,* testatum facio hac manu meâ seu instrumento. Et in hanc sententiam, *post Zasium, Iasonem, Bald. Cerasium, & Cujac.* inclinant Gœdd. *d. c. 3. n. 194. Borcholt. d. Comment. de verb. obligat. c. 1. n. 35.* Hunnius *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 4. quæst. 4.* Ungepaur. *d. exercit. Justin. 11. quæst. 4. pag. 407. cum seqq. edit. ult.* & D. Boecerus *hic numer. 20. pag. 225.*

Ulterius non obloquitur *l. non figurâ. 38. ff. de obligat. & act.* ubi Paulus, *Non figurâ,* inquit, *literarum, sed oratione, quam exprimunt litera, obligamur. quatenus placuit, non minus valere, quòd scriptura, quam quod vocibus linguâ figurati significaretur.* Quandoquidem lex illa generalis est: nec in specie ac nominatim de stipulatione loquitur: & hoc solummodo innuit, quòd conventiones non minùs inter absentes per epistolam, quàm ore & verbis inter præsentes, celebrari possint. Quod uti verissimè dicitur de illis contractibus, qui ad sui perfectionem & substantiam non requirunt præsentiam aut verba: ita ad stipulationem, cujus essentia & forma in verbis, ore prolatis, consistit, extendi minimè debet. In- 48

49 dubitata quippe regula juris est: semper generi per speciem derogari. *l. in toto jure. 8. ff. de reg. jur. Hunn. d. loco. Vide Locamerum quæstion. juridic. fascic. 35. quæst. 7.*

Hoc ampliùs non ostat *l. sufficit. 4. ff. de sponsalibus.* in cujus fine Ulpianus docet, inter absentes sponsalia fieri posse. Sponsalia autem dicta sunt à spondendo: cùm moris fuerit veteribus, stipulari, & spondere sibi uxores futuras. *l. 2. ff. eod. tit.* Nam breviter respondetur: quòd sponsalia duobus conficiantur modis: per stipulationem, & nudo consensu. *d. l. 4. in princ. ff. de sponsalib.* per stipulationem, inter præsentes: nudo consensu, ut per epistolam, aut per nuncium, inter absentes. *l. fin. ff. d. tit. Cujac. in l. 1. ff. hoc t. Borcholt. d. cap. 1. n. 36. & seqq.* 50

Adduntur in definitione stipulationis hæc verba: *interrogatione precedente, eamque responsione congruâ in continenti subsequente. ex l. 1. §. 1. §. 2. §. 3. §. ult. vers. dummodo congruenter respondeatur. l. inter stipulantem. 83. §. si stipulante. 2. & l. continuus. 137. ff. hoc tit. l. obligamur. 52. §. verbis. 2. ff. de obligat. & act. §. præterea. 5. infr. de inutilibus stipulationib.* Nisi enim interrogatio responsioni insit & congruat, ac vice versâ: aut manifestus apparet dissensus, aut vitiatur ac corrumpitur forma stipulationis: cum non sit eadem, sed diversa verborum conceptio. Imò nisi apta sit responsio & consentanea interrogationi, ac vice versâ: non potest responsio videri. Nam ut quis congruenter ad interrogata respondisse intelligatur, duo sunt spectanda: res, & sententia. Etenim qui & re & sententia idem respondet: is tandem convenienter & congruè respondisse censetur, non qui alteru- 51

alterutro tantum. d. l. 1. §. si quis ita. 2. §. 3. & §. fin. vers. dummodo. ff. hoc. tit. d. §. praeterea. 5. infr. de inutilibus stipulat. Idque explicatiùs pertractant. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resolut. jur. civ. cap. 9. numer. 4. Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol. 2. Disputat. 27. th. 1. lit. F. & G. pag. 202. ibique Hunnius in suis resolut. quaest. 8. & 9. pag. 58. cum seqq. D. Gœddaeus d. Comment. de contrah. & commit. stipulat.
52 cap. 4 conclusione 3. numero. 24. & seqq. Caeterùm illa definitionis verba, in continenti, evidenter arguunt: continuam interrogationem & responsionem ad stipulationis essentiam sive substantiam requiri. d. l. 1. §. 1. ubi Iason. Alexand. Alciat. & alii. d. l. continuus. 137. in princ. ff. hoc. tit. Id quod non Physicorum more à puncto ad punctum, sed moraliter & civiliter intelligendum: ita nimirum, ut momentum aliquod naturae intercedat. d. l. continuus. 137. in princ. ibique Zasius & Duarenus. ff. eod. Hackelmann. illustr. quaest. disputat. 22. th. 4. lit. a. Matth. Stephani cent. 3. sub quaest. 38. Itaque si longius intervallum, quod aut actum conceptionis dividat, aut dissensum arguat; vel peregrinum negocium inter interrogationem & responsionem intervenerit: continua illa verborum conceptio impeditur. d. l. 1. §. 1. d. l. continuus. 137. vers. caeterùm si post. ff. hoc tit. l. duos. 6. §. ult. vers. modicum tamen intervallum. &c. & l. si ex duobus. 12. in princ. vers.
53 cùm actor. ff. de duobus reis constituend. Porrò quodnam sit negocium peregrinum, vel quis actus extraneus: in facto magis, quam jure consistit: ac proinde arbitrio judicantis permittitur. l. 1. §. ff. ad SC. Turpillian. Iacobus Menoch. de arbitr. judic. quaest. in praefat. quem refert Gœddaeus. d. cap. 4. conclus. 2. numer. 22.

54 An verò is, qui alterâ die, nullo actu extraneo interveniente respondit, in continenti sive continuò respondisse censeatur, descrepantes sunt Interpretum sententiae? Non enim desunt, qui affirmativè concludunt, Bernhardus Walther. lib. 2. Miscellan. cap. 21. & Hackelman. d. Disputat. 22. th. 4. ad lit. G. Castrensem secuti. At communis, eaque vera (utut & eam oppugnare nitatur Alciatus lib. 1. paradox. cap. 3. & in d. l. 1. §. numer. 17. & seqq ff. hoc tit.) opinio est: id tantum, quòd eodem die fit, in continenti fieri videri: & modicum esse intervallum, si manè interrogem, tu serò, eodem die, non altero, vel tertio, respondeas: dummodo neuter nostrûm ad aliud negocium diverterit, vel neuter ab altero discesserit: aut si discesserit, id tamen fecerit animo mox redeundi, ut expediat ac perficiat negocium. d. l. 1. §. 1. ibique Bartol. Raphaël Comensis, Iason, & caeteri. d. l. continuus. 137. in princ. ibi, quamvis eâdem die spopondisset ff. hoc tit. d. l. duos. 6. §. ult. & d. l. si ex duobus. 12. in princ. ff. de duobus reis constituend. Eodem confert non parùm §. item verborum 11. circa finem. inst. de inutilib. stipulat. & l. penult. in fin. C. de contrah. & commit. stipulat: ubi Justinianus constituit: si in instrumento aliquo scriptum sit, spopondisse: censeri omnia solenniter & in continenti facta: nisi doceatur; eâ die alterum eo loco non adfuisse: quippe, quòd tum in continenti vel respondisse, vel interrogasse videri non possint. Et his rationibus motus hanc quoque sententiam amplectitur D. Gœdd. d. Comment. de contrah. & com. stipul. c. 4. conclusion. 2. numer. 15. & 17. item Paulus Berens Disputat. 10. ad instit. them. 1. quaest. 4.

Cui non obstat d. l. si ex duobus 12. ff. de duobus reis 55
constit. cujus ex principio dissentientes colligunt: quòd posterâ die facta responsio subsistat inter eos, qui ad aliud negocium non discesserunt: adeòque textum istum non modò non confirmare communem opinionem, sed etiam infirmare. Nam nequaquam hoc rectè ex isto textu colligitur. Alioquin enim ipsemet Venulejus IC. sibi in eodem de stipulatione tractatu contradiceret, nempe in d. l. continuus. 137. in princ. vers. caeterùm ff. hoc tit. ubi Venulejus ideo negat valere stipulationem, tametsi eâdem die responsum esset; quia contrahentes transissent ad alia negocia. Ergo (argumento à contrario sensu sumpto) si aliud negocium alter eorum non accepisset, stipulatio eadem die (non item, posterâ die) celebrata valuisset. Praeterea in d. l. si. ex duobus. 12. vers. cùm actor. non proponitur pars decisionis, sed ratio decisionis, in vers. ac ne oblig. praemissae ac si dixisset Venulej⁹: hoc modo non solum non fieri duos reos debendi, sed nec alterâ die respondentem ex stipulatione istâ obligari: cùm ne quidem tum obligatus fuisset, si, cum actor aut promissor ad aliud negocium se contulisset, eoque peracto, eâdem licèt die, respondisset: nedum si die posterae. Quis enim non intelligit, conceptionem hanc interrogationis ac responsionis in plures actus dividi, si hodie liceat interrogare, cras verò, vel post biduum respondere? quamvis utrique interim dormitemus vel cogitabundi coram mutuò nos intueamur? Ita eleganter hoc explicat Gœddaeus. d. cap. 4. numer. 18. ubi & aliis Adversariorum argumentis abundè satisfacit. Adde Bachovium in dictis not. ad Treutler. vol. 2. disputat. 27. th. 1. lit. H. pag. 806. & ibidem Hunnium in suis resolut. quaest. 13. pag. 69.

Postremò in stipulationis definitione subjiciun- 56
tur haec verba: ad aliquid dandum, vel faciendum, hoc princ. nostro. vers. cum quid dari fierivè, &c. l. stipulationum. 5. §. 1. ff. hoc tit. Quibus ex verbis una, eaque praecipua, stipulationum divisio, à materiâ petita, cognoscitur: quae duplex est, res & factum: res dari dicitur, factum fieri. Ideoque stipulatio scitè ita dividitur: ut omnis consistat vel in dando vel in faciendo. In dando consistit stipulatio, cùm stipulor, mihi dari centum, vel Stichum, equum, bovem, librum, &c. In faciendo, cùm stipulor, mihi aedificari Insulam, vel domum, &c. De stipulatione in dando agitur infrà in §. omnis. 2. & seqq. usque ad §. ult. in quo de stipulatione in faciendo tractatur. Et haec stipulationis divisio proponitur

etiam *in l.2. ubi Donell. Molineus, & reliqui Interpretes. & l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. hoc tit. l. si quis sub conditione. 8. ff. si quis omissa caus. testa-*
57 *ments, &c. & l. santimus.* 24 *C. de nuptiis.* Quamvis autem stipulatio quoque mixta, quæ in dando simul & faciendo consistit, reperiatur. *l. cùm servus.* 82. *§. 1. ff. de condit. & demonstrat. l. veteris* 13. *C. de contrah. & committ. stipulation.* haud tamen propte-
58 rea divisio isthæc imperfecta censetur : cum sub duobus simplicibus expressis casum etiam mixtum comprehendi in confesso sit ; ut, *post Accursium & Bartol. à se allegatos*, tradit Petrus Nicol. Mozzius *in tract. de stipulat. tit. de divis. stipulationu. n.* 7. *& 8. paginâ mihi* 248.
59 Etsi porrò ex stipulatione dandi præcisè quispiam ad dandum, hoc est, dominium transferendum, regulariter obligatur. *l. ubi autem.* 75. *§. ult. ff. hoc tit. l. si ita.* 25. *§. 1. ff. de contrah. empt. l. non videntur.* 176. *ff. de reg. jur. & ibi Petrus Faber numer.* 45. *Iason. in d. l. stipulationes non dividuntur.* 70. *num.* 22. *& seq. ff. hoc tit.* ex faciendi tamen stipulatione non item : sed is, qui factum promisit, præstatione ejus quod stipulatoris interest, factum esse, liberatur. Hæcque sententia (quantumvis eam, *post alios*, acriter impugnent Pinelus *ad l. 1. part. 3. numer.* 15. *C. de bon. matern.* Coras. *lib. 2. miscellan. jur. civ. cap. 3.* Cujacius *ad d. l. 2. §. item si in facto. ff. hoc tit.* Clud. *de sequestrat. c. 5. num.* 26. *in fine.* Borcholt. *in Comment. de verbor. obligat. cap. 2. numer.* 99. & Bronchorst. *cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert.* 89. *edit. 1.*) dilucidè probatur *ex d. l. stipulationes non dividuntur.* 72. *in princ. vers. Celsus tamen. l. si pœnam.* 68. *l. quotiens* 81. *in princ. l. si insulam.* 84. *l. si quis stipulatus.* 112. *§. fin. & l. si fundum.* 114. *ff. hoc tit. item l. si quis ab alio.* 13. *§. ult. ff. de re judicat. & l. 1. in princ. ff. de actionibus empti.* Et quanquam dissentientes ad hos, & similes textus respondeant : ipsum quidem reum conveniri posse in id, quod actoris interest : ast in actoris arbitrio esse, utrum velit : factum, an inter-
60 esse sibi præstari : cum utrumque sit in stipulatione, interesse & factum : ratio tamen & regula juris istam opinionem planè respuit : siquidem in omni obligatione alternativa non, stipulatoris, non creditoris, non actoris ; sed promissoris, sed debitoris, sed rei electio est, utrum præstare velit. *l. plerunque* 10. *in fin. ff de jur. dot. l. 2. §. Scævola. 3. ff. de eo, quod certo loco. l. penult. C. de condict. indebit.* Idque fusius, *post alios*, explicant *Duarenus & Donellus ad d. l. stipulationes non dividuntur.* 72. *ff. hoc tit. Gœddæus in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap.* 9. *conclus. 4. numer.* 30. *cum multis seqq. Schröter. d. decad. 7. quæst. 9. Vaud. libr. 2. quæst. 14. & novissimè Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tractat. 4. quæst.* 13. *& in dict. resolut. ad Treutler. vol. 2. disputat.* 27. *th. 1. quæst. 14. pag. 70. cum seqq. & ibidem Bachovius in suis not. ad lit. L pag.* 810. *& seq. item ad th. 3. lit. B. & D. pag.* 834. *& seqq.*
61 Huic sententiæ primò non adversatur, quod nulla bona diversitatis ratio afferri possit, cur aliud in faciendi, quàm dandi stipulatione seu obligatione observari debeat. *Optima* namque diversitatis ratio est : quòd, si præcisè ad faciendum homines liberi cogerentur ; non parùm incivilitet eorum libertas violari videretur, & quandam servitutis speciem pari impellerentur ; contrà quàm libertas definita est, *in §. 1. supr. de jure personar.* Cogi verò homines liberos dare pecuniam, neque servile, neque incivile est : cùm corpori libero hoc non incumbat, sicuti opus manu suâ facere, sed plerunque liberalitatis sit & officij, homine libero digni, & laudabilis, *auctore Duareno ad d. l. si quis ab alio.* 13. *in fin. ff. de re judicat.* Sed & differentiæ ratio illa reddi solet : quod in obligatione dandi, neque expresse, neque tacitè, aliud voluntate & intentione contrahentium insit, quam solum id, quòd dari debet: nec aliud etiam est in petitione. *l. vinum.* 22. *ff. de reb. credit. si cert. pet. l. penult. & l. ult. ff. de condict. triticiar. l. si pro fure.* 7. *§. condictio.* 2. *& l. si servus.* 14. *§. bove.* 2. *& §. seq. ff. de condict. furt. l. 1. ibique glos. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, &c.* At si quid fieri convenit : non solum juris interpretatione, sed tacitâ etiam contrahentium voluntate inest obligatio ad id, quod interest : quippe factum inest stipulationi expressè, in id tantum, ut si intra legitimum tempus exhibeatur, solutum censeatur illud, quod promissum est, ne stipulatio in id quod interest fieri, committatur : sin minus, commissa censeatur stipulatio, ut æstimatio facti solvatur : quia hanc potius solvere reus elegerit. *d. l. si pœnam.* 68. *d. l. quotiens.* 81. *d. l. si insulam.* 84. *d. l. si fundum.* 114. *l. si ita quis.* 135. *§. Seia.* 2. *in fin. vers. nec mulieris quicquam. & §. ea lege.* 3. *in fin. ff. hoc tit. d. l. 1. & l. ex empto.* 11. *§. idem ait.* 9. *ff. de actionibus empti. Idque latiùs discutit, D. Gœddæus d. c. 9. conclus. 4. num. 50. & tribus seqq.*
Secundò non adversatur *l. fideicommissa.* 11. *§ ult. ff. de legat. 3.* ubi traditur : heredem, qui jussus erat opus suo sumptu facere ; veluti, *curiam ædificare*, vel *ludos publicos facere* ; si paratus sit pecuniam Reipublicæ dare, ut ipsa faciat, non esse audiendum : cum testator per ipsum heredem hoc opus fieri voluerit. Quòd si is, qui alterius, nempe testantis voluntate ad factum obligatus est, tam præcisè ad præstationem facti tenetur : quantò magis is, qui suo se ore proprio ad factum obligavit, hoc præstare cogendus erit, *argument. §. versa vice.* 20. *infr. de inutilib. stipulat. l. 3. §. heres. 3. ff. commodati.* Lex inquam, illa non adversatur. Quia cum illic Ulpianus Jurisconsultus fateatur, specialiter à Divo Marco rescriptum esse, ut non liberetur heres offerendo pecuniam, qui opus Republic. facere jussus est : utique simul fatetur regulam esse in partem contrariam : nec in omni facto debito, etiam ex testamento, ita comparatum esse. Quid enim opus fuisset speciali Divi Marci constitutione, in qua fundamentum decisionis suæ collocaret Ulpianus, 62

nus, si regula esset, factum præcise præstandum esse? Deinde heredi vel legatario, ne indigni videantur bonore, quo affecti sunt, incumbit in specifica formâ adimplere voluntatem testatoris: cum nihil magis debeatur hominibus, quam ut supremæ eorum voluntates, tanquam lex alia, postquam jam aliud velle non possunt, exitum sortiantur. *l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. Novell. 22. c. 2.*

63 Tertò non adversatur *l. hereditatem. 28. ff. de donationibus* ubi filia, cui pater hereditatem sibi delatam donavit, tenetur legis inductione creditoribus hereditariis satisfacere: & ad id cogitur per actionem præscriptis verbis. Cogetur ergo multò magis, si ipsemet factum promisisset. Potentior

64 quippe est obligatio hominis, expressis verbis ab ipso constituta: quàm tacitè à lege introducta: cùm expressa hominis provisio faciat cessare provisionem legis: non verò contra. *l. 3. ubi Dd. ff. de rebus credit. si cert. pet. l. fin. C. de pact. inter emptor. & vendit. l. unic. §. in primo. 3. & §. sed. C. de cadus. tollend. Eberhard. à Middelburg. in loco legali. 27. ab ex*

65 *presso ad tacitum. numer. 20. & seq.* Non, *inquam*, lex ista adversatur. Pater enim, qui hereditatem illam sibi delatam, & à se aditam, filiæ donavit; una cum suo onere & emolumento donasse intelligitur, quia id omne hereditatis appellatione continetur: cùm juris sit nomen, sine dubio etiam damnosam hereditatem significans, *l. nihil est aliud. 24. & l. hereditatis. 119. ff. de verb. significat. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur.* Quin & patris donatoris personam hac in parte filia donataria sustinet: qui & ipse satisfacere, hoc est, solvere, & se obligationibus liberare hereditariis teneretur. *d. l. nihil est aliud. 24. ff. de verb. signif. l. heredem. 59. & l. omnia verè. 192. ff. de reg. jur. l. 1. & tot. tit. C. de hereditar. actionibus.*

66 Præterea satisfacere crediroribus, non est nudum factum, sed jus continet, & necessitatem solvendi pecuniam habet. *l. liberationis. 47. ff. de verb. significat. l. si se non obtulit. 4. §. ait prætor. 3. ff. de judicat.* Solvere autem heres per naturâ cujusque obligationis. *d. l. liberationis. 47. ff. de verb. signif. §. 1. infr. quibus mod. tollit. obligat. l. prout quidque. 80. ff. de solutionibus.* Adhæc satisfactio, si sponte à creditoribus vice solutionis admittatur: pro solutione atque ita pro pecuniâ est. *l. satisfactio. 52. ff. de solutionibus d. l. 4. §. 3. ff. de re judic.* Non igitur sequitur: hæres, qui hereditatem adijt, vel cui ille eam cessit donavitque, juris auctoritate tenetur hereditariis creditoribus satisfacere, hoc est, solvere, & illud præstare, quod defunctus dare facere obligatus fuisset: ergò tenetur etiam præcise facere, quod factum ipsemet promisit. *Quia* aut de tali facto, putâ satisfactione, hoc exauditur, quod nudum non est, sed pecuniæ præstationem habet; aut quòd eodem modo, quo defunctus, satisfacere teneatur. Atqui defunctus mera facta præcisè præstare non esset cogendus, si foret superstes. Ergo nec heres, nec cui heres cessit hereditatem præcisè cogetur. *l. 2. §. ex his. 2. vers. non enim ex persona. ff. hoc tit.* Et ita illud declarat Gœddæus *d. Comment. de contrah. & commit. stipul. c. 9. conclus. 4. num. 56. cum seqq.* quem sequitur (ejus tamen nomine suppresso) Hunnius *prædicto libr. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 4. quæst. 13. pag. 1009.*

Quartò non adversatur, quòd illud solùm, quòd promissum est, præstari debeat, atque in obligatione contineatur. *l. quidquid adstringenda. 99. ff. hoc tit.* cum aliud pro alio, invito creditori solvi non possit. *l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet.* At stipulatione faciendi factum solum promissum fuit, non item interesse. Proinde factum, & non interesse in obligatione versatur, & præstari debet. Hoc, *inquam*, non adversatur. Quia etsi factum ab initio solum, si verba spectentur, in stipulatione ac promissione versabatur? nec ideo liceat, aliud factum pro alio, invito præstare: tacitè tamen, & sententiâ contrahentium continebatur etiam id, quod interterat, ita ut in conditione stipulationis commutendæ esset factum; in commissa verò solum id, quod interest. *l. ult. ff. si quis in jus vocat. non ierit. d. l. si pœnam. 68. d. l. stipulationes. 72. & d. l. quotiens. 81. ff hoc tit. cum similibus.* Itaque non potest videri hic aliud peti vel solvi, quàm debetur. *Gœdd. d. c. 9. numer. 58. in fine. latius Donell. ad d. l. 26. num. 26. & seqq.* 67

Quintò non adversatur, quòd multum intersit, factum à quo alio, an verò ab ipso promissore impleatur: cùm inter artifices longa sit differentia. *l. inter artifices. 31. ff. de solutionibus. l. nemo est. 5. ff. de duobus reis constituend.* Ideòque stipulatori facti non intelligetur satisfactum, quando non factum ipsum, quod stipulatus erat, sed ejus loco pecunia fuerit soluta, quâ ab alio factum illud sibi fieri curet. Id, *inquam*, non adversatur. Siquidem non est quæstio; utrùm factum, quod promiseras, ipse præstare debeas, nec per alium possis: sed an præcisè tenearis ad faciendum. Versatur itaque extra propositum hoc argumentum, nec scopum quæstionis attingit, *docente Hunnio d. quæst. 13. vers. ad decimum respondetur, & c. pag. 1009.* 68

Sextò non adversatur, quòd moram & frustrationem non facientis impunitam esse non oporteat; nihilque illa commodi adferre debeat moratori sive reo: ne ex morâ & delicto suo commodum aliquod sentiat. *l. in fideicommissi. 3. §. fin. ff. de usur. l. itaque 12. §. 1. l. eum, qui, 14. §. u autem. 3. ff. de furtu.* Atqui in proposito, si promissor facti non teneretur ad faciendum, sed præstatione ejus, quod interest, liberaretur; consequens foret, delictum seu moram promissoris hactenus ei prodesse, ut cùm prius ad factum præcisè obligatus fuerit, nunc non sit ad faciendum obligatus, sed liberetur præstatione ejus, quod interest. Hoc non adversatur, *inquam*. Quamvis enim mora cuivis 69 70

cuivis nocere debeat: haud tamen ultra id, quod in obligatione est, nocere potest: cùm obligationem tantum perpetuet, & ad ea pertineat, quæ in obligatione versantur. Postquam autem factum non est, quod fieri promissum est: ex prædictis patet, factum non ampliùs in obligatione esse, sed interesse: ac proinde moram à debitore factam efficere neutiquam posse, ut is præcisè ad faciendum teneatur. *Hunn. dicto loco.*

71 Septimò non adversatur, quòd in promissoris ac debitoris arbitrio esse non debet, utrùm & quomodo obligatus esse velit, *argum. l. sub hac conditione. 8. ff. de act. & obligat. l. centesimis. 46. in fin. & l. à Titio. 108. §. ultim. ff. hoc tit.* Jam verò, si electio daretur reo, utrùm factum; an id, quod interest, præstare malit: tum esset in ejus arbitrio, an deberet, & quomodo deberet id, quod promisit, nempè factum. Non, *inquam*, illud adversatur. Tum quia consequentia huic argumento nulla inest: cùm factum non ampliùs sit in obligatione, *ut paulò antè dictum.* Tum quia quod traditur, in arbitrio debitoris non oportere situm esse, utrùm & quomodo obligatus esse velit: id verum quidem est, si de initio obligationis, ejusque statu constituendo quæratur. *d. l. à Titio. 108. in fin. ff. hoc tit. cum similibus modò adductis.* At prohibitum non est, ejus arbitrio committere tacitè vel expressè, utrùm ex iis, quæ in stipulationem constitutam deducta sunt, solvere malit, nec ne: cùm in alternativis non utrumque simul, sed alterutrum debeatur: ut nec omnes generis promissi species debentur; sed una, vel altera, prout elegerit ille, cui vel lege contractûs, vel juris auctoritate electio data est. *l. plerumq. 10. in fin. ff. de jur. dot. §. si generaliter. 2. supr. de legatis. l. si stipulat. 76. l. si quis stipulatus. 112. & l. fin. in princ. ff. hoc tit. l. qui hominem. 34. in princ. ff. de solutionib. l. penult. C. de condict. indebit. c. in alternativis. 70. ubi Dynus & Petrus Peckius de reg. jur. in 6. Idq; pleniùs persequitur Goedd. d. c. 9. n. 58. p. 991. & seq. edit. 2.*

72 Octavò non adversatur *l. actionum. 25. in princip. vers. personam. ff. de obligat. & actionib.* ubi disertè Ulpianus respondit: personali actione nos agere cum eo, qui nobis obligatus est ad faciendum aliquid. Atqui aliunde ad faciendum agi non potest, quàm ex stipulatione faciendi. Ideoque præcisè ad factum tenetur, qui factum promisit. Lex, *inquam*, ista non adversatur. Quoniam non sequitur: agitur cum eo, qui ad faciendum obligatus est: ergo præcisè ad faciendum agitur: cùm etiam ad interesse agi possit cum eo, qui ad faciendum obligatus fuit. D*einde* eo tempore, quo actio instituitur, & in judicium deducitur, factum in obligatione & præstatione est: sed postquam lis contestata est, desinit factum in obligatione & præstatione esse; & loco ipsius interesse sive pecunia debetur. *d. l. si insulam. 84. & similibus. ff. h. t. Hunn. d. q. 13. vers. ad quartum facilis, &c. pag. 1008.*

73 Nonò non adversatur *l. obligationum. 3. ff. de obligat. & actionib.* cujus in principio Paulus expressè ait: obligationum substantiam non in eo consistere, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. *Licèt* enim faciendi stipulatione quispiam ad factum obligetur: inde tamen non consequitur, quòd etiam ad factum agi possit, ita ut in factum promissor condemnetur. Quatenus præterea quisque ad factum obligetur, & quatenus ab interesse, jam exploratum est. Etenim quòd reverà ad interesse obligatus sit facti promissor, ex eo manifestum evadit, quod in stipulationem venire dicitur id, quod interest. *d. l. si quis stipulatus. 112. §. 1. ff. hoc tit.* item stipulatione contineri id, quod interest. *d. l. quotiens. 81. in princ. ff. eod.* quodque ex faciendi stipulatione promissor in interesse, & non in factum condemnari dicitur. *d. l. si quis ab alio. 13. in fine. ff. de re judicat.* At quisque ad id obligatus censetur, quod in stipulationem venit, quod stipulatione continetur, & in quod ex stipulatione condemnatur. *Hunn. loco suprà notato.*

Decimò non adversatur *l. qui restituere. 68 ff. de rei vindicat.* ubi is, qui rem restituere tenetur, præcisè restituere cogitur, si modò ejus rei restituendæ facultatem habeat: sic ut si non restituat, ei res manu militari auferatur. Restituere autem aliquid, factum denotat. *l. prætor ait. 20. in princ. & §. ait prætor. 3. ff. de operis novi nunciat. l. cùm prætor. 81. ff. de verb. significat.* Non, *inquam*, lex illa 68. adversatur. *Tum* quia in eâ agitur de rei vindicatione, quæ in rem est, non in personam: nec obligationem, sed jus in re præsupponit. *§. 1. infrà, de actionib.* ut ita à nostræ quæstionis scopo planè aliena existimetur. *Tum* quia magna diversitatis ratio subest. Nisi enim per rei vindicationem cogeretur reus omnino & præcisè rem restituere: res omnium indignissima induceretur: siquidem res suo domino auferretur, ut apud prædonem maneret. Atqui malitiis istiusmodi minimè indulgendum est. *l. in fundo. 38. ff. de rei vindicat.* Neque verò, cùm Magistratus, aut Judex rem auferet possessori, & domino restituet; periculum est, ne videatur facere, quod ei jure non liceat. Hæc quippe translatio nihil juris in dominum transfert; ut quis dicat, non potuisse id jus ab eo transferri, qui ipse non habuit: sed transfert solùm detentionem, facitque, ut qui priùs rem non tenebat, nunc teneat. Et tametsi hæc executio in privato vis, & injuria est: in Magistratu tamen, officium suum exequente, jus est; quoniam vim infert jure honoris, & potestatis, quam sustinet. *l. continet. 3. §. 1. ff. de eo, quod met. caus. gest. erit.* Nihil simile reperitur in actionibus in personam, quibus agitur adversus eos, qui nobis obligati sunt. In his namque agitur de re alienâ, id est, eâ, quæ debitoris est, non actoris: alioqui frustrà intenderet actor, sibi dari oportere. *§. sic itaq; discretis. 14. infr. de actionib.* Adde, quòd in propositâ quæstione, commissâ stipulatione, non petitur factum, nec

nec id in condemnationem deducitur; sed id, quod interest, dare, facere, & petitur & condemnatur. Cæterùm quod attinet ad restitutionem ejus operis, quod adversus nunciationem factum est: non mirum, si Prætor id jubet destrui, idque ipsum exequitur extra ordinem. Nam illud pertinet ad vindicandam auctoritatem & imperium Magistratûs. Constat etenim, quod adversus nunciationem factum est, contra interdictum prætoris factum videri, ut scribit Ulpianus *in d. l. prætor ait. 20. §. 1. ff. de operis novi nunciat.* & notat Donellus *ad d. l. stipulationes non dividuntur. 72. num. 49. ff. hoc tit.*

76 Undecimò non adversatur *l. sed & hæ personæ. 35. §. ultim. ff. de procurat.* ubi Jurisconsultus profitetur: procuratorem, qui promisit defendere, omnimodo compelli judicium accipere, nec sufficere stipulationem committi. *Tum* quia procurator illic nihil promisit. Nos autem hoc loco de faciendi obligationibus agimus. *Tum* quia non cogitur procurator, ne in hac quidem specie, præcisè dominum defendere. Nam pœna non defendentis procuratoris hæc tantùm est, ut ei denegetur actio, *auctore Paulo in l. mutuo. 43. ff. eod.* ut proinde consequens sit, illum non agendo evitare necessitatem defensionis. *Donell. dicto num. 49. pag. 178.*

77 Duodecimò non adversatur, quòd maritus & uxor cogi possint simul cohabitare, nec præstando interesse liberentur, *per notata Panormitani in c. 1. in ultim. notab. num. 6. ext. de sponsalib.* cùm tamen cohabitare factum sit, ac quidem merum factum, sicuti fossam fodere, insulam ædificare, Romam ire, &c. *Etenim* natura matrimonii suadet, jus & conventio postulant, honestas jubet, publicaque utilitas dictat & præcipit: ut is, qui stipulatione matrimonium spopondit, præcisè ad illud ineundum & consummandum compellatur. Neq; tale factum est, quod æstimationem recipiat, aut ullo modo in commercium veniat. Quis enim maritale obsequiũ ære honestè venderet, aut æstimaret? Dispar ergo ratio cohabitationis est, & cæterorum factorum. *D. Gœddæus prædicto c. 9. num. 63.*

78 Decimotertiò & ultimò non adversatur *l. final. C. de novationib.* ubi cautum est, ut nulla hodie novatio fiat, nisi hoc disertè agatur à contrahentibus. Jam verò si facti promissor moram faciens, non ad factum præcisè, sed ad id, quod interest, tantùm esset obligatus, & ita obligatio dandi succederet in vicem obligationis faciendi, citra expressam conventionem, aliqua adhuc hodie novatio fieret, de qua nihil nominatim actum. Quod cùm dictæ l. finali repugnet, ne cogitandum quidem est. Non, *inquam*, lex ista adversatur. Quandoquidem commissâ faciendi stipulatione, non fit propriè, sed quasi novatio. *l. obligationum ferè. 44. in fine. ff. de oblig. & acti-n.* sicuti etiam per eventum conditionis non novatur id, quod erat in conditione, sed reverà nunc quid debeatur, ostendit. Atqui *in d. l. fin. C. de novation.* tractatur de veris novationibus, & de iis actibus, in quibus veteres novationem factam esse, diversimodè interpretabantur. *Gœdd. d. c. 9. num. 69.*

Porrò an & quatenus ille, qui tradere promisit, ad tradendum teneatur, cognosci poterit ex iis, quæ annotavimus *ad principium tit. infr. de empt. & vendit. num. 32. & seqq.* Quid item, & quotuplex sit stipulatio dandi vel faciendi dividua & individua, post Carolum Molineum, *in extricat. labyrinth. divid. & individ.* aliosque nonnullos, latè & accuratè explicat Frantzkius *exercit. jurid. 10. quæst. 4. & 5. pag. 300. & seqq.* 79

Verborum obligationem ex stipulatione, tanquam effectum ex suâ causâ, scaturire & enasci tralatitium est, *hoc principio nostro. ibiq; Dd. l. 1. §. 3. ff. de stipulat. servor.* Sed an verborum obligatio non ex stipulatione tantùm, verùm aliis etiam ex causis proficiscatur & ebulliat, non æquè expeditum est? Et Donellus quidem *in rubr. ff. hoc tit. numer. 7. cum seqq. & lib. 14. Commentar. de jur. civ. c. 36. pag. 352. numer. 20.* eumque secuti Forsterus *lib. 3. disput. 17. th. 1.* Hœnon. *disput. 14. ad Institut. controvers. 2.* Parlador. *lib. 2. rer. quotid. c. 3. numer. 55. cum seqq.* Riemer. *decad. 10. quæst. illustr. 2.* Knipschildt *exercit. Acad. 6. quæst. 17. pag. 237. cum seq. &* Hunnius *d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 4. quæst. 3.* autumant: solam stipulationem, eamque unicam, causam esse verborum obligationis. At contrà Cujacius *ad l. 1. ff. hoc tit.* Gœddæus *d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. in prolegomen. numer. 10. cum seqq.* Botcholt. *hic numer. 3.* Hackelman. *disput. illustr. 22. th. 2. ad lit. C.* Bachovius *in prædictis not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 1. lit. l. pag. 807. cum seq.* & Arumæus *exercitat. Iustin. 13. th. 3.* contendunt: verborum obligationem ex aliis etiam causis oriri, *per §. sunt & alia. & §. seq. lib. 2. Institut. Caij. tit. 9. de obligat.* ex quibus evidenter apparet, & ex dictione dotis, (*ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat*) & jurejurando liberti (*si videlicet libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit*) prodire verborum obligationem. Accedit, quòd Ulpianus disertè dicit: verius esse, obligationem liberti jurejurando constitutam, per acceptilationem tolli. *l. & per jusjurandum. 13. in princ. ff. de acceptilat.* Ast acceptilatio eam tollit obligationem, quæ verbis contracta est. *l. an inutilis. 8. §. 3. ff. eod.* Ergo jurejurando verborum obligatio contrahitur, *argumento l. nihil tam naturale. 35. l. omnia, quæ. 110. & l. ferè quibuscunque. 153. de reg. jur.* 80 81

Cui assertioni non obstat, quod *hic & in l. 1. §. verbis. 7. l. obligamur. 52. §. 2. ff. de obligat. & actionib. item l. 2. §. fin. ff. de reb. credit. si cert. pet.* nulla omnino fit mentio dictionis dotis, aut jurisjurandi liberti: sed absolutè & simpliciter traditur: verbis obligationem contrahi ex interrogatione & responsione, cùm quid dari fierivè nobis stipulamur.

Nam ex eo, quòd allegatis modò in locis nulla fiat dictionis dotis, aut jurisjurandi liberti mentio, firmiter concludi nequit: verborum obligationem non nasci ex dictione dotis, aut jurejurando liberti: siquidem Triboniano & cæteris Pandectarum compilatoribus non fuerit propositum, istis in locis de omni verborum obligatione tractare, sed tantùm de
82 eâ, quæ ex stipulatione proficiscitur. *Dein* haud omnis propositio simpliciter facta habet vim exclusionis: vel (*ut vulgò ajunt*) non omnis inclusio unius, est exclusio alterius: nisi illud res subjecta necessariò suadeat, aut de mente quid agentium constet: alioqui verba tantùm pro re subjectâ ita accipiuntur, ut rei præsenti quidem inserviant, aliis verò minimè quid detrahant. Sed videatur D. Goedd. *in dictis prolegom. numer.* 21. *& seqq.* ubi reliqua dissentientium argumenta sufficienter & exquisitè refutat.

83 Annectit tandem hoc loco Justinianus: ex stipulationis obligatione duas actiones nasci: condictionem certi, & actionem ex stipulatu; quæ interdum plenius, actio incerti ex stipulatu dicitur *l. si stipulatus.* 4. *in princip. ff. de usur.* Illa locum habet, cùm certum quid in stipulationem est deductum. *l. si quis certum.* 24. *ff. de rebus credit. si cert. pet.* Hæc verò datur, cùm stipulatio est incerta, sive quando incertum quid promissum est, *hoc principio nostro, ibique Nonius numer.* 3. *Heigius numer.* 11. *Mynsinger. num.* 18. *& alii Interpp. Petr. Nicol. Mozz. in tract. de stipulat. col.* 6. *tit. quæ actio oriatur ex stipulat. Rofred. Beneven. in tractat. de ordine judic. part.* 4. *rubr. de act. ex stipul. & rubr. de certi condict. ex stipulat. Treutler. vol.* 2. *disput.* 27. *th.* 8. *ibiq; in fine not. Bachovius pag.* 872 *cum seqq. & Hunnius in suis resolut. pag.* 154. *&*
84 *seqq.* Certum autem est, sive certa est stipulatio, cùm ex ipsa pronunciatione appatet, quid, quale, quantumque sit in stipulatione: verbi gratiâ: *dabis vini Tubingensis optimi amphoras centum?* vel *dabis aureos decem? dabo*: certa hæc est stipulatio: quia ex eâ intelligitur, quid, quale, quantumvè sit in stipulationem deductum. Sic certa est stipulatio, cùm hominem Stichum stipulor: quia etiam hìc apparet, quid, quale, quantumque in stipulationem deductum sit *l. stipulationum quædam.* 74. §. 1. *hoc tit.* Sic quoque certa stipulatio est, si quis stipuletur vinum aut oleum, quod est in apothecâ, vel triticum, quod est in horreo. *l. ubi autem.* 75. §. *sed qui vinum.* 5. *ff. eod.* vel pecuniam, quæ est in arcâ, aut cistâ. *l. hac venditio.* 7. § *hujusmodi.* 1. *ff. de contrah. empt.* Quin & certa censetur stipulatio: si stipulatus sim à Titio, quod mihi Sejus debet: vel quod ipse Titius mihi ex testamento debet. *d. l. ubi autem.* 75. §. *qui verò.* 6. *ubi Cujacius. ff. hoc tit. Dn. Collega Bocer. clas.* 2. *disputat.* 15. *th.* 18. *edit.* 2. *Berchols. in Commentar. de verb. obligat. c.* 2. *num.* 217. *& seqq. ubi id pulchrè &*
85 *dilucidè explanat.* Incerta stipulatio dicitur; cùm non apparet, quid, quale, quantumque sit in stipulatione. *d. l. ubi autem* 75. *in princ. ff. hoc tit.* veluti, cùm quis fundum sine propriâ appellatione, vel hominem generaliter, sine proprio nomine, aut vinum frumentumvè sine qualitate dari sibi stipulatus est. Usque adeò: ut, si quis ita stipulatus sit; *Tritici Africi boni modios centum: vini Campani boni amphoras centum promittis?* incertum videatur stipulari: quia bono melius inveniri potest. Quæ res efficit, ut boni appellatio non sit certæ rei significativa: cùm id, quod bono melius est, ipsum quoque bonum sit. At cùm optimum quisque stipulatur: id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis habet. Quo fit, ut ea appellatio certi significativa sit, ut loquitur Ulpianus *in d. l. ubi autem.* 75. §. 2. *ff. eodem.* Est quoque incerta stipulatio, cùm quis stipulatur fundi certi usumfructum. *d. l.* 76. §. *fundi certi.* 3. *ff. d. titul.* tametsi stipulatio ususfructûs pecuniæ, certa perhibeatur. *l. tribus heredibus.* 8. *ibi. velut certi. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consum.* Ideirco verò ususfructus pecuniæ, sive legatus sit mihi ususfructus pecuniæ, sive usumfructum pecuniæ sim stipulatus, certus est: quia proprietas legata, & in stipulationem deducta videtur. *l. si tibi decem.* 6. *ff. d. tit. Berchols. d. cap.* 2. *num.* 194. *& seqq. ubi Donellum dissentientem abundè refutat.* Est item incerta stipulatio, si quis id, quod ex Arethusâ ancillâ natum erit; aut fructus, qui in fundo Tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus est. *d. l. ubi autem.* 75. §. *illud dubitationem.* 4. *ff. hoc tit.* eamque 86
stipulationem incertam manere, etiam post captos fructus, & post editum partum, probabile est. *d. l. si stipulatus.* 4. *ff. de usur. D. Bocer. d. class.* 2. *disput.* 15. *th.* 110. *lit. b.* Similiter qui illud, aut illud stipulatur, veluti decem aut hominem Stichum, nec sibi electionem constituit: incertum in obligationem deducit. *d. l. ubi autem.* 75. §. *qui illud* 8. *ff. hoc tit.* ut & is, qui id, quod in faciendo, vel non faciendo consistit, stipulatur, veluti fossam fodi, domum ædificari, vacuam possessionem tradi: item, per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat: per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat, *sæpe allegata l. ubi autem.* 75. §. *qui id, quod* 7. *ff eod. latè Berchols. d. cap.* 2. *numer.* 225. *& aliquot seqq.* Illud valde controversum est: si quis 87
servitutem prædii, vel hereditatem stipuletur: certumvè; an incertum in stipulationem deducere intelligatur? Et (quicquid in contrarium adferat Donellus *in d. l. stipulationem.* 74. *numer.* 9. *&* 11. *ff. hoc titul.*) incerti hanc esse stipulationem, non absque ratione statuitur. Etenim servitus est jus aliquod. 88
§. *incorporales.* 2. *&* §. *ult. supr. de reb. corporal. & incorporal. l.* 1. §. 1. *vers. incorporales. ff. de divis. rer.* Jus autem quale, quantumque sit, perspici & verè cognosci nequit: cùm tamen illud certum dicatur, quod apparet, quid, quale, quantumque sit. *d. l. stipulationum.* 74. §. 1. *& l. seq. ff. hoc titul.* Hereditate 89
item venditâ, certa hereditariarum rerum quantitas vendita non existimatur: nisi de substantiâ & quantitate hereditatis venditor affirmaverit. *l. quæ filiusfamilias.* 14. §. 1. *& l. seq. ff. de hereditate, vel actione*

ctione vendit. Et non esse rem certam ipsam hereditatem, evidenter apparet *ex l. quòd si nulla. 8. & tribus seqqq. ff. eod. titul.* Atque hanc, de stipulatione servitutis & hereditatis, sententiam fusius defendunt *Cujacius in d. l. 74. ff. hoc tit. Borcholt. d. Commentar. de verb. obligat. cap. 2. num. 199. cum seqq. & part. 2. Disput. 4. de verbor. obligat. proposit. 15. Knipschilde d. exercitat. 6. quæst. 8. pag. 221. cum seq. & D. Bocerus d. clas. 2. Disput. 15. thes. 113.* Tametsi aliter hæc explicare videatur Gœddæus *d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 12. numer. 230. & seqq.*

Quod porrò hic traditur : ex incertâ stipulatione proficisci tantum actionem ex stipulatu : ex stipulatione verò certâ concedi tantùm condictionem certi : ei non obstat *l. prædia. 28. ff. de actionibus empt. & l. si pacto. 14. C. de pactis.* in quibus dicitur : eum qui petit pœnam stipulatione compre-
91 hensam, ex stipulatu petere. Pœnæ autem stipulatio certa est : adeò quidem, ut non valeat, nisi certa sit. *§. ult. infr. hoc tit. l. si pœnam. 68. ff. eodem.* Non *inquam*, hæ leges & similes (*ut l. unic. §. 1. C. de rei*
92 *uxor. act.*) obstant. Nam intelligendæ sunt non de actione, quæ vocatur ex stipulatu : sed potiùs de causa actionis, ex quâ certum, quod in stipulationem deductum est, petitur. Siquidem *stipulatus* verbum stipulationem significat. *l. pecunia. 9. in princ. ff. de usur.* Atque hac in significatione verbum *stipulatus* in adductis legibus usurpatum ostendit ; hanc esse earum sententiam : pœnam stipulatione comprehensam non peti quidem actione ex stipulatu, sed condictione certi : ex causa tamen stipulationis, id est, propter stipulationem, quâ pœna comprehensa
93 est. Et ita ad has leges respondet Donellus *in l. si quis certum. 24. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Cæterum utraque prædictarum actionum personalis perhibetur, perpetua, & in heredes transitoria. *l. 2. §. ex his igitur. l. in executione. 85. ff. hoc tit. ibique Wesenbec. in paratit. num. 14. §. sub conditione. 4. vers. ex conditionali. infr. eod. l. veteris. 13. C. de contrah. & committ. stipulat. Oldendorp. class. 4. act. 28.* nisi species promissa, ante moram culpamvè promissoris autperempta sit, aut in commercio hominum esse desierit *l. si ex legati. 23. l. si Stichus. 33. l. is, qui alienum. 51. l. nemo. 82. §. 1. l. mora. 88. l. si servum. 91. ubi Bartol. Bald. Iason, Alexand. Zasius, Duaren. Donell. Cujac. ff. hoc tit. latissimè Gœdd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 11. conclus. 4. num. 23. & multis sequentibus.*

§. In hac re olim 1.

In hac re olim talia verba tradita fuerunt: *Spondes? spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? dabo.* Facies? *faciam.* Utrùm autem Latinâ, an Græcâ, vel qualibet aliâ lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum eius linguæ habeat : nec necesse est, eâdem linguâ utrumque uti ; sed sufficit, congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci Latinâ linguâ obligationem contrahere possunt. Sed hæc solennia verba olim quidem in usu fuerunt : postea autem Leonina constitutio lata est, quæ solennitate verborum sublatâ, sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solùm desiderat quibuscunque tandem verbis expressum est.

S U M M A R I A.

1 *Quibus verborum formulis olim stipulatio conciperetur.*
2 *Quatenus verborum solennitas hodie sublata.*
3 *Mens & sententia l. decreta. 48. ff. de re judicat.*
4 *Conciliatio hujus l. 48. cum l. judices, 12. C. de sent. & interlocut. om. judic.*
5 *Ratio diversitatis, cur stipulatio quacunque linguâ concipi possit : decreta & sententia judicum non item.*

IN hoc §. ostendit Imperator Justinianus : quæ verba olim in stipulatione fuerint usitata : quibus item verbis hodie eadem confici possit. Et antiquitus quidem stipulatio certis verbis sic concipiebatur : ut eodem quis verbo respondere cogeretur, quo esset interrogatus : veluti, *Spondes? spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? fidepromitto. Fidejubes? fidejubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam.* Quibus verborum formulis neglectis, nihil agebatur, etiamsi verbis æquipollentibus contrahentes uterentur : adeo, ut si quis ita stipularetur, *Polliceris? polliceor* : inutilis esset stipulatio. 1 2
Sed hac verborum solennitate per Imperatorem Leonem sublatâ, *l. omnes. 10 C. de contrah. & committ. stipulat.* etiam Justiniano placuit : præter illa sex solennia verba, alia quoque apta & idonea in stipulationibus usurpari posse : ut *solves? reddes? præstabis? Romam ibis? ædificabis? polliceris? &c.* nihilque referre, iisdemnè, an diversis verbis, aut quibus linguis stipulationem contrahentes utantur ; si modò uterque mentem & consensum alterius, sive per se, sive per verum Interpretem, sanè intelligat. Sed & ne hoc quidem necessarium est, ut uterque eadem linguâ utatur. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Græce, vel Hebraicè, vel aliâ quacunque linguâ ; dummodò sensus saltem verbis congruat : obligatio constituta est. *l. 1. §. ult ff hoc tit.*

Neque his refragatur *l. decreta. 48. ff. de re judicat.* ubi traditur, decreta à Prætoribus Latinè, & sic non Græcè, interponi debere *Loquitur* enim 3

Jureconsultus *in tâl.* non de stipulatione, ut cuivis patet; sed de Magistratuum decretis, & sententijs Judicum, atque ita de actu, qui juris publici est, non privati. Sententiæ namque per Judices publicè proferuntur. Et interest Reipubl. eo sermone sententiam pronunciari, quem omnes intelligere possint: qualis fuit sermo Latinus Romæ vulgaris, & imperitæ multitudini etiam communnis. Etenim Judices, quos cognoscendi & pronunciandi tenet necessitas, cùm noverint, omnes sententiam ferendam intellecturos, eo majori deliberatione habita illam concipient: conceptam diligentiùs ponderabunt, & corrigent: correctam accuratiùs in scriptum conferent: scriptam denique pronunciabunt cautiùs: ne fortè plerisque, qui intererunt, iniquam tulisse sententiam videantur. Hac igitur de causa sancitum fuit apud Romanos: ut sententia ea linguâ, quæ ipsis esset familiarissima, nimirum Latinâ, proferretur. Cæterùm in stipu-
4 latione, quâ de hic agimus, longè separata est ratio: quia hæc non publici, sed privati tantùm juris est, & conventio sive actus, qui per privatos expeditur, eorumque arbitrio subjicitur: in quo nihil refert, quo quisque idiomate utatur: modò alter alterum probè intelligat, *ut suprà dictum.* Nec huic solutioni, *adeoque dictæ l. 48. ff. de re judicat.* contrariatur *l. judices. 12. C. de sentent. & inter locutionibus omnium jud.* ubi disertè habetur; judices tam Latinâ, quàm Græcâ linguâ sententias proferre posse. *Nam* si mens potius, quàm sonus verborum *dict. l. 48.* spectetur: eam nequaquam *cum d. l. judices. 12. C. de sententiis, &c.* pugnare sed optimè eum eadem convenire, constabit. Tryphoninus enim J C. *in d. l. 48. ff. de re judic.* ait, sententiam Latino tantùm idiomate proferri debere; propter hanc videlicet rationem: quòd eo seculo Græcum idioma non fuit apud Romanos in usu. Quocirca de Latinâ tantum oratione respondit Jurisconsultus: qui de Græcâ idem haud dubiè responsurus fuisset, si tempore Jurisconsulti etiam apud Romanos lingua Græca viguisset: quemadmodum postea Romanis ea familiaris admodum esse cœpit, cùm facti Imperii Ro-
5 mani sedes Byzantium translata fuit. Eo igitur tempore rectissimè, & quidem non contra, sed secundùm sententiam & mentem Tryphonini ab Arcadio & Honorio Imperatoribus *in d. l. 12. C. de sentent. &c.* rescriptum est, & constitutum: sententiam non Latinis tantùm, sed & Græcis verbis pronunciari posse. Ratio autem diversitatis, cur stipulatio quacunque linguâ concipi possit, decreta & sententiæ Judicum non æquè, hæc est: quia stipulationes & contractus etiam cum extraneis, qui linguam Latinam, aut Græcam non callent, celebrantur & fiunt. At Magistratus & Judices Populi Romani non decebat linguam ignorare Romanam: *sicuti eleganter docet Franciscus Duarenus ad d. l. 1. §. ult. ff. hoc tit.*

§. Omnis stipulatio. 2.

Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè: veluti, *quinque aureos dare spondes?* Idque confestim peti potest. In diem: cùm adiecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit: veluti, *decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes?* Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur: sed peti priùs, quàm dies venerit, non potest. At ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est, peti potest: quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is præterierit.

SUMMARIA.

1 *Omnis stipulatio aut purè fit, aut in diem, aut sub conditione.*
2 *Pura in jure quæ dicantur? quæ item pura stipulatio.*
3 *Quatenus in stipulatione purâ promissor ad solutionem sit compellendus.*
4 *Creditor non statim cum sacco paratus debitorem adire debet.*
5 *Cedere diem, & venire diem quid significet.*
6 *Stipulatio in diem qua fit.*
7 *Intellectus l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. ff. de verb. obligat.*
8 *Explicata l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.*
9 *Argumentum à contrario sensu quatenus procedat.*
10 *Dies in gratiam debitoris contractui adjectus putatur.*

Divisio stipulationum talis hic proponitur: Omnis stipulatio aut purè fit, aut in diem, aut sub conditione, *argumento l. creditores. 10. ff. de verbor. significat.* Pura in jure dicuntur, quæ nullam adjectionem habent: indeque pura stipulatio est, quâ quid sine diei aut conditionis adjectione promittitur: veluti, *quinque aureos dare spondes? spondeo.* Etsi autem illud, quod per stipulationem puram est promissum, confestim ex rigore juris peti potest; eum in eâ cesserit & venerit dies, *hoc §. nostro. ibi, idque confestim peti potest, l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. ff. hoc tit. l. cedere diem. 213. in pr. vers. ubi purè. ff. de verb. significat. l. in omnib. obligationib. 14. ff. de reg. jur.* non tamen statim ad solutionem promissor compellendus est: sed arbitrio judicantis, humanitatis causa, modicum, tantumque temporis illi debet præfiniri, intra quod id, quod promissum est, commodè

præstare

præstare & solvere possit, *argument. §. fin. infr. de inutil. stipulat. l. ratum. 13. ff. de solutionibus. l. 1. ff. de jure deliber. l. quotiens. 24. ff. de operis libert. l. continuus.*
4 *137. §. cum ita. 2. ff. hoc tit.* Nec enim importunus creditor statim cum sacco paratus promissorem sive debitorem adire debet. *l. quod dicimus. 105. ff. de solutionibus. Hœnonius disputat. 4. controvers. 4. Andr. Gerhardi decad. 13. quæst. 10. Giphan. disputat: 29. ad Instit. th. 7. ibique Oleman. in suis notat. numer. 12.*
5 Vide fusiùs id & quidem diversimodè explicantes, Bachovium *hic num. 1. pag. 744. & in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 6. ad lit. A. & B. pag. 855. cum seqq. & Hunn. ibidem in suis resol. quæst. 43. p. 141. & seq.* itemque Timæum Fabrum *disputat. 23. ad Instit. Imperial. th. 2.* Cedere porrò diem significat, incipere deberi pecuniam : venire diem significat, cum diem venisse, quo pecunia peti possit. *d. l. cedere. 213. ff. de verborum signific.* Stipulatio in diem est, quâ aliquid in diem promittitur : vel, cui dies sive tempus, quo pecunia solvatur, adiicitur : veluti, *decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? hoc*
6 *§. nostro vers. in diem, &c.* Qui decem aurei statim quidem jam debentur : peti tamen ante Calendas Martias nequeunt. *l. certi condictio. 9. in princ. vers. cæterùm. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. obligationum. 44. §. 1. ff. de obligat. & actionibus.* Cur statim debeantur decem isti aurei, ratio manifesta est : quia dies adjecta non eò pertinet, ut differat obligationem, sed solutionem tantùm seu executionem usq; ad eventum diei. *l. centesimus. 46. in princ. ff. hoc tit.* Cur verò ante Calend. Martias peti nequeant, hæc est ratio : quia dies hujus stipulationis cessit quidem, sed nondum venit. *d. l. cedere. 213. ff. de verb. significat.*

7 Non obstat *d. l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. vers. verum dies adjectus ff. hoc tit.* ubi dicitur, die adjecto pecuniam non statim deberi. *Nam* ambiguitas sive æquivocatio est in verbo *debendi*. Etenim deberi non tantum id intelligitur, quod statim peti & exigi potest : verum etiam id, cujus exactio sive soluto differtur. Itaque *in d. l. 41.* illud verbum in priori significatione, adeòque cum pleno effectu accipitur : ut sententia sit ; quod in diem promissum est, non ita deberi, ut statim, sicque ante diem exigi possit : sed potius ita, ut ejus petitio sive solutio in eventum diei adjecti prorogetur.

8 Nec quoque obstat *d. l. in omnib. 14. ff. de reg. jur.* ubi scriptum est : in omnibus obligationibus præsenti die pecuniam deberi, in quibus dies non est appositus. *Eâdem* siquidem responsione uti possumus. Ideo enim pecunia in diem promissa *in d. l. 14.* non statim & præsenti die deberi dicitur, quòd statim exigi nequeat : non verò, quòd obligatio ante diem contracta non censeatur. Ex hoc etenim §. nostro clarè evincitur : promissorem etiam ante diem reverâ esse obligatum : licèt ante diei eventum ad solutionem compelli non possit. *Deinde respondetur*:
9 quòd argumentum, ex l. illâ sumptum, sit à contrario sensu. Quod etsi in jure est fortissimum, frequentissimum & utilissimum. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est juris dict.* non tamen procedit, ubicunque vel pravus & absonus inde resultat intellectus, vel aliis legibus adversatur, *ut plurib. demonstrat Nicolaus Everhard. à Midelburgo in locis suis legalibus, loc. à contrar. sens. n. 4. & seqq.* Atqui certum est, istud argumentum refragari huic nostro *§. vers. id autem, quod in diem. &c.* Planè, ne quidem eo ipso die, in quem promissa est, pecunia peti poterit, *hoc §. vers. at ne eo quidem ipso, &c. l. qui hoc anno. 42. & l. eum, qui certarum. 138. in princ. ff. h. t.* Cujus 10
ratio evidens est : quia cùm tempus sive dies contractui adiicitur : in gratiam & utilitatem debitoris seu promissoris adjectus existimatur, *hoc §. in fine. d. l. eum, qui. 41. §. 1. in fin. & l. stipulatio ista. 38. §. incertam 16. ff. eod. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. Petr. Nicol. Mozz. in tract. de stipulat. tit. de stipulatione purâ, &c. n. 9. Berchole. in Comment. de verb. obligat. c. 6. n. 27.* Vide istam rem explicatiùs prosequentem Bachovium, *in dictis not. ad Treutler. disput. 27. th. 6. lit. C. pag. 858. cum seq.* & Hünnium ibidem *quæst. 44. pag. 142. & seq.* itemque novissimè Frantzkium *exercitat. jurid. 10. quæst. 2. pag. 292. & seqq.*

§. At si ita stipuleris. 3.

At si ita stipuleris, decem aureos annuos, quod vivam, dare spondes? *& purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur : quia ad tempus non potest deberi : sed heres petendo, pacti exceptione submovebitur.*

S U M M A R I A.

1 *Qualis stipulatio sit, promittis decem aureos annuos, quoad vivam.*
2 *Cur pura sit ista annua stipulatio.*
3 *Cur eadem stipulatio sit perpetua.*
4 *Tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obligationis.*
5 *Differentia inter stipulationem annuam, & legatum annuum.*
6 *Facta sunt personalia.*
7 *Per stipulationes tam heredibus nostris, quàm nobismetipsis consulere credimur.*
8 *Contractus legem ex conventione accipiunt.*

Stipulatus est quidam decem aureos annuos, quoad vixerit : quæritur, an stipulatio hæc purè sit facta, vel in diem? Et ait hic Imperator : hanc stipulationem, etsi in diem propter tempus sive diem adjectum videri possit ; non esse tamen in diem, sed puram & perpetuam. Cur pura sit hæc annua stipulatio, ratio illa est : quia ex eâ stipulator confestim agere, adeòq; decem initio statim cujuslibet anni petere potest. *l. eum, qui ita. 56. §. qui ita stipulatur. 4. ff. hoc*

hoc tit. perinde ut legatarius, post mortem testatoris, annuum legatum sibi relictum. *l. nec semel.* 12. §. 1. *ff. quando dies legator. vel fideicom. cedat. l. 1. C. eod.* Siquidem tempus hic non differendæ, sed potiùs multiplicandæ solutionis gratiâ, & sæpius reiterandæ puræ obligationis causâ adiicitur. *l. cum in annos.* 10.
3 *& duabus ll. seqq ff. d. tit.* Cur verò stipulatio ista fit
perpetua, sicque ad heredem transitoria, elegans ratio hic in textu redditur: *quia scilicet ad tempus deberi non potest.* Ratio rationis: quia obligationes sunt juris, ut ex definitione obligationis. *suprà t. de obligationibus expositâ*, apparet. Ea autem, quæ juris sunt, sui naturâ sunt perpetua, non minùs, atque
4 jus ipsum, *notante hic Rittershusio, pag.* 462. Et hoc
est, quod vulgò dicitur: tempus non esse modum inducendæ obligationis, ut nec tollendæ sive finiendæ. *l. obligationum ferè.* 44. §. 1. *vers. placet. ff. de obl. & act. infr. tit. quibus mod. tollit. obligat. Mynsing. hic.*
5 *num.* 3. *Wesenbec. num.* 6. Observandum porrò hac
in re est discrimen stipulationis & legati: quòd stipulatio annua sive in annos singulos, est perpetua, & ad heredes transitoria: legatum annuum non item; sed morte legatarii extinguitur. *l. si Stichum.* 16. §. 1. *ff. hoc tit.* Ratio hujus discriminis duplex videtur: Tum quia stipulatio juris est, legatum facti. *l. penult.*
6 *ff. de capite minutis.* Quæ autem juris sunt; adheredes
transeunt: quæ facti, non item: facta quippe personalia sunt. *arg. l. ult. ult. ff. de conditionibus institution. Petr. Osterman. hic in suis rationalibus. pag.* 73.
7 Tum quia legatum annuum, propter alimenta lega-
tarii factum censetur: ac proinde personale intelligitur: sicque ad heredes non transmittitur. *l. 1. in fin. ff. de constitut. princ. l. idem in duobus.* 25. §. 1. *ff. de pact. l. non solùm.* 8. §. *tale legatum.* 3 *ff de liberat. legat. l. in omnibus causis.* 68. *& l. privilegia.* 196. *ff. de reg. jur.* At per stipulationes, tam heredibus nostris, quàm nobismetipsis, consulere & prospicere credimur. *l. si pactum.* 9. *ff. de probationibus. l. tale pactum.* 40. §. *ult.*
8 *ff. de pactis.* Cæterùm cùm contractus legem ex con-
ventione accipere dignoscantur. *l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. & c. contractus.* 85, *eod. tit. in* 6. hic autem inter stipulantem & promittentem non id tantum actum sit, & conventum, ut decem annua darentur: sed simul etiam hoc placuerit, ut decem annua darentur, quoad viveret stipulator. Idcirco ex eo pacto conventio ista jus accipiet: & per consequens stipulatoris heres, decem annua petens, exceptione sive pacti, *sc. quoad vivam.* sive doli mali removebitur, *hoc §. in fine. & d. l. obligat. ferè.* 44. *d. vers. placet. ff de oblig. & actionib.* Verùm pacto, *quoad vivam*, annuæ stipulationi non adjecto; heredem stipulatoris annuatim decem petere posse, cùm obligatio perpetuetur, dubium non est. *d. l. si Stichum.* 16. §. 1 *ff. hoc tit. Vide de prædictis verbosius disputantem Bachovium hic pag.* 747. *& seq.*

§. Sub conditione. 4.

Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio: ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio: veluti, si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur:* Si in Capitolium non ascendero, dare spondes? *perinde erit, ac si stipulatus esset*, cùm morietur, sibi dari. *Ex conditionali stipulatione tantùm spes est, debitum iri: eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.*

S U M M A R I A.

1 *Conditionalis stipulatio quid sit.*
2 *Conditionis proprius effectus.*
3 *Conditio alia casualis, alia potestativa, alia mixta.*
4 *Vera conditio quæ.*
5 *Potestativa conditio.*
6 *Mixta quæ sit.*
7 *Omnis conditio vel in faciendo posita est, vel in non faciendo.*
8 *Conditionalis stipulatio in quo differat à stipulatione purâ, & in diem.*
9 *Consideratio l. usufructus* 26. *ff. de stipulat. server. l. is, cui sub conditione.* 42. *ff. de obligat. & actionibus. & l. conditionales.* 54. *ff. de verbor. significat.*
10 *Conditionalis stipulatio fœtui in utero jam concepto comparatur.*
11 *Conditionalis creditor qualis.*
12 *Stipulatio sub conditione concepta ad heredem transmittitur: legatum sub conditione non item.*
13 *Hujus differentiæ ratio duplex.*
14 *Legata sunt facti: stipulationes, quoad obligationem juris.*
15 *Heres stipulatoris, existente conditione, quatenus post hujus mortem agere possit.*

Conditionalis stipulatio nihil aliud est, quàm 1
obligatio in casum aliquem incertum & futurum suspensa, *per hunc §. nostrum.* Conditio siquidem, quam certum est extituram, vel quæ præsens respicit tempus, vera conditio non est, sed pro purâ stipulatione habetur. §. *conditiones.* 6. *infr. hoc tit. l. si ita stipulatus.* 120. *ff. eod. l. cùm ad præsens.* 37. *cum duab. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. nominatim.* 34. *in fine. ff. de condition. & demonstrat. l. si pupillus.* 9. §. 1.
ff. de novationib. Proprius quippe conditionis effe- 2
ctus est, vim negocii differre: cum semper in futurum concipiatur. Quare cum ita dico: *si Cæsar vivit, centum tibi do lego.*; non est conditio: quia in præsens tempus, & non in futurum, concepta est. Etsi 3
verò in jure conditio interdum dividitur in casualem sive fortuitam, & in potestativam seu arbitrariam, & in mixtam *l. unic.* §. *sin autem aliquid sub conditione.* 7. *C. de caduc. tollend.*, vera tamen conditio
est ea, quæ in casum aliquem concipitur: velut, 4
si Titius consul factus fuerit, centum mihi dabis? Potestativa conditio est, cujus eventus ex personæ voluntate dependet: ut, *si domum ædificavero, centum mihi*

6 *mihi dabis?* Mixta est, quæ simul pendet ex fortunâ
& voluntate personæ: ut *si ab hostibus reversus fuero, dare centum spondes?* Idque paulò latiùs explicat
Botcholt. *hic num.* 3. & Schneidevvin *n.* 7. *& seqq.*
Ex illis autem hujus §. verbis, *si aliquid factum fuerit, vel non fuerit*, altera conditionis divisio elicitur:
7 quod nimirum omnis conditio posita sit vel in faciendo, vel in non faciendo: ut, *si Argentinam iveris: & si Argentinam non iveris.* Inter quas divisionis
partes hæc notanda est differentia: quòd conditio in
faciendo quandocunque impleri potest: conditio
8 verò in non faciendo non nisi morte impleri potest,
hoc §. nost. vers. si quis ita. in verb. perinde erit. ac si stipulatus esset. cum morietur. Porrò in eo præcipuè conditionalis stipulatio differt à stipulatione purâ, & in
diem: quod in stipulatione purâ & jam debetur,
quod promissum est, & peti potest: in stipulatione in
diem debetur quidem, sed peti nequit: in conditionali nec debetur, nec peti potest, sed spes tantùm est,
debitum iri, *hoc § nost. vers. ex conditionali. & l. cedere diem.* 213. *ff. de verb. signif.* Quæ differentia ab effectu
conditionalis stipulationis est petita. Is enim (*ut suprà monstrum n.* 2.) effectus est conditionis, ut obligationem suspendat ac differat. *d. l. cedere.* 213. *ff. eod.*
9 Huic sententiæ non adversatur *l. ususfructus.* 26.
ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub conditione. 42. *ff. de oblig. & act. & l. conditionales.* 54. *ff. de verb. signific.*
In priori l. 26. stipulatio conditionalis ex præsenti
vires accipere dicitur, quamvis peritio ex eâ suspensa sit. In posterioribus verò legibus creditor etiam
is vocatur, cui sub conditione quid promissum est.
10 Ex quo non obscurè colligitur; id jam deberi, nec
tantùm spem esse, debitum iri. Istæ, *inquam*, leges non adversantur: quia respondendum est, stipulationem sub conditione factam, non prorsus nihil esse; sed fœtui in utero jam concepto quodammodo comparari posse; ut concepta scilicet sit stipulatio, & conditionis eventu nata ac edita. *argument. l. 2. ff. de mort. infer.* Atque ita exaudiendum
est, quod dicitur, ex præsenti vires stipulationem
conditionalem accipere. *Petr. Osterman. hic in suis*
11 *rationalibus pag.* 74. Ex quo illud quoque consequitur: ex eâ stipulatione jam cœpisse deberi, quod
promissum est. Unde & conditionalis creditor dici
potest, cui ex stipulatione conditionali quid debetur. Atque hæc etiam videtur esse ratio ejus, quod
Justin. *in fine hujus* §. subjicit: hanc stipulationem
in heredem transmitti: quia videlicet hæc stipulatio jam concepta sit, sive aliquid jam sit, quod transferri ad heredem possit. Ideo autem Imperator *hic in fine* ait, spem transmitti: quia nimirum nondum
perfectè nata sit obligatio. Sic & Ulpianus *in d. l.* 54. *ff. de verb. significat.* inquit: conditionales
creditores esse, qui spem habent, ut competat actio.
Poterit & hoc non incommodè ad locorum illorum
conciliationem dici: eum, cui sub conditione promissum est, pendente adhuc conditione, non quidem
propriè esse creditorem: dici tamen posse creditorem in spe, sive respectu spei. *argument. l. in possessionem.* 6. *in princ. ff. quibus ex caus. in possess. eat. l. servitutes.* 20. *§. si sublatum.* 2. *& l. si servitus.* 23. *ff. de servit. prædior. urban.* Atque ita, *post gloss. hic in verb. differtur.* sentiunt *Angelus num.* 2. *Nenius numer.* 5. *Rittershusius in vers. ex quibus sequi, &c. pag.* 417. *& Alciatus in d. l. conditionales.* 54. *ff. de verb. significat. num.* 1. *&* 2. *itemque Tomaus Faber disp.* 23.
ad Instit. Imperial. th. 3. *lit. b.* Quanquam verò stipu- 12
latio sub conditione concepta ad heredem transmittitur, *hoc §. nostro. in fin. l. si quis.* 57. *ff. hoc tit.* id
tamen in legato sub conditione relicto non obtinet.
Hoc enim, legatario ante conditionis existentiam
mortuo, ad heredem ipsius non transire, certum est.
l. legata. 41. *ff. de condit. & demonstrat. l. is, cui.* 42.
ff. de obligat. & act. l. si cum heres. 4. *& l. seq. ff. quando dies legator. vel fideicommissor. cedat.* Ratio dif- 13
ferentiæ inter stipulationem & legatum vulgò hæc
adfertur: quòd in stipulatione conditionali intervenit factum stipulatoris, sibi & heredibus suis cavere volentis. *l. si pactum.* 9. *ff. de probat. l. sale.* 40. *§. fin. ff. de pact.* Ast in legato conditionali nullum legatarii factum intercedit: sed à solâ testatoris voluntate pendet, qui personæ legatarii tantùm rationem habuisse, eique soli, ob meritum fortè, vel singularem amorem, non ejus heredi, prospicere voluisse intelligitur. *l. nec adjecit.* 9. *ff. pro socio. Accurs. Bartol. Bald. Angel. Fab. Mynsinger. Schneidevv. & alii communiter in fine hujus §. nostri. Gomez. tom.* 2.
variar. resol. jur. civ. c. 11 *n.* 36. *vers. cujus ratio est, &c. Donell ad l. si quis.* 57. *n.* 5. *ff. h. t.* Verùm ratio, quam
superius attigimus, elegantior hæc videtur: quia
scil. stipulatio conditionalis jam est aliquid; legatum autem conditionale planè nihil est. Cur ita? quia 14
legata, utpote donationes, sunt facti. *l. penult. ff. de capite minutis.* stipulationes verò, quoad obligationem, jus in se continent, *arg. t. tit. infr. de stipul. serv.*
Atqui ea, quæ sunt juris, perpetua sunt; adeoque ad
heredem transeunt, *arg. l. hereditas.* 62. *ff. de reg. jur.*
Quæ autem facti sunt, eo demum momento aliquid
esse putantur, quo fiunt. *l.* 1. *ff. de operis ser.* & cum
persona extinguuntur, *arg. l. ult ff. de condit. instit. & l. qui heredi.* 44. *in pr. ff. de condit. & demonst. Arumaeus. exercitat. Iustin.* 13. *sub th.* 6. *in fine.* Tametsi aliter id 15
explicent Gœddæus *in Comment. de contrah. & commit. stipulat. c.* 9. *conclus.* 8. *n.* 174. Bachovius *hic pag.* 750. & Roberus *disp.* 15. *ad Instit. th.* 5. Porrò quod de
conditionali stipulatione traditur: heredem stipulatoris, existente istâ conditione, etiam post mortē
stipulatoris agere posse; id tunc procedit: cum aliud
inter contrahentes non est actum. Nam si hoc actum fuerit inter contrahentes, ut ita demum stipulationi locus esset, si conditio existeret, vivo
stipulatore, vel quo alio: voluntatem contrahentium sequemur; & existente conditione post mortem stipulatoris, non permittemus heredi, ut petere
possit, quod in stipulationem eâ lege deductum erat, ut deberetur, si conditio, vivo stipulatore, extitisset, *per textum singularem in l. qui Romæ.* 122. §.

Agerius

Agerius. 4. ff. hoc tit. Quem textum rectè (meo judicio) ita accipiunt, & eleganter declarant *Cujacius in d. l. si quis. 57. ff. eodem. Borchols. hic numer. 8. Philippus Custosius in disput. de transmissionib. axiom. 77. eumq; laudans Petrus Heigius hic in vers. ex conditionali. num. 5. cum seqq. & Knipschildt exercitat. Acad. 6. quaest. 14. pag. 230.* Licèt vulgò Doctores aliter atq; aliter sentiant, *Bartol. Iason, Angel. Alexander. Petrus de Bellapertic. Bald. Duaren. Donell. & caeteri ad d. §. Agerius. Alc. lib. 1. dispunct. c. 13. Francisc. Connan. lib. 6. Commentar. jur. civil. cap. 3. n. 9. Emanuel à Costa. lib. 2. select. interpretat. cap. 23. Andr. Gail. lib. 2. obs. 2. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. c. 11. numer. 36. vers. item adde, quòd jus. ibiq; Soarez. in suis addit. ad lit. T. & Goeddaeus d. c. 9. conclus. 8. n. 177. & seqq.*

§. Loca etiam. 5.

Loca etiam inseri stipulationi solent: veluti, Carthagini dare spondes? *Quae stipulatio licèt purè fieri videatur: tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Roma ita stipuletur;* Hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erit stipulatio, cùm impossibilis sit repromissio.*

Summaria.

1 *Stipulatio, cui locus inseritur, formâ & conceptione, pura; effectu verò, in diem censetur.*

2 *Id semper in contractu tacitè agi videtur, ut eo modo, quo potest, valeat.*

3 *Quantum tempus locali stipulationi sit tribuendum, judicis arbitrio committi debet.*

4 *Stipulatio, licèt stricti sit juris: tamen ex eo, quod actum est, interpretationem recipit.*

5 *Omnes contractus, quoad intentionem contrahentium, sunt bonae fidei.*

6 *Dies in stipulatione quando tacitè subintelligatur.*

7 *Sententia & intellectus l. stipulationes. 72. §. ult. ff. de verb. obligat.*

1 Quanquam id, quod purè promissum est, statim & debeatur, & peti possit. *ut dictum in §. omnis. 2. supr. hoc tit.* attamen ex naturâ rei, vel loci adjectione saepe, licèt non obligatio, petitio tamen sive executio differtur. Unde stipulatio ista, cui locus inseritur, formâ quidem & conceptione pura est: cùm diem aut conditionem non habeat expressam: sed re ipsâ sive effectu, in diem censetur. *Veluti,* qui Carthagini centum dari stipulatur, cum Romae sit, tacitè tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest: ac proinde etiam centum non statim peti possunt, sed post spacium temporis, quò Carthaginem Romà iri possit. *l. idem erit. 60. & l. interdum. 73. ff. hoc tit.* Hujusque ratio non obscura est: quia id semper ex tacitâ contrahentium mente in contractu agi videtur, ut valeat actus; & eo modo, quo potest, impleatur. *l. quotiens. 12. ff. de reb. dubiis.* Impleri autem talis promissio non potest, nisi spacto ad locum solutioni destinatum proficiscendi concesso. Hoc ergo tacitè conventum intelligitur. *d. l. interdum. 73. ff. hoc tit. & similib.* Sed quaeritur, quantum tempus sit dandum? Et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est, ad virum bonum remittamus: qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promisit: habitâ scilicet ratione temporis, aetatis, sexûs, valetudinis promittentis. *l. continuus. 137. §. 2. ff. h. t. ibiq; Dd. latè Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. q. cent. 1. cas. 2. Heigius hic num. 2. & Schneidevvin numer. 3.* 2

3

Et ita obiter hic notandum: quòd licèt stipulatio stricti uris sit; eoque ultra verba non extendatur. *l. quidquid adstringendae. 39. ff. hoc tit.* tamen ex eo, quod actum est, ipsa interpretationem recipiat; maximè quando aliàs non sortiretur effectum. *l. si stipulatus. 111. ff. eod. tit.* Omnes enim contractus, quoad intentionem contrahentium, bonae fidei sunt, *ut testatur Iason. in §. actionum. 28. num. 4. & 57. infr. de action. eumq; referens Wesenbecius hic n. 3.* 4

5

Subjungit porrò hoc loco Imperator: si quis Romae ita stipuletur: *Hodie Carthagini dare spondes?* inutilem esse stipulationem; quia sit impossibilis. Fieri enim non potest, ut promissor, qui Romae est, unâ die perveniat Carthaginem: adeoque illa tacitae voluntatis contrahentium conjectura hic locum sibi vendicare nequit. Haec tamen ipsa stipulatio interdum utilis est: putà si tam stipulator, quàm promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori sive procuratori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem; ac demandarit promissor quidem suo dispensatori, ut daret; stipulator verò suo, ut acceperit. *l. ultim. §. si inter eos. 4. ff. hoc. t.* Planè generaliter sciendum: diem in stipulatione tacitè subintelligi, cùm facti reivè promissae ea est conditio, ut per rerum naturam praestari nequeat, antequam aliquod tempus praeterierit. Itaque si domum vel insulam aedificare quis promittat: non statim adversus ipsum hoc nomine agi potest, quòd domum vel insulam non extruxerit: sed post aliquod temporis intervallum, intra quod insulam conficere & absolvere potuerit. *l. si ita stipulatus essem. 14. d. l. interdum. 73. & l. si insulam. 84. ff. eod.* 6

Nec his legibus repugnat Ulpianus *in l. stipulationes non dividuntur. 72. §. ultim. ff. d. tit.* ubi tradit, in hac ipsa stipulatione, *insulam fieri* non esse expectandum, ut rantum temporis praetereat, quo insula fabricari possit: sed simulatque coeperit mora faciendae insulae fieri, agi posse, diemque obligationis cedere. *Nam respondetur:* utrumque verum esse, nimirum hoc casu agi posse, & agi non posse. Agi non potest intra id temp⁹, quo fieri potest insula, eo nomine, quòd non sit extructa: nec potest peti id, 7

quod

quod interest, eam esse consummatam & perfectam *d. l. 14. & d. l. 84. ff. hoc tit.* Ratio ejus evidens est: quia stipulatio, *insulam fieri.* tempus tacitum in se complectitur, quo insula fieri possit. Eo igitur tempore nondum elapso, stipulator eo nomine, quòd insula non fit confecta, adversus promissorem agere nequit. Hanc enim actionem jus, de obligationibus in diem constitutum, impedit: quod vult, ante diei eventum, quod promissum est, peti non posse. *d. §. omnis. 2. supr. hoc tit. l. eodem. 213. ff. d. verb. signific.* Hoc tamen nomine etiam ante tempois illius decursum, adversus promissorem agi potest, quòd insulam justo tempore non inchoaverit: quâ actione petitur id, quod interest, moram non fuisse factam, & insulam fuisse inchoatam. Atque hoc voluit procul dubio Ulpianus *in preallegatâ l. stipulationes non dividuntur. 72. §. fin. ff. hoc tit. Quæ lex ita videtur esse explicanda ex d. continuus. 137. §. item qui insulam. 3. ff. eodem.*

§. Conditiones, quæ. 6.

Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur: aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, *si Titius Consul fuit*; vel, *si Mævius vivit, dare spondes?* Nam si ea ita non sunt nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa: non morantur obligationem, licèt apud nos incerta sint.

SUMMARIA.

1 *Conditio propriè quæ sit.*
2 *Conditiones ad præsens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collata obligationem non differunt: ejusque ratio.*
3 *Conditiones pendens ab eventu facti & naturæ.*
4 *Hominum error vel ignorantia veritati officere nequit.*
5 *Futura non solùm nobis, sed etiam in rerum naturâ, sunt incerta.*

1 Diximus suprà *in §. sub conditione. 4. hoc tit.* conditionem propriè esse, quæ in casum, sive tempus futurum concipitur. Ea siquidem sola est, quæ differt obligationem, atque suspendit: velut, cùm ita stipulor; *si Mævius Consul factus fuerit, centum dabis?* Igitur conditio, quæ ad præsens (ut, *si Mævius Consul est*) vel præteritum tempus (ut, *si Mævius Consul fuit*) refertur: figurâ tantùm & formâ, scilicet per hanc particulam *si*, est conditio: propriè verò & quoad effectum, conditio non est. *l. si ita stipulatus fuero. 120. ff. hoc tit. l. cum ad præsens. 37.*
2 *cum duabus. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Et hoc

est, quod ait hic Justinianus: *ejusmodi conditiones aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt*: id est, propriè conditiones non sunt: quia obligationem non differunt. Ratio, cur conditiones ad præsens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collatæ, obligationem non differant, hæc ab Imperatore hic assignatur: quia quæ per rerum naturam semper sunt certa, cujusmodi sunt facta præterita, aut præsentia: obligationem non morantur, aut differunt; licèt apud nos, & quoad nostram scientiam, incerta sint. Cur ita? quia conditiones pendent ab eventu facti & naturæ, ipsaque causæ certitudine, non à contrahentium inscitiâ & opinione, *notante Wesenbecio hic num. 1.* In præsentibus igitur vel præteritis rerum natura inspicitur, non hominum error vel ignorantia: quæ veritati officere, ordinemque naturæ immutare nequit. *l. illicitas. 6. §. 1. ff. de offic. præsid. l. 2. §. si à pupillo. 15. ff. pro emptore. Vult. hic num. 2.* Ast in futuris non rerum natura, sed nostra inscitia spectatur: imò rerum naturam intueri non possumus: quoniam futura, fortuita sive contingentia non solùm nobis, sed etiam in rerum naturâ, sunt incerta. Neque enim, quod futurum est, fieri aut evenire necesse est cùm possit non evenire, ex sententiâ Aristotelis, Chrysippi, & Stoicorum omnium: quam nostri Jurisconsulti, qui ferè omnes à Stoicis instituti sunt, sequuntur: *prout docet Cujac. in l. conditio. 100. ff. hoc tit. & Borcholt. hic num. 3.* Proinde conditionem in tempus futurum collatam, propriè conditionem esse; stipulationemque in futurum conceptam, obligationem non statim perimere: nec etiam statim obligationem facere existere; sed eam differre, rectè concluditur. *d. l. cùm ad præsens. 37. & ll. seqq. ff. de reb. credit. & d. l. si ita stipulatus. 120. ff. hoc tit.* 3 4 5

§. Non solùm. 7. & ult.

Non solùm res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subiicere: ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod eius intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur: ita adiici pœna debet: *si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?* Sed si quædam fieri, quædam non fieri, unâ eademque conceptione stipuletur quis; clausula hujusmodi erit adiicienda: *Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit: tunc pœna nomine decem aureos dare spondes?*

SUMMARIA.

1 *Stipulationum alia consistunt in dando, alia in faciendo.*
2 *Stipulatio faciendi duplex: in faciendo, & in non faciendo.*
3 *Stipulationes dandi in quo differant à stipulationibus faciendi.*
4 *In stipulationibus factorum pœnam subjici, optimum est: ejusq; ratio.*
5 *Qualiter pœna subjici debeat.*
6 *An & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit: an item per pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur.*

1 Suprà *initio hujus tituli, & circa explicationem definitionis stipulationis. num.* 54. dictum est: stipulationes consistere vel in dando, vel in faciendo. Idem Justinianus Imp. hic repetit: & cùm de iis præcipuè, quæ in dando positæ sunt, hactenus disputatum sit: jam earum stipulationum, quæ in faciendo consistunt, tractatum subtexit. Hoc autem stipulationis genus, quod in facto consistit, duplex est: 2 videlicet aut in faciendo, aut in non faciendo. Verbi gratiâ: *Promittis mihi fodere fossam, ædificare domum? &c. Promitto.* Vel, *promittis, te non facturum, quò minus mihi per fundum tuum ire agere liceat*: vel, *te non iturum Romam? &c. l. ubi autem. 75. §. qui id, quod in faciendo. 7. ff. hoc titul.* Atque in eo hæ stipulationes à superioribus, in dando positis, discre3 pant. Affertur & alia inter easdem hoc loci differentia: quòd nimirum in stipulationibus, in quibus factum versatur, plerunque adjicitur stipulatio pœnalis: in stipulationibus verò dandi rarius pœnalis stipulatio adjicitur. Ratio differentiæ hæc est: quia facta incerta sunt; & ideo per stipulationem pœnalem certa quodammodo redduntur. *d. l. ubi autem. 75. §. qui id. ff. eod.* Si enim factum promissum non præstetur: loco ejus, quod interest, certa pœna promittitur. Nam non solùm factum, sed etiam id, quod interest, cùm in facto consistat, incertum est. *l. quatenus. 24. ff. de reg. jur. l. fin. ff. si quis in jus vo4 catus non ierit, &c.* Ac idcirco, *auctore hic Justiniano*, optimum est, omnibus faciendi stipulationibus pœnam subjicere: quia si quid vel fieri, vel non fieri, adjectâ pœnâ, stipulati fuerimus: nobis pœna debebitur; etiamsi id factum fuisse, vel non fuisse factum, nihil nostrâ interfuerit. In hac siquidem stipulatione tantùm quantitas stipulationis, non autem id, quod interest, spectatur. Neque verò timendum est: ne pœna probari non possit. Etenim si de ipsa stipulatione constiterit: utique etiam de 5 pœnâ huic stipulationi insertâ constabit. Quibus porrò formulis stipulationes pœnales concipiendæ sint, Imperator *in hoc §.* exemplis quibusdam propositis, quæ proprio quisque Marte intelligere potest, demonstrat. Illud tamen non prætereundum: pœnam semper debere apponi sub conditione contrariâ huic, quod in stipulationem deductum est. Itaque si stipuleris, *quid fieri*: pœnalis stipulatio subsequens sub contrariâ conditione, *si factum non fuerit*, concipienda est. Et vice versa, si stipuleris, *quid non fieri*: pœnalis stipulatio sub conditione, *si hoc factum fuerit*, subnecti debet: ut haud difficulter colligere licet ex hoc textu nostro, *& l. cùm quid. 71. & l. continuus. 137. §. penult. ff. hoc tit.* Cæterùm an & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, 6 quod in stipulationem deductum est, excedere possit? an item per pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur? latè & diversimodè, *post alios à se citatos*, exponunt *Fachineus lib. 1. controversiar. jur. cap. 5. Gœddæus in Commentar. de contrah. & committ stipulat. cap. 5. conclus. 7. num. 54. cum seqq. Bachovius hic numer. 2. pag. 754. & Hunnius lib. 3. variar. resol. jur. civ. tract. 4. quæst. 8. & 9.* Sanè quòd pœna istæc duplum excedere possit, breviter probatur; tùm quia nullibi hoc est prohibitum? tum quia pactum istud non est contra bonos mores: tum quia *in l. unica. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest, profer.* pœna conventionalis legati in eo opponitur, quòd hujus certus modus sit, illius non item: tum postremò, quia stipulator jus exinde quæsitum habet, quod ipsi auferri non debet. *l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. Justus Sinolti aliàs Schütz exercit. juru disput. 14 th. 12. lit. d. pag. 217.*

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

TIT. XVII.

Princip. Tit.

Et stipulandi & promittendi duo pluresvè rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, *spondeo*: utputà, cùm duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utrique vestrum dare spondeo.* Nam si priùs Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat: alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresvè rei promittendi ita fiunt. *Mævi decem aureos dare spondes? & Sei, eosdem decem aureos dare spondes?* si respondeant singuli separatim, *spondeo.*

Sum-

Summaria.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Rei unde, & qui dicantur.*
3 *Rei credendi & debendi qui.*
4 *Rei stipulandi & promittendi qui.*
5 *Ut duo pluresve rei stipulandi & promittendi fiant, quæ requirantur.*
6 *Plures stipulandi & promittendi rei constituuntur vel expressè, vel tacitè.*
7 *An alter ex correis stipulandi novare obligationem possit.*
8 *Acceptilatio est loco solutionis.*

1 Superiori titulo expositum est de stipulatione singulorum: jam hoc titulo agitur de stipulatione duorum aut plurium: qui vulgò correi, à veteribus
2 verò duo rei appellantur. Rei autem à re nominati sunt: & dicuntur non solùm ii, qui arguuntur sive accusantur & conveniuntur. *l. hoc accusare. 12. §. 1. & 2. ff. de accusationib. l. si confessus. 5. de custod. reor. l. favorabiliores. 125. ff. de reg. jur. l. properandum. 13. §. 2. & 3. C. de judic.* sed omnes omnino, quorum de
3 te disceptatur, *teste Cicerone lib. 2. de Orat.* Hinc quibus ex aliis etiam contractibus, quàm stipulationibus, putà mutuo, emptione, locatione, deposito, &c. vel ex testamento, eadem res debetur, hi rei credendi; & qui eandem rem debent, rei debendi vocantur. *l. si duo rei. 34. ff. de recept. arbitr. l. ean-*
4 *dem rem. 9. ff. de duob. reis constituend.* Sic rei stipulandi (*de quibus hoc tit.*) nuncupantur, quibus unius rei promissio simul facta est: rei promittendi, qui rem eandem pariter & in solidum singuli promiserunt. *l. 1. & 2. ff. d. t. Wesenbec. hic n. 1.* Vide Althusium *lib. 1. decaolog. cap. 85. num. 13. & seqq. pag. 299.*
5 *& seq.* Ut igitur stipulatione duo pluresvè rei stipulandi & promittendi fiant: primò requiritur, ut super unâ eâdemque re conjunctim seu copulativâ oratione & stipulatio fiat, & promissio. Distinctæ enim promissiones sive responsiones singulis interrogationibus redditæ, diversas quoque & separatas stipulationes efficiunt. Deinde necesse est, ut & stipulatio & promissio fiat in solidum, non quidem ex-
6 pressè & nominatim, sed tamen ut id agatur. Exempli gratiâ; si Mævius à Titio centum aureos stipuletur, & in continenti eosdem centum aureos ab eodem Titio stipuletur Sempronius: eisque Titius statim respondeat, *promitto*: vel *utrique vestrum dare spondeo*: duo rei stipulandi erunt. Contrà si Titius à Mævio & Sempronio eosdem centum aureos stipuletur: & utrique respondeant singuli separatim, *spondeo*; vel omnes, *spondemus*: duo rei erunt promittendi. *l. duo rei. 4. ff. de duob. reis constituend.* Quamobrem si Titius stipuletur à Mævio centum aureos: & mox à Sempronio similiter centum aureos: cui uterque reus illicò respondeat, *spondeo*: duo rei promittendi non erunt. Ratio est: quia in hac stipulatione Titius non dixit, *eosdem centum aureos dare spondes?* Uterque tamen Titio tenebitur in aureos centum, si diversa stipulatio & promissio fuerit. Quid autem, si Titius stipulatus sit decem aureos à Mævio & Sempronio: eisque illi repromiserint? Et ne hoc quidem casu duo rei debendi erunt: sed singuli partes viriles, id est, quinque debebunt, ex hac ratione: quia ut in solidum essent obligati, non fuit actum. *l. reos promittendi. 11. §. 1. ff. de duob. reis const.* Cæterùm quæ ad constitutionem reorum stipulandi & promittendi requirantur, plenius explicant, post alios, Mynsingerus *hic numer. 4. eum seqq.* Schneidevvin. *numer. 4. eum seqq.* Heigius *hic in vers. nam si priùs. num. 3. cum seqq.* Knipschildt *exercitat. Acad. 6. quæst. 15. pag. 234. & seq.* nec non Locamer. *quæstionum juridicarum fascic. 36. quæst. 1.* Porrò novationem rectè ab uno correorum stipulandi fieri posse, ostendit manifestè Venulejus *in l. si rem aliquam. 31. §. 1. ff. de novationib.* hisce maximè rationibus adductus: Tum quia unus petens judicium, totam rem in litem deducere potest. *d. l. 31. §. 1. vers. & unum judicium, &c.* Tum quia acceptilatione unius, utriusque sive tota obligatio perimitur. *d. l. 31. §. 1. vers. item unius, &c. l. 2. ff. de duob. reis constituend. l. & per jusjurandum. 13. §. fin. & l. si ex pluribus. 16. in princ. ff. de acceptilat.* Est enim acceptilatio loco solutionis. *l. in diem. 5. d. l. si ex pluribus. 16. in fine principii. ff. eod. tit. l. non solùm. 7. §. 1. ff. de liberat. legat.* Solvi verò uni sine dubio potest. *d. l. si rem. 31. §. 1. ff. de novationib.* Tum deniq; quia perinde duo rei stipulandi sibi quæsiverunt, ac si solus stipulatus esset. *d. l. 31. §. 1. vers. ex quibus colligitur, &c.* At quin solus stipulatus, solus etiam novare possit, minimè dubitatur. Hisce quamvis gravissimè & è diametro adversari nonnulli putent *l. si unus. 27. in princ. ff. de pact.* (quam mirificè explicando, in hunc atque illum sensum Interpretes torserunt, *Ant. Faber. lib. 11. conject. cap. 18. Robert lib. 1. sententiar. jur. cap. 25. Accurs. Cujacius, Gothofred. & alii ad d. l. si unus. 27. in princ. ff. de pact. Borcholt. in Comment. de pact. cap. 2. numer. 18. & seq*) attamen nihil accommodatius esse (*post d. l. 31. §. 1. ff. de novationib.*) quo novatio duorum correorum stipulandi probetur, quàm illam ipsam *l. si unus. 27. in princ. ff. de pact.* existimat, atque ingeniosè evincit novissimè Valentinus Riemer. *decad. 10. quæst. illustr. 6.* ad quem, utpote in omnium manibus versantem, benevolum Lectorem remitto. Adde Christoph. Philippum Richterum *in tract. de contractib. disp. 7. th. 2. sub lit. I. pag. 178. & seq.*

(In the right margin, 7 stands beside the line "nius explicant, post alios, Mynsingerus hic numer. 4." and 8 beside "enim acceptilatio loco solutionis.")

§. Ex hujusmodi. 1.

Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur: & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel

etiam *in l. 2. ubi Donell. Molineus, & reliqui Inter-*
pretes. & l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. hoc tit.
l. si quis sub conditione. 8. ff. si quis omissa caus. testa-
57 *ments, &c. & l. sancimus. 24. C. de nuptijs.* Quam-
vis autem stipulatio quoque mixta, quæ in dando
simul & faciendo consistit, repetiatur. *l. cùm servus.*
82. §. 1. *ff. de condit. & demonstrat. l. veteris.* 13. C. *de*
contrah. & committ. stipulation. haud tamen propte-
58 rea divisio isthæc imperfecta censetur : cum sub
duobus simplicibus expressis casum etiam mixtum
comprehendi in confesso sit ; ut, *post Accursium*
& Bartol. à se allegatos, tradit Petrus Nicol. Moz-
zius *in tract. de stipulat. tit. de divis. stipulationu. n. 7.*
& 8. paginâ mihi 248.
59 Etsi porrò ex stipulatione dandi præcisè quispiam
ad dandum, hoc est, dominium transferendum, re-
gulariter obligatur. *l. ubi autem. 75. §. ult. ff. hoc tit.*
l. si ita. 25. §. 1. ff. de contrah. empt. l. non videntur. 176.
ff. de reg. jur. & ibi Petrus Faber numer. 45. Ia-
son. in d. l. stipulationes non dividuntur. 70. num. 22.
& seq. ff. hoc tit. ex faciendi tamen stipulatione non
item : sed is, qui factum promisit, præstatione ejus
quod stipulatoris interest, factum esse, liberatur.
Hæcque sententia (quantumvis eam, *post alios*, a-
criter impugnent Pinelus *ad l. 1. part. 3. numer. 25. C.*
de bon. matern. Coras. *lib. 2. miscellan. jur. civ. cap. 3.*
Cujacius *ad d. l. 2. §. item si in facto. ff. hoc tit.* Clnd.
de sequestrat. c. 5. num. 26. in fine. Borcholt. *in Com-*
ment. de verbor. obligat. cap. 2. numer. 99. & Bron-
chorst. *cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 89. edit. 1.*) dilu-
cidè probatur *ex d. l. stipulationes non dividuntur. 72.*
in princ. vers. Celsus tamen. l. si pœnam. 68. l. quotiens
81. in princ. l. si insulam. 84. l. si quis stipulatus. 112. §.
fin. & l. si fundum. 114. ff. hoc tit. item l. si quis ab alio.
13. §. ult. ff. de re judicat. & l. 1. in princ. ff. de actioni-
bus empti. Et quanquam dissentientes ad hos, & si-
miles textus respondeant : ipsum quidem reum
conveniri posse in id, quod actoris interest : ast in
actoris arbitrio esse, utrum velit : factum, an inter-
60 esse sibi præstari : cum utrumque sit in stipulatio-
ne, interesse & factum : ratio tamen & regula juris
istam opinionem planè respuit : siquidem in omni
obligatione alternativa non, stipulatoris, non credi-
toris, non actoris ; sed promissoris, sed debitoris,
sed rei electio est, utrum præstare velit. *l. plerunque*
10. in fin. ff de jur. dot. l. 2. §. Scævola. 3. ff. de eo, quod
certo loc. l. penult. C. de condict. indebit. Idque fu-
siùs, *post alios*, explicant *Duarenus & Donellus ad d.*
l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. hoc tit. Gœddæus
in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 9.
conclus. 4. numer. 30. cum multis seqq. Schröter. d. de-
cad. 7. quæst. 9. Vaud. libr. 2. quæst. 14. & novissimè
Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tractat. 4. quæst.
13. & in dict. resolut. ad Treutler. vol. 2. disputat. 27.
th. 1. quæst. 14 pag. 70. cum seqq. & ibidem Bachovius
in suis not. ad lit. L. pag. 810. & seq. item ad th. 3. lit. B.
& D. pag. 834. & seqq.
61 Huic sententiæ primò non adversatur, quod
nulla bona diversitatis ratio afferri possit, cur aliud
in faciendi, quàm dandi stipulatione seu obligatio-
ne observari debeat. *Optima* namque diversitatis
ratio est : quòd, si præcisè ad faciendum homines
liberi cogerentur ; non parùm inciviliter eorum li-
bertas violari videretur, & quandam servitutis spe-
ciem pati impellerentur ; contrà quàm libertas de-
finita est, *in §. 1. supr. de jure personar.* Cogi verò
homines liberos dare pecuniam, neque servile, ne-
que incivile est : cùm corpori libero hoc non in-
cumbat, sicuti opus manu suâ facere, sed plerunque
liberalitatis sit & officij, homine libero digni, & lau-
dabilis, *auctore* Duareno *ad d. l. si quis ab alio. 13. in*
fin. ff. de re judicat. Sed & differentiæ ratio illa red-
di solet : quod in obligatione dandi, neque expres-
se, neque tacitè, aliud voluntate & intentione con-
trahentium inest, quam solum id, quòd dari debet:
nec aliud etiam est in petitione. *l. vinum. 22. ff. de*
reb. credit. si cert. pet. l. penult. & l. ult. ff. de condict.
triticiar. l. si profusi e. 7. §. condictio. 2. & l. si servus.
14. §. bove. 2. & §. seq. ff. de condict. furt. l. 1. ibique
glos. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, &c.
At si quid fieri convenit : non solum juris inter-
pretatione, sed tacitâ etiam contrahentium volunta-
te inest obligatio ad id, quod interest : quippe fa-
ctum inest stipulationi expressè, in id tantum, ut si
intra legitimum tempus exhibeatur, solutum cen-
seatur illud, quod promissum est, ne stipulatio in id
quod interest fieri, committatur : sin minus, com-
missa censeatur stipulatio, ut æstimatio facti solva-
tur : quia hanc potius solvere reus elegerit. *d. l. si*
pœnam. 68. d. l. quotiens. 81. d. l. si insulam. 84. d. l. si
fundum. 114. l. si ita quis. 135. §. Seja. 2. in fin. vers. nec
mulieris quicquam. & §. ea lege. 3. in fin. ff. hoc tit. d. l.
1. & l. ex empto. 11. §. idem ait. 9. ff. de actionibus em-
pti. Idque latiùs discutit, D. Gœddæus d. c. 9. conclus. 4.
num. 50. & tribus seqq.
Secundò non adversatur *l. fideicommissa. 11. § ult.* 62
ff. de legat. 3. ubi traditur : heredem, qui jussus erat
opus suo sumptu facere ; veluti, *curiam ædificare*,
vel *ludos publicos facere* ; si paratus sit pecuniam Rei-
publicæ dare, ut ipsa faciat, non esse audiendum :
cum testator per ipsum heredem hoc opus fieri vo-
luerit. Quòd si is, qui alterius, nempe testantis
voluntate ad factum obligatus est, tam præcisè ad
præstationem facti tenetur : quantò magis is, qui
suo se ore proprio ad factum obligavit, hoc præsta-
re cogendus erit, *argument. §. versa vice. 20. infr.*
de inutilib. stipulat. l. 3. §. heres. 3 ff. commodati. Lex
inquam, illa non adversatur. Quia cum illic Ul-
pianus Jurisconsultus fateatur, specialiter à Divo
Marco rescriptum esse, ut non liberetur heres offe-
rendo pecuniam, qui opus Republic. facere jus-
sus est : utique simul fatetur regulam esse in par-
tem contrariam : nec in omni facto debito, etiam
ex testamento, ita comparatum esse. Quid enim
opus fuisset speciali Divi Marci constitutione, in
qua fundamentum decisionis suæ collocaret Ulpia-
nus,

nus, si regula esset, factum præcise præstandum esse? Deinde heredi vel legatario, ne indigni videantur honore, quo affecti sunt, incumbit in specifica formâ adimplere voluntatem testatoris: cum nihil magis debeatur hominibus, quam ut supremæ eorum voluntates, tanquam lex alia, postquam jam aliud velle non possunt, exitum sortiantur. *l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. Novell. 22. c. 2.*

63 Tertiò non adversatur *l. hereditatem. 28. ff. de donationibus* ubi filia, cui pater hereditatem sibi relictam donavit, tenetur legis inductione creditoribus hereditariis satisfacere: & ad id cogitur per actionem præscriptis verbis. Cogetur ergo multò magis, si ipsamet factum promisisset. Potentior
64 quippe est obligatio hominis, expressis verbis ab ipso constituta: quàm tacitè à lege introducta: cùm expressa hominis provisio faciat cessare provisionem legis: non verò contra. *l. 3. ubi Dd. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. fin. C. de pact. inter emptor. & vendit. l. unic. §. imprimo. 3. & §. sed. C. de caduc. tollend. Eberhard. à Middelburg. in loco legali. 17. ab expresso ad tacitum. numer. 20. & seq.*
65 Non, *inquam*, lex ista adversatur. Pater enim, qui hereditatem illam sibi delatam, & à se aditam, filiæ donavit; unà cum suo onere & emolumento donasse intelligitur, quia id omne hereditatis appellatione continetur: cùm juris sit nomen, sine dubio etiam damnosam hereditatem significans, *l. nihil est aliud. 24. & l. hereditatis. 119. ff. de verb. signific. l. hereditatis. 62. ff. de reg. jur.* Quin & patris donatoris personam hac in parte filia donataria sustinet: qui & ipse satisfacere, hoc est, solvere, & se obligationibus liberare hereditariis teneretur. *d. l. nihil est aliud. 24. ff. de verb. signif. l. heredem. 59. & l. omnia verè. 192. ff. de reg. jur. l. 1. & tot. tit. C. de hereditar. actionibus.*
66 Præterea satisfacere creditoribus, non est nudum factum, sed jus continet, & necessitatem solvendi pecuniam habet *l. liberationis. 47. ff. de verb. significat. l. si se non obtulit. 4. §. ait prætor. 3. ff. de judicat.* Solvet autem heres pro naturâ cujusque obligationis. *d. l. liberationis. 47. ff. de verb. signif. §. 1. infr. quibus mod. tollit. obligat. l. prout quidque. 80. ff. de solutionibus.* Adhæc satisfactio, si sponte à creditoribus vice solutionis admittatur: pro solutione atque ita pro pecuniâ est. *l. satisfactio. 52. ff. de solutionibus d. l. 4. §. 3. ff. de re judic.* Non igitur sequitur: hæres, qui hereditatem adijt, vel cui ille eam cessit donavitque, juris auctoritate tenetur hereditariis creditoribus satisfacere, hoc est, solvere, & illud præstare, quod defunctus dare facere obligatus fuisset: ergò tenetur etiam præcisè facere, quod factum ipsemet promisit. *Quia* aut de tali facto, putâ satisfactione, hoc exauditur, quod nudum non est, sed pecuniæ præstationem habet; aut quòd eodem modo, quo defunctus, satisfacere teneatur. Atqui defunctus mera facta præcisè præstare non esset cogendus, si foret superstes. Ergo nec heres, nec cui heres cessit hereditatem præcisè cogetur. *l. 2. §. ex his. 2. vers. non enim ex persona. ff. hoc tit.* Et ita illud declarat Gœddæus *d. Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 9. conclus. 4. num. 56. cum seqq.* quem sequitur (ejus tamen nomine suppresso) Hunnius *præ dicto libr. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 4. quæst. 13. pag. 1009.*

Quartò non adversatur, quòd illud solùm, quòd 67 promissum est, præstari debeat, atque in obligatione contineatur. *l. quidquid adstringendæ. 99. ff. hoc tit.* cum aliud pro alio, invito creditori solvi non possit. *l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet.* At stipulatione faciendi factum solum promissum fuit, non item interesse. Proinde factum, & non interesse in obligatione versatur, & præstari debet. Hoc, *inquam*, non adversatur. Quia etsi factum ab initio solum, si verba spectentur, in stipulatione ac promissione versabatur? nec ideo liceat, aliud factum pro alio, invito præstare: tacitè tamen, & sententiâ contrahentium continebatur etiam id, quod interesset, ita ut in conditione stipulationis committendæ esset factum; in commissâ verò solum id, quod interest. *l. ult. ff. si quis in jus vocat. non ierit. d. l. si pœnam. 68. d. l. stipulationes. 72. & d. l. quotiens. 81. ff. hoc tit. cum similibus.* Itaque non potest videri hic aliud peti vel solvi, quàm debetur. *Gœdd. d. c. 9. numer. 58. in fine. latiùs Donell. ad d. l. 26. num. 26. & seqq.*

Quintò non adversatur, quòd multum intersit, 68 factum à quo alio, an verò ab ipso promissore impleatur: cùm inter artifices longa sit differentia. *l. inter artifices. 31. ff. de solutionibus. l. nemo est. 5. ff. de duobus reis constituend.* Ideòque stipulatori facti non intelligetur satisfactum, quando non factum ipsum, quod stipulatus erat, sed ejus loco pecunia fuerit soluta, quâ ab alio factum istud sibi fieri curet. Id, *inquam*, non adversatur. Siquidem non est quæstio; utrùm factum, quod promiseras, ipse præstare debeas, nec per alium possis: sed an præcisè tenearis ad faciendum. Versatur itaque extra propositum hoc argumentum, nec scopum quæstionis attingit, *docente Hunnio d. quæst. 13. vers. ad decimum respondetur, & c. pag. 1009.*

Sextò non adversatur, quòd moram & frustrationem non facientis impunitam esse non oporteat: 69 nihilque illa commodi adferre debeat moratori sive reo: ne ex morâ & delicto suo commodum aliquod sentiat. *l. in fideicommissi. 3. §. fin. ff. de usur. l. itaque 12. §. 1. l. eum, qui. 14. §. si autem. 3. ff. de furtu.* Atqui in proposito, si promissor facti non teneretur ad faciendum, sed præstatione ejus, quod interest, liberaretur; consequens foret, delictum seu moram promissoris hactenus ei prodesse, ut cùm prius ad factum præcisè obligatus fuerit, nunc non sit ad faciendum obligatus, sed libetetur præstatione ejus, quod interest. Hoc 70 non adversatur, *inquam*. Quamvis enim mora cuivis

cuivis nocere debeat: haud tamen ultra id, quod in obligatione est, nocere potest: cùm obligationem tantum perpetuet, & ad ea pertineat, quæ in obligatione versantur. Postquam autem factum non est, quod fieri promissum est: ex prædictis patet, factum non ampliùs in obligatione esse, sed interesse: ac proinde moram à debitore factam efficere neutiquam posse, ut is præcisè ad faciendum teneatur. *Hunn. dicto loco.*

71 Septimò non adversatur, quòd in promissoris ac debitoris arbitrio esse non debet, utrùm & quomodo obligatus esse velit, *argum. l. sub hac conditione. 8. ff. de act. & obligat. l. centesimis. 46. in fin. & l. à Titio. 108. §. ultim. ff. hoc tit.* Jam verò, si electio daretur reo, utrùm factum; an id, quod interest, præstare malit: tum esset in ejus arbitrio, an deberet, & quomodo deberet id, quod promisit, nempè factum. Non, *inquam*, illud adversatur. Tum quia consequentia huic argumento nulla inest: cùm factum non ampliùs sit in obligatione, *ut paulò antè dictum.* Tum quia quod traditur, in arbitrio debitoris non oportere situm esse, utrùm & quomodo obligatus esse velit: id verum quidem est, si de initio obligationis, ejusque statu constituendo quæratur. *d. l. à Titio. 108. in fin. ff. hoc tit. cum similibus modò adductis.* At prohibitum non est, ejus arbitrio committere tacitè vel expresè, utrùm ex iis, quæ in stipulationem constitutam deducta sunt, solvere malit, nec ne: cùm in alternativis non utrumque simul, sed alterutrum debeatur: ut nec omnes generis promissi species debentur; sed una, vel altera, prout elegerit ille, cui vel lege contractûs, vel juris auctoritate electio data est. *l. plerumq. 10. in fin. ff. de jur. dot. §. si generaliter. 2. supr. de legatis. l. si stipulat. 76. l. si quis stipulatus. 112. & l. fin. in princ. ff. hoc tit. l. qui hominem. 34. in princ. ff. de solutionib. l. penult. C. de condict. indebit. c. in alternativis. 70. ubi Dynus & Petrus Peckius de reg. jur. in 6. Idq. pleniùs persequitur Goedd. d. c. 9. n. 58. p. 991. & seq. edit. 2.*

72 Octavò non adversatur *l. actionum. 25. in princip. vers. personam. ff. de obligat. & actionib.* ubi disertè Ulpianus respondit: personali actione nos agere cum eo, qui nobis obligatus est ad faciendum aliquid. Atqui aliunde ad faciendum agi non potest, quàm ex stipulatione faciendi. Ideoque præcisè ad factum tenetur, qui factum promisit. Lex, *inquam*, ista non adversatur. Quoniam non sequitur: agitur cum eo, qui ad faciendum obligatus est: ergo præcisè ad faciendum agitur: cùm etiam ad interesse agi possit cum eo, qui ad faciendum obligatus fuit. D*einde* eo tempore, quo actio instituitur, & in judicium deducitur, factum in obligatione & præstatione est: sed postquam lis contestata est, definit factum in obligatione & præstatione esse; & loco ipsius interesse sive pecunia debetur. *d. l. si insulam. 84. & similibus. ff. h. t. Hunn. d. q. 13. vers. ad quartum facilis, &c. pag. 1008.*

73 Nonò non adversatur *l. obligationum. 3. ff. de obligat. & actionib.* cujus in principio Paulus expresè ait: obligationum substantiam non in eo consistere, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. *Licèt* enim faciendi stipulatione quispiam ad factum obligetur: inde tamen non consequitur, quòd etiam ad factum agi possit, ita ut in factum promissor condemnetur. Quatenus præterea quisque ad factum obligetur, & quatenus ad interesse, jam exploratum est. Etenim quòd reverà ad interesse obligatus sit facti promissor, ex eo manifestum evadit, quod in stipulationem venire dicitur id, quod interest. *d. l. si quis stipulatus. 112. § 1. ff. hoc tit.* item stipulatione contineri id, quod interest. *d. l. quotiens. 81. in princ. ff. eod.* quodque ex faciendi stipulatione promissor in interesse, & non in factum condemnari dicitur. *d. l. si quis ab alio. 13. in fine. ff. de re judicat.* At quisque ad id obligatus censetur, quod in stipulationem venit, quod stipulatione continetur, & in quod ex stipulatione condemnatur. *Hunn. loco suprà notato.*

Decimò non adversatur *l. qui restituere. 68 ff. de rei vindicat.* ubi is, qui rem restituere tenetur, præcisè restituere cogitur, si modò ejus rei restituendæ facultatem habeat: sic ut si non restituat, ei res manu militari auferatur. Restituere autem aliquid, factum denotat. *l. prætor ait. 20. in princ. & §. ait prætor. 3. ff. de operis novi nunciat. l. cùm prætor. 81. ff. de verb. significat.* Non, *inquam*, lex illa 68. adversatur. 74
Tum quia in eâ agitur de rei vindicatione, quæ in rem est, non in personam: nec obligationem, sed jus in re præsupponit. *§. 1. infrà, de actionib* ut ita à nostiæ quæstionis scopo planè aliena existimetur. *Tum* quia magna diversitatis ratio subest. Nisi enim per rei vindicationem cogeretur reus omnino & præcisè rem restituere: res omnium indignissima induceretur: siquidem res suo domino auferretur, ut apud prædonem maneret. Atqui malitiis istiusmodi minimè indulgendum est. *l. in fundo. 38. ff. de rei vindicat.* Neque verò, cùm Magistratus, aut Judex rem auferet possessori, & domino restituet; periculum est, ne videatur facere, quod ei jure non liceat. Hæc quippe translatio nihil juris in dominum transfert; ut quis dicat, non potuisse id jus ab eo transferri, qui ipse non habuit: sed transfert solùm detentionem, facitque, ut qui priùs rem non tenebat, nunc teneat. Et tametsi hæc executio in privato vis, & injuria est: in Magistratu tamen, officium suum exequente, jus est; quoniam vim infert jure honoris, & potestatis, quam sustinet. *l. continet. 3. §. 1. ff. de eo, quod met. caus. gest. erit.* Nihil simile reperitur in actionibus in personam, quibus agitur adversus eos, qui nobis obligati sunt. In his namque agitur de re alienâ, id est, eâ, quæ debitoris est, non actoris: alioqui frustrà intenderet actor, sibi dari oportere. *§. sic itaq; discretis. 14. infr. de actionib.* Adde, quòd in propositâ quæstione, commissâ stipulatione, non petitur factum, 75

nec

nec id in condemnationem deducitur; sed id, quod interest, dare, facere, & petitur & condemnatur. Cæterum quod attinet ad restitutionem ejus operis, quod adversus nunciationem factum est: non mirum, si Prætor id jubet destrui, idque ipsum exequitur extra ordinem. Nam illud pertinet ad vindicandam auctoritatem & imperium Magistratûs. Constat etenim, quod adversus nunciationem factum est, contra interdictum prætoris factum videri, ut scribit Ulpianus *in d. l. prætor ait.* 20. §. 1. *ff. de operis novi nunciat.* & notat Donellus *ad d. l. stipulationes non dividuntur.* 72. *num.* 49. *ff. hoc tit.*

76 Undecimò non adversatur *l. sed & hæ personæ.* 35. *§. ultim. ff. de procurat.* ubi Jurisconsultus profitetur: procuratorem, qui promisit defendere, omnimodo compelli judicium accipere, nec sufficere stipulationem committi. *Tum* quia procurator illic nihil promisit. Nos autem hoc loco de faciendi obligationibus agimus. *Tum* quia non cogitur procurator, ne in hac quidem specie, præcisè dominum defendere. Nam pœna non defendentis procuratoris hæc tantùm est, ut ei denegetur actio, *auctore Paulo in l. mutus.* 43. *ff. eod.* ut proinde consequens sit, illum non agendo evitare necessitatem defensionis. *Donell. dicto num.* 49. *pag.* 178.

77 Duodecimò non adversatur, quòd maritus & uxor cogi possint simul cohabitare, nec præstando interesse liberentur, *per notata Panormitani in c. t. in ultim. notab. num. 6. ext. de sponsalib.* cùm tamen cohabitare factum sit, ac quidem merum factum, sicuti fossam fodere, insulam ædificare, Romam ire, &c. *Etenim* natura matrimonii suadet, jus & conventio postulant, honestas jubet, publicaque utilitas dictat & præcipit: ut is, qui stipulatione matrimonium spopondit, præcisè ad illud ineundum & consummandum compellatur. Neq; tale factum est, quod æstimationem recipiat, aut ullo modo in commercium veniat. Quis enim maritale obsequiũ ære honestè venderet, aut æstimaret? Dispar ergo ratio cohabitationis est, & cæterorum factorum. *D. Gœddæus prædicto c.* 9. *num.* 63.

78 Decimotertiò & ultimò non adversatur *l. final. C. de novationib.* ubi cautum est, ut nulla hodie novatio fiat, nisi hoc disertè agatur à contrahentibus. Jam verò si facti promissor moram faciens, non ad factum præcisè, sed ad id, quod interest, tantùm esset obligatus, & ita obligatio dandi succederet in vicem obligationis faciendi, citra expressam conventionem, aliqua adhuc hodie novatio fieret, de qua nihil nominatim actum. Quod cùm dictæ l. finali repugnet, ne cogitandum quidem est. Non, *inquam*, lex ista adversatur. Quandoquidem commissâ faciendi stipulatione, non fit propriè, sed quasi novatio. *l. obligationum ferè.* 44. *in fine. ff. de oblig. & acti-n.* sicuti etiam per eventum conditionis non novatur id, quod erat in conditione, sed reverâ nunc quid debeatur, ostendit. Atqui *in d. l. fin. C. de novation.* tractatur de veris novationibus, & de iis actibus, in quibus veteres novationem factam esse, diversimodè interpretabantur. *Gœdd. d. c.* 9. *num.* 69.

79 Porrò an & quatenus ille, qui tradere promisit, ad tradendum teneatur, cognosci poterit ex iis, quæ annotavimus *ad principium tit. infr. de empt. & vendit. num.* 32. *& seqq.* Quid item, & quotuplex sit stipulatio dandi vel faciendi dividua & individua, post Carolum Molineum, *in extricat. labyrinth. divid. & individ.* aliosque nonnullos, latè & accuratè explicat Frantzkius *exercit. jurid.* 10. *quæst.* 4. & 5. *pag.* 300. *& seqq.*

80 Verborum obligationem ex stipulatione, tanquam effectum ex suâ causa, scaturire & enasci tralatitium est, *hoc principio nostro. ibiq; Dd. l.* 1. §. 3. *ff. de stipulat. servor.* Sed an verborum obligatio non ex stipulatione tantùm, verùm aliis etiam ex causis proficiscatur & ebulliat, non æquè expeditum est? Et Donellus quidem *in rubr. ff. hoc tit. numer.* 7. *cum seqq. & lib.* 14. *Commentar. de jur. civ. c.* 36. *pag.* 552. *numer.* 20. eumque secuti Forsterus *lib.* 3. *disput.* 17. *th.* 1. Hœnon. *disput.* 14. *ad Institut. controvers.* 2. Parlador. *lib.* 2. *rer. quotid. c.* 3. *numer.* 55. *cum seqq.* Riemer. *decad.* 10. *quæst. illustr.* 2. Knipschildt *exercit. Acad.* 6. *quæst.* 17. *pag.* 237. *cum seq. &* Hunnius *d. lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 4. *quæst.* 3. autumant: solam stipulationem, eamque unicam, causam esse verborum obligationis. At contrà Cujacius *ad l. t. ff. hoc tit.* Gœddæus *d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. in prolegomen. numer.* 10. *cum seqq.* Borcholt. *hic numer.* 3. Hackelman. *disput. illustr.* 22. *th.* 2. *ad lit.* C. Bachovius *in prædictis not. ad Treutler. vol.* 2. *disput.* 27. *th.* 1. *lit.* I. *pag.* 807. *cum seq.* & Arumæus *exercitat. Instin.* 13. *th.* 3. contendunt: verborum obligationem ex aliis etiam causis oriri, *per §. sunt & alia. & §. seq. lib.* 2. *Institut. Caij. tit.* 9. *de obligat.* ex quibus evidenter apparet, & ex dictione dotis, (*ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat*) & jurejurando liberti (*si videlicet libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit*) prodire verborum obligationem. Accedit, quòd Ulpianus disertè dicit: verius esse, obligationem liberti jurejurando constitutam, per acceptilationem tolli. *l. & per jusjurandum.* 13. *in princ. ff. de acceptilat.* Ast acceptilatio eam tollit obligationem, quæ verbis contracta est. *l. an inutilis.* 8. §. 3. *ff. eod.* Ergo jurejurando verborum obligatio contrahitur, *argumento l. nihil tam naturale.* 35. *l. omnia, quæ.* 110. *& l. ferè quibuscunque.* 153. *de reg. jur.* 81

Cui assertioni non obstat, quod *hic & in l.* 1. §. *verbis.* 7. *l. obligamur.* 52. §. 2. *ff. de obligat. & actionib. item l.* 2. §. *fin. ff. de reb. credit. si cert. pet.* nulla omnino fit mentio dictionis dotis, aut jurisjurandi liberti: sed absolutè & simpliciter traditur: verbis obligationem contrahi ex interrogatione & responsione, cùm quid dari fierivè nobis stipulamur.

 Nam

Nam ex eo, quòd allegatis modò in locis nulla fiat dictionis dotis, aut jurisjurandi liberti mentio, firmiter concludi nequit: verborum obligationem non nasci ex dictione dotis, aut jurejurando liberti: siquidem Triboniano & cæteris Pandectarum compilatoribus non fuerit propositum, istis in locis de omni verborum obligatione tractare, sed tantum de
82 eâ, quæ ex stipulatione proficiscitur. *Dein* haud omnis propositio simpliciter facta habet vim exclusionis: vel (*ut vulgò ajunt*) non omnis inclusio unius, est exclusio alterius: nisi illud res subjecta necessariò suadeat, aut de mente quid agentium constet: alioqui verba tantum pro re subjectâ ita accipiuntur, ut rei præsenti quidem inserviant, alis verò minimè quid detrahant. Sed videatur D. Gœdd. *in dictu prolegom. numer.* 21. *& seqq.* ubi reliqua dissentientium argumenta sufficienter & exquisitè refutat.

83 Annectit tandem hoc loco Justinianus: ex stipulationis obligatione duas actiones nasci: condictionem certi, & actionem ex stipulatu; quæ interdum plenius, actio incerti ex stipulatu dicitur *l. si stipulatus.* 4. *in princip. ff. de usur.* Illa locum habet, cùm certum quid in stipulationem est deductum. *l. si quis certum.* 24. *ff. de rebus credit. si cert. pet.* Hæc verò datur, cùm stipulatio est incerta, sive quando incertum quid promissum est, *hoc principio nostro, ibique Nonius numer.* 3. *Heigius numer.* 11. *Mynsinger. num.* 18. *& alii Interpp. Petr. Nicol. Moxz. in tract. de stipulat. col.* 6. *tit. qua actio oriatur ex stipulat. Rofred. Beneven in tractat. de ordine judic. part.* 4. *rubr. de act. ex stipul. & rubr. de certi condict. ex stipulat. Treutler. vol.* 2. *disput.* 27. *th.* 8. *ibiq; in suis not. Bachovius pag.* 872 *cum seqq. & Hunnius in suis resolut. pag.* 154. *&*
84 *seqq.* Certum autem est, sive certa est stipulatio, cùm ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque sit in stipulatione: verbi gratiâ: *dabis vini Tubingensis optimi amphoras centum?* vel *dabis aureos decem?* *dabo*: certa hæc est stipulatio: quia ex eâ intelligitur, quid, quale, quantumvè sit in stipulationem deductum. Sic certa est stipulatio, cùm hominem Stichum stipulor: quia etiam hìc apparet, quid, quale, quantumque in stipulationem deductum sit *l. stipulationum quædam.* 74. *§.* 1. *hoc tit.* Sic quoque certa stipulatio est, si quis stipuletur vinum aut oleum, quod est in apothecâ, vel triticum, quod est in horreo. *l. ubi autem.* 75. *§. sed qui vinum.* 5. *ff. eod.* vel pecuniam, quæ est in arcâ, aut cistâ. *l. hac venditio.* 7. *§ hujusmodi.* 1. *ff. de contrah. empt.* Quin & certa censetur stipulatio: si stipulatus sim à Titio, quod mihi Sejus debet: vel quod ipse Titius mihi ex testamento debet. *d. l. ubi autem.* 75. *§. qui verò.* 6. *ubi Cujacius. ff. hoc tit. Du. Collega Boeer. clas.* 2. *disputat.* 17. *th.* 108. *edit.* 2. *Borcholt. in Comment. ar. de verb. obligat. c.* 2. *num.* 217. *& seqq. ubi id pulchrè &*
85 *dilucidè explanat.* Incerta stipulatio dicitur; cùm non apparet, quid, quale, quantumque sit in stipulatione. *d. l. ubi autem* 75. *in princ ff. hoc tit.* veluti, cùm quis fundum sine propriâ appellatione, vel hominem generaliter, sine proprio nomine, aut vinum frumentumvè sine qualitate dari sibi stipulatus est. Usque adeò: ut, si quis ita stipulatus sit; *Tritici Africi boni modios centum: vini Campani boni amphoras centum promittis?* incertum videatur stipulari: quia bono melius inveniri potest. Quæ res efficit, ut boni appellatio non sit certæ rei significativa: cùm id, quod bono melius est, ipsum quoque bonum sit. At cùm optimum quisque stipulatur: id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis habet. Quo fit, ut ea appellatio certi significativa sit, ut loquitur Ulpianus *in d. l. ubi autem.* 75. *§.* 2. *ff. eodem.* Est quoque incerta stipulatio, cùm quis stipulatur fundi certi usumfructum. *d. l.* 76. *§. fundi certi.* 3. *ff. d. titul.* tametsi stipulatio ususfructûs pecuniæ, certa perhibeatur. *l. tribus heredibus.* 8. *ibi. velut certi. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consum.* Idcirco verò ususfructus pecuniæ, sive legatus sit mihi ususfructus pecuniæ, sive usumfructum pecuniæ sim stipulatus, certus est: quia proprietas legata, & in stipulationem deducta videtur. *l. si tibi decem.* 6. *ff. d. tit. Borcholt. d. cap.* 2. *num.* 194. *& seqq. ubi Donellum dissentientem abundè refutat.* Est item incerta stipulatio, si quis id, quod ex Arethusa ancillâ natum erit; aut fructus, qui in fundo Tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus sit. *d. l. ubi autem.* 75. *§. illud dubitationem.* 4. *ff. hoc tit.* eamque 86
stipulationem incertam manere, etiam post captos fructus, & post editum partum, probabile est. *d. l. si stipulatus.* 4. *ff. de usur. D. Bocer. d. class.* 2. *disput.* 15. *th.* 110. *lit. b.* Similiter qui illud, aut illud stipulatur, veluti decem aut hominem Stichum, nec sibi electionem constituit: incertum in obligationem deducit. *d l. ubi autem.* 75. *§. qui illud* 8. *ff. hoc tit.* ut & is, qui id, quod in faciendo, vel non faciendo consistit, stipulatur, veluti fossam fodi, domum ædificari, vacuam possessionem tradi: item, per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat: per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat, *sæpe allegatu l. ubi autem.* 75. *§. qui id, quod* 7. *ff eod. latè Borcholt. d. cap.* 2. *numer.* 225. *& aliquot seqq.* Illud valde controversum est: si quis 87
servitutem prædii, vel hereditatem stipuletur: certumvè, an incertum in stipulationem deducere intelligatur? Et (quicquid in contrarium adferat Donellus *in d. l. stipulationum.* 74. *numer.* 9. *&* 11. *ff. hoc titul.*) incerti hanc esse stipulationem, non absque ratione statuitur. Etenim servitus est jus aliquod. 88
§. incorporales. 2. *& §. ult. supr. de reb. corporal. & incorporal. l.* 1. *§.* 1. *verf. incorporales. ff. de divis. rer.* Jus autem quale, quantumque sit, perspici & verè cognosci nequit: cùm tamen illud certum dicatur, quod apparet, quid, quale, quantumque sit. *d. l. stipulationum.* 74. *§.* 1. *& l. seq. ff. hoc titul.* Hereditate 89
item venditâ, certa hereditariarum rerum quantitas vendita non existimatur: nisi de substantiâ & quantitate hereditatis venditor affirmaverit. *l. qui filiusfamilias.* 14. *§.* 1. *& l. seq. ff. de heredtate, vel a-*

ctione

ctione vendit. Et non esse rem certam ipsam hereditatem, evidenter apparet *ex l. quòd si nulla. 8. & tribus seqq. ff. eod. titul.* Atque hanc, de stipulatione servitutis & hereditatis, sententiam fusius defendunt *Cujacius in d. l. 74. ff. hoc tit. Berchols. d. Commentar. de verb. obligat. cap. 2. num. 199. cum seqq. & part. 2. Disput. 4. de verbor. obligat. proposit. 15. Knipschilds d. exercitat. 6. quæst. 8. pag. 221. cum seq. & D. Becerus d. class. 2. Disput. 15. thes. 113.* Tametsi aliter hæc explicare videatur Gœddæus *d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 12. numer. 230. & seqq.*

Quod porrò hic traditur: ex incertâ stipulatione proficisci tantum actionem ex stipulatu: ex stipulatione verò certâ concedi tantùm condictionem certi: ei non obstat *l. prædia. 28. ff. de actionibus empt. & l. si pacto. 14. C. de pactis.* in quibus dicitur: eum qui petit pœnam stipulatione compre-
91 hensam, ex stipulatu petere. Pœnæ autem stipulatio certa est: adeò quidem, ut non valeat, nisi certa sit. *§. ult. infr. hoc tit. l. si pœnam. 68. ff. eodem.* Non *inquam*, hæ leges & similes (*ut l. unic. §. 1. C. de rei*
92 *uxor. act.*) obstant. Nam intelligendæ sunt non de actione, quæ vocatur ex stipulatu: sed potiùs de causâ actionis, ex quâ certum, quod in stipulationem deductum est, petitur. Siquidem *stipulatus* verbum stipulationem significat. *l. pecunia. 9. in princ. ff. de usur.* Atque hac in significatione verbum *stipulatus* in adductis legibus usurpatum ostendit; hanc esse earum sententiam: pœnam stipulatione comprehensam non peti quidem actione ex stipulatu, sed condictione certi: ex causa tamen stipulationis, id est, propter stipulationem, quâ pœna comprehensa
93 est. Et ita ad has leges respondet Donellus *in l. si quis certum. 24. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Cæterum utraque prædictarum actionum personalis perhibetur, perpetua, & in heredes transitoria. *l. 2. §. ex hu igitur. l. in executione. 85. ff. hoc tit. ibique Wesenbec. in paratit. num. 14. §. sub conditione. 4. vers. ex conditionali. infr. eod. l. veteris. 13. C. de contrah. & committ. stipulat. Oldendorp. class. 4. act. 28.* nisi species promissa, ante moram culpamvè promissoris aut perempta sit, aut in commercio hominum esse desierit *l. si ex legati. 23. l. si Stichus. 33. l. is, qui alienum. 51. l. nemo. 82. §. 1. l. mora. 88. l. si servum. 91. ubi Bartol. Bald. Iason, Alexand. Zasius, Duaren. Donell. Cujac. ff. hoc tit. latissimè Gœdd. d. Commant. de contrah. & committ. stipulat. cap. 11. conclus. 4. num. 23. & multis sequentibus.*

§. In hac re olim t.

In hac re olim talia verba tradita fuerunt: *Spondes? spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam.* Utrùm autem Latinâ, an Græcâ, vel qualibet aliâ lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum eius linguæ habeat: nec necesse est, eâdem linguâ utrumque uti; sed sufficit, congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci Latinâ linguâ obligationem contrahere possunt. Sed hæc solennia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina constitutio lata est, quæ solennitate verborum sublatâ, sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solùm desiderat quibuscunque tandem verbis expressum est.

SUMMARIA.

1 *Quibus verborum formulis olim stipulatio conciperetur.*
2 *Quatenus verborum solennitas hodie sublata.*
3 *Mens & sententia l. decreta. 48. ff. de re judicat.*
4 *Conciliatio hujus l. 48. cum l. judices, 12. C. de sentent. & interlocut. om. judic.*
5 *Ratio diversitatis, cur stipulatio quacunque linguâ concipi possit: decreta & sententia judicum non item.*

IN hoc §. ostendit Imperator Justinianus: quæ verba olim in stipulatione fuerint usitata: quibus item verbis hodie eadem confici possit. Et antiquitus quidem stipulatio certis verbis sic concipiebatur: ut eodem quis verbo respondere cogeretur, quo esset interrogatus: veluti, *Spondes? spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? fidepromitto. Fidejubes? fidejubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam.* Quibus verborum formulis neglectis, nihil agebatur, etiamsi verbis æquipollentibus contrahentes uterentur: adeo, ut si quis ita stipularetur, *Polliceris? polliceor*: inutilis esset stipulatio. 1
Sed hac verborum solennitate per Imperatorem Leonem sublatâ, *l. omnes. 10 C. de contrah. & committ. stipulat.* etiam Justiniano placuit: præter illa sex solennia verba, alia quoque apta & idonea in stipulationibus usurpari posse: ut *solves? reddes? præstabis? Remam ibis? ædificabis? polliceris? &c.* nihilque referre, iisdemnè, an diversis verbis, aut quibus linguis stipulationem contrahentes utantur; si modò uterque mentem & consensum alterius, sive per se, sive per verum Interpretem, sanè intelligat. Sed & ne hoc quidem necessarium est, ut uterque eadem linguâ utatur. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Græce, vel Hebraicè, vel aliâ quacunque linguâ; dummodò sensus saltem verbis congruat: obligatio constituta est. *l. 1. §. ult ff hoc tit.* 2
Neque his refragatur *l. decreta. 48. ff. de re judicat.* ubi traditur, decreta à Prætoribus Latinè, & sic non Græcè, interponi debere *Loquitur* enim 3

Jureconsultus *in tâl.* non de stipulatione, ut cuivis patet; sed de Magistratuum decretis, & sententijs Judicum, atque ita de actu, qui juris publici est, non privati. Sententiæ namque per Judices publicè proferuntur. Et interest Reipubl. eo sermone sententiam pronunciari, quem omnes intelligere possint: qualis fuit sermo Latinus Romæ vulgaris, & imperitæ multitudini etiam communnis. Etenim Judices, quos cognoscendi & pronunciandi tenet necessitas, cùm noverint, omnes sententiam ferendam intellecturos, eo majori deliberatione habita illam concipient: conceptam diligentiùs ponderabunt, & corrigent: correctam accuratiùs in scriptum conferent: scriptam denique pronunciabunt cautiùs: ne fortè plerisque, qui intererunt, iniquam tulisse sententiam videantur. Hae igitur de causa sancitum fuit apud Romanos: ut sententia ea linguâ, quæ ipsis esset familiarissima, nimirum Latinâ, proferretur. Cæterùm in stipu-
4 latione, quâ de hic agimus, longè separata est ratio: quia hæc non publici, sed privati tantùm juris est, & conventio sive actus, qui per privatos expeditur, eorumque arbitrio subjicitur: in quo nihil refert, quo quisque idiomate utatur: modò alter alterum probè intelligat, *ut suprà dictum.* Nec huic solutioni, *adeoque dicta l. 48. ff. de re judicat.* contrariatur *l. judices. 12. C. de sent. & inter locutionibus omnium jud.* ubi disertè habetur; judices tam Latinâ, quàm Græcâ linguâ sententias proferre posse. *Nam* si mens potius, quàm sonus verborum *dict. l. 48.* spectetur: eam nequaquam *cum d. l. judices. 12. C. de sententiis, &c.* pugnare sed optimè cum eadem convenire, constabit. Tryphoninus enim JC. *in d. l. 48. ff. de re judic.* ait, sententiam Latino tantùm idiomate proferri debere; propter hanc videlicet rationem: quòd eo seculo Græcum idioma non fuit apud Romanos in usu. Quocirca de Latinâ tantum oratione respondit Jurisconsultus: qui de Græcâ idem haud dubiè responsurus fuisset, si tempore Jurisconsulti etiam apud Romanos lingua Græca viguisset: quemadmodum postea Romanis ea familiaris admodum esse cœpit, cùm sacri Imperii Ro-
5 mani sedes Byzantinum translata fuit. Eo igitur tempore rectissimè. & quidem non contra, sed secundùm sententiam & mentem Tryphonini ab Arcadio & Honorio Imperatoribus *in d. l. 12. C. de sent. &c.* rescriptum est, & constitutum: sententiam non Latinis tantùm, sed & Græcis verbis pronunciari posse. Ratio autem diversitatis, cur stipulatio quacunque linguâ concipi possit, decreta & sententiæ Judicum non æquè, hæc est: quia stipulationes & contractus etiam cum extraneis, qui linguam Latinam, aut Græcam non callent, celebrantur & fiunt. At Magistratus & Judices Populi Romani non decebat linguam ignorare Romanam: *sicuti eleganter docet Franciscus Duarenus ad d. l. 1. §. ult. ff. hoc tit.*

§. Omnis stipulatio. 2.

Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè: veluti, *quinque aureos dare spondes?* Idque confestim peti potest. In diem: cùm adiecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit: veluti, *decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes?* Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur: sed peti priùs, quàm dies venerit, non potest. At ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est, peti potest: quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is prætererit.

S U M M A R I A.

1 *Omnis stipulatio aut purè fit, aut in diem, aut sub conditione.*
2 *Pura in jure qua dicantur? quæ item pura stipulatio.*
3 *Quatenus in stipulatione purâ promissor ad solutionem sit compellendus.*
4 *Creditor non statim cum sacco paratus debitorem adire debet.*
5 *Cedere diem, & venire diem quid significet.*
6 *Stipulatio in diem qua fit.*
7 *Intellectus l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. ff de verb. obligat.*
8 *Explicata l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.*
9 *Argumentum à contrario sensu quatenus procedat.*
10 *Dies in gratiam debitoris contractui adjectus putatur.*

Divisio stipulationum talis hîc proponitur: O- 1
mnis stipulatio aut purè fit, aut in diem, aut sub conditione, *argumento l. creditores. 10. ff. de verbor.*
significat. Pura in jure dicuntur, quæ nullam adje- 2
ctionem habent: indeque pura stipulatio est, quâ quid sine diei aut conditionis adjectione promittitur: veluti, *quinque aureos dare spondes? spondeo.*
Etsi autem illud, quod per stipulationem puram est 3
promissum, confestim ex rigore juris peti potest: cum in eâ cesserit & venerit dies, *hoc §. nostro. ibi, idque confestim peti potest, l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. ff. hoc tit. l. cedere diem. 213. in pr. vers. ubi purè. ff. de verb. significat. l. in omnib. obligationib. 14. ff. de reg. jur.* non tamen statim ad solutionem promissor compellendus est: sed arbitrio judicantis, humanitatis causa, modicum, tantumque temporis illi debet præfiniri, intra quod id, quod promissum est, commodè

præstare

præstare & solvere possit, *argument. §. fin. infr. de inutil. stipulat. l. ratum. 13. ff. de solutionibus. l. 1. ff. de jure delibor. l. quotiens. 24. ff. de operis libert. l. continuus.*
4 *137. §. cum ita. 2. ff. hoc tit.* Nec enim importunus creditor statim eum sacco paratus promissorem sive debitorem adire debet. *l. quod dicimus. 105. ff. de solutionibus. Hænonius disputat. 4. controvers. 4. Andr. Gerhardi decad. 13. quæst. 10. Giphan. disputat: 29. ad Instit. th. 7. ibique Oleman. in suis notat. numer. 12.*
5 Vide fusiùs id & quidem diversimodè explicantes, Bachovium *hic num. 1. pag. 744. & in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 6. ad lit. A. & B. pag. 855. cum seqq. & Hunn. ibidem in suis resol. quæst. 43. p. 141. & seq* itemque Timæum Fabrum *disputat. 23. ad Instit. Imperial. th. 2.* Cedere porrò diem significat, incipere deberi pecuniam: venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. *d. l. cedere. 213. ff. de verborum signific.* Stipulatio in diem est, quâ aliquid in diem promittitur: vel, cui dies sive tempus, quo pecunia solvatur, adiicitur: veluti, *decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? hoc*
6 *§. nostro vers. in diem, &c.* Qui decem aurei statim quidem jam debentur: peti tamen ante Calendas Martias nequeunt. *l. certi condictio. 9. in princ. vers. cæterùm. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. obligationum. 44. §. 1. ff. de obligat. & actionibus.* Cur statim debeantur decem isti aurei, ratio manifesta est: quia dies adjecta non eò pertinet, ut differat obligationem, sed solutionem tantùm seu executionem usq; ad eventum diei. *l. centesimis. 46. in princ. ff. hoc tit.* Cur verò ante Calend. Martias peti nequeant, hæc est ratio: quia dies hujus stipulationis cessit quidem, sed nondum venit. *d. l. cedere. 213. ff. de verb. significat.*

7 Non obstat *d. l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. vers. verùm dies adjectus ff. hoc tit.* ubi dicitur, die adjecto pecuniam non statim deberi. *Nam* ambiguitas sive æquivocatio est in verbo *debendi*. Etenim deberi non tantum id intelligitur, quod statim peti & exigi potest: verùm etiam id, cujus exactio sive soluto differtur. Itaque *in d. l. 41.* illud verbum in priori significatione, adeòque cum pleno effectu accipitur: ut sententia sit, quod in diem promissum est, non ita deberi, ut statim, sicque ante diem exigi possit: sed potius ita, ut ejus petitio sive solutio in eventum diei adjecti prorogetur.

8 Nec quoque obstat *d. l. in omnib. 14. ff. de reg. jur.* ubi scriptum est: in omnibus obligationibus præsenti die pecuniam deberi, in quibus dies non est appositus. *Eâdem* siquidem responsione uti possumus. Ideo enim pecunia in diem promissa *in d. l. 14.* non statim & præsenti die deberi dicitur, quòd statim exigi nequeat: non verò, quòd obligatio ante diem contracta non censeatur. Ex hoc etenim §. nostro clarè evincitur: promissorem etiam ante diem reverâ esse obligatum: licèt ante diei eventum ad solutionem compelli non possit. *Deinde respondetur:*
9 quòd argumentum, ex l. illâ sumptum, sit à contrario sensu. Quod etsi in jure est fortissimum, frequentissimum & utilissimum. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est juris dict.* non tamen procedit, ubicunque vel pravus & absonus inde resultat intellectus, vel aliis legibus adversatur, *ut plurib. demonstrat Nicolaus Everhard. à Midelburgo in locis suis legalibus, loc. à contrar. sens. n. 4. & seqq.* Atqui certum est, istud argumentum refragari huic nostro *§. vers. id autem, quod in diem. &c.* Planè, ne quidem eo ipso die, in quem promissa est, pecunia peti poterit, *hoc §. vers. at ne eo quidem ipso, &c. l. qui hoc anno. 42. & l. eum, qui certarum. 138. in princ. ff. h. t.* Cujus 10
ratio evidens est: quia cùm tempus sive dies contractui adiicitur: in gratiam & utilitatem debitoris seu promissoris adjectus existimatur. *hoc §. in fine. d. l. eum, qui. 41. §. 1. in fin. & l. stipulatio ista. 38. §. incertam 16. ff. eod. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. Petr. Nicol. Mozz. in tract. de stipulat. tit. de stipulatione purâ, &c. n. 9. Borcholt. in Comment. de verb. obligat. c. 6. n. 27.* Vide istam rem explicatiùs prosequentem Bachovium, *in dictis not. ad Treutler. disput. 27. th. 6. lit.* C. *pag. 858. cum seq.* & Hunnium ibidem *quæst. 44. pag. 142. & seq.* itemque novissimè Frantzkium *exercitat. jurid. 10. quæst. 2. pag. 292. & seqq.*

§. At si ita stipuleris. 3.

At si ita stipuleris, decem aureos annuos, quod vivam, dare spondes? *& purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo, pacti exceptione submovebitur.*

S U M M A R I A.

1. *Qualis stipulatio sit, promittis decem aureos annuos, quoad vivam.*
2. *Cur pura sit ista annua stipulatio.*
3. *Cur eadem stipulatio sit perpetua.*
4. *Tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obligationis.*
5. *Differentia inter stipulationem annuam, & legatum annuum.*
6. *Facta sunt personalia.*
7. *Per stipulationes tam heredibus nostris, quàm nobismetipsis consulere credimur.*
8. *Contractus legem ex conventione accipiunt.*

Stipulatus est quidam decem aureos annuos, 1
quoad vixerit: quæritur, an stipulatio hæc purè sit facta, vel in diem? Et ait hic Imperator: hanc stipulationem, etsi in diem propter tempus sive diem adjectum videri possit; non esse tamen in diem, sed
puram & perpetuam. Cur pura sit hæc annua stipu- 2
latio, ratio illa est: quia ex eâ stipulator confestim agere, adeòq; decem initio statim cujuslibet anni petere potest. *l. eum, qui ita. 56. §. qui ita stipulatur. 4. ff.*

hoc tit. perinde ut legatarius, post mortem testatoris, annuum legatum sibi relictum. *l. nec semel.* 12. §. 1. *ff. quando dies legator. vel fideicom. cedat. l.* 1. *C. eod.* Siquidem tempus hic non differendæ, sed potiùs multiplicandæ solutionis gratiâ, & sæpius reiterandæ puræ obligationis causâ adiicitur. *l. cum in annos.* 10.
3 *& duabus ll. seqq ff. d. tit.* Cur verò stipulatio ista sit perpetua, sicque ad heredem transitoria, elegans ratio hìc in textu redditur: *quia scilicet ad tempus deberi non potest.* Ratio rationis: quia obligationes sunt juris, ut ex definitione obligationis. *suprà t. de obligationibus expositâ*, apparet. Ea autem, quæ juris sunt, suî naturâ sunt perpetua, non minùs, atque
4 jus ipsum, *notante hic Ritterhusio, pag.* 462. Et hoc est, quod vulgò dicitur: tempus non esse modum inducendæ obligationis, ut nec tollendæ sive finiendæ. *l. obligationum ferè.* 44. §. 1. *vers. placet. ff. de obl. & act. infr. tit. quibus mod. tollit. obligat. Mynsing. hic.*
5 *num.* 3 *Wesenbec. num.* 6. Observandum porrò hac in re est discrimen stipulationis & legati: quòd stipulatio annua sive in annos singulos, est perpetua, & ad heredes transitoria: legatum annuum non item; sed morte legatarii extinguitur. *l. si Stichum.* 16. §. 1. *ff. hoc tit.* Ratio hujus discriminis duplex videtur: Tum quia stipulatio juris est, legatum facti. *l. penult.*
6 *ff. de capite minutis.* Quæ autem juris sunt; adheredes transeunt: quæ facti, non item: facta quippe personalia sunt. *arg. l. ult. ult. ff. de conditionibus institution. Petr. Osterman. hic in suis rationalibus. pag.* 73.
7 Tum quia legatum annuum, propter alimenta legatarii factum censetur: ac proinde personale intelligitur: sicque ad heredes non transmittitur. *l.* 1. *in fin. ff. de constitut. prinс. l. idem in duobus.* 25. §. 1. *ff. de pact. l. non solùm.* 8. §. *tale legatum.* 3 *ff de liberat. legat. l. in omnibus causis.* 68. *& l. privilegia.* 196. *ff. de reg. jur.* At per stipulationes, tam heredibus nostris, quàm nobismetipsis, consulere & prospicere credimur. *l. si pactum.* 9. *ff. de probationibus. l. tale pactum.* 40. §. *ult.*
8 *ff. de pactis.* Cæterùm cùm contractus legem ex conventione accipere dignoscantur. *l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. & c. contractus.* 85. *eod. tit. in* 6. hic autem inter stipulantem & promittentem non id tantum actum sit, & conventum, ut decem annua darentur: sed simul etiam hoc placuerit, ut decem annua darentur, quoad viveret stipulator. Idcirco ex eo pacto conventio ista jus accipiet: & per consequens stipulatoris heres, decem annua petens, exceptione sive pacti, *sc. quoad vivam.* sive doli mali removebitur, *hoc §. in fino. & d. l. obligat. ferè.* 44. *d. vers. placet. ff de oblig. & actionib.* Verùm pacto, *quoad vivam*, annuæ stipulationi non adjecto; heredem stipulatoris annuatim decem petere posse, cùm obligatio perpetuetur, dubium non est. *d. l. si Stichum.* 16. §. 1 *ff. hoc tit. Vide de prædictis verbosius disputantem Bachovium hic pag.* 747. *& seq.*

§. Sub conditione. 4.

Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio: ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio: veluti si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur:* Si in Capitolium non ascendero, dare spondes? *perinde erit, ac si stipulatus esset, cùm* morietur, sibi dari. *Ex conditionali stipulatione tantùm spes est, debitum iri: eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.*

S U M M A R I A.

1 *Conditionalis stipulatio quid sit.*
2 *Conditionis proprius effectus.*
3 *Conditio alia casualis, alia potestativa, alia mixta.*
4 *Vera conditio quæ.*
5 *Potestativa conditio.*
6 *Mixta quæ sit.*
7 *Omnis conditio vel in faciendo posita est, vel in non faciendo.*
8 *Conditionalis stipulatio in quo differat à stipulatione purâ, & in diem.*
9 *Consideratio l. usufructus* 26. *ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub conditione.* 42. *ff. de obligat. & actionibus. & l. conditionales.* 54. *ff. de verbor. significat.*
10 *Conditionalis stipulatio fœtui in utero jam concepto comparatur.*
11 *Conditionalis creditor qualis.*
12 *Stipulatio sub conditione concepta ad heredem transmittitur: legatum sub conditione non item.*
13 *Hujus differentiæ ratio duplex.*
14 *Legata sunt facti: stipulationes, quoad obligationem juris.*
15 *Heres stipulatoris, existente conditione, quatenus post hujus mortem agere possit.*

CONditionalis stipulatio nihil aliud est, quàm 1
obligatio in casum aliquem incertum & futurum suspensa, *per hunc §. nostrum.* Conditio siquidem, quam certum est extituram, vel quæ præsens respicit tempus, vera conditio non est, sed pro purâ stipulatione habetur. *§. conditiones.* 6. *infr. hoc tit. l. si ita stipulatus.* 120. *ff. eod. l. cùm ad præsens.* 37. *cum duab. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. nominatim.* 34. *in fine. ff. de condition. & demonstrat. l. si pupillus.* 9. §. 1.
ff. de novationib. Proprius quippe conditionis effe- 2
ctus est, vim negocii differre: cum semper in futurum concipiatur. Quare cum ita dico: *si Cæsar vivit, centum tibi do lego:* non est conditio: quia in præsens tempus, & non in futurum, concepta est. Etsi
verò in jure conditio interdum dividitur in casua- 3
lem sive fortuitam, & in potestativam seu arbitrariam, & in mixtam *l. unic. §. sin autem aliquid sub conditione.* 7. *C. de caduc. tollend.* vera tamen conditio
est ea, quæ in casum aliquem concipitur: velut, 4
si Titius consul factus fuerit, centum mihi dabis? Potestativa conditio est, cujus eventus ex personæ voluntate dependet: ut, *si domum ædificavero, centum mihi*

6 *mihi dabis?* Mixta est, quæ simul pendet ex fortunâ & voluntate personæ: *ut si ab hostibus reversus fueris, dare centum spondes?* Idque paulò latiùs explicat Borcholt. *hic num.* 3. & Schneidevvin *n.* 7. *& seqq.* Ex illis autem hujus §. verbis, *si aliquid factum fuerit, vel non fuerit*, altera conditionis divisio elicitur:
7 quod nimirum omnis conditio posita sit vel in faciendo, vel in non faciendo: ut, *si Argentinam iveris: & si Argentinam non iveris.* Inter quas divisionis partes hæc notanda est differentia: quòd conditio in faciendo quandocunque impleri potest: conditio
8 verò in non faciendo non nisi morte impleri potest, *hoc §. nost. vers. si quis ita. in verb. perinde erit, ac si stipulatus esset cum morietur.* Porrò in eo præcipuè conditionalis stipulatio differt à stipulatione purâ, & in diem: quod in stipulatione purâ & jam debetur, quod promissum est, & peti potest: in stipulatione in diem debetur quidem, sed peti nequit: in conditionali nec debetur, nec peti potest, sed spes tantùm est, debitum iri, *hoc § nost. vers. ex conditionali. & l. cedere diem. 213. ff. de verb. signif.* Quæ differentia ab effectu conditionalis stipulationis est petita. Is enim (*ut suprà monitum n. 2.*) effectus est conditionis, ut obligationem suspendat ac differat. *d. l. cedere. 213. ff. eod.*

9 Huic sententiæ non adversatur *l. ususfructus. 26. ff. de stipulat. servor. l. u, cui sub conditione. 42. ff. de oblig. & act. & l. conditionales. 54. ff. de verb. signific.* In priori l. 26. stipulatio conditionalis ex præsenti vires accipere dicitur, quamvis petitio ex eâ suspensa sit. In posterioribus verò legibus creditor etiam is vocatur, cui sub conditione quid promissum est.
10 Ex quo non obscurè colligitur; id jam deberi, nec tantum spem esse, debitum iri. Istæ, *inquam*, leges non adversantur: quia respondendum est, stipulationem sub conditione factam, non prorsus nihil esse; sed fœtui in utero jam concepto quodammodo comparari posse; ut concepta scilicet sit stipulatio, & conditionis eventu nata ac edita. *argument. l. 2. ff. de mort. infer.* Atque ita exaudiendum est, quod dicitur, ex præsenti vires stipulationem conditionalem accipere. *Petr. Osterman. hic in suis*
11 *rationalibus pag. 74.* Ex quo illud quoque consequitur: ex eâ stipulatione jam cœpisse deberi, quod promissum est. Unde & conditionalis creditor dici potest, cui ex stipulatione conditionali quid debetur. Atque hæc etiam videtur esse ratio ejus, quod Justin. *in fine hujus §.* subjicit: hanc stipulationem in heredem transmitti: quia videlicet hæc stipulatio jam concepta sit, sive aliquid jam sit, quod transferri ad heredem possit. Ideo autem Imperator *hic in fine* ait, spem transmitti: quia nimirum nondum perfectè nata sit obligatio. Sic & Ulpianus *in d. l. 54. ff. de verb. significat.* inquit: conditionales creditores esse, qui spem habent, ut competat actio. *Poterit* & hoc non incommodè ad locorum illorum conciliationem dici: eum, cui sub conditione promissum est, pendente adhuc conditione, non quidem propriè esse creditorem: dici tamen posse creditorem in spe, sive respectu spei. *argument. l. in possessionem. 6. in princ. ff. quibus ex caus. in possess. eat. l. servitutes. 20. §. si sublatum. 2. & l. si servitus. 23. ff. de servit. prædior. urban.* Atque ita, *post gloss. hic in verb. differtur.* sentiunt *Angelus num. 2. Nonius numer. 5. Ritterhusius in vers. ex quibus sequi, &c. pag. 417. & Alciatus in d. l. conditionales. 54. ff. de verb. significat. num. 1. & 2. itemque Timæus Faber disp. 23.*
ad Instit. Imperial. th. 3. lit. b. Quanquam verò stipu- 12
latio sub conditione concepta ad heredem transmittitur, *hoc §. nostro. in fin. l. si quis. 57. ff. hoc tit.* id tamen in legato sub conditione relicto non obtinet. Hoc enim, legatario ante conditionis existentiam mortuo, ad heredem ipsius non transire, certum est. *l. legata. 41. ff. de condit. & demonstrat. l. u, cui. 42. ff. de obligat. & act. l. si cum heres. 4. & l. seq. ff. quan-*
do dies legator. vel fideicommissor. cedat. Ratio dif- 13
ferentiæ inter stipulationem & legatum vulgò hæc adfertur: quòd in stipulatione conditionali intervenit factum stipulatoris, sibi & heredibus suis cavere volentis. *l. si pactum. 9. ff. de probat. l. sale. 40. §. fin. ff. de pact.* Ast in legato conditionali nullum legatarii factum intercedit: sed à solâ testatoris voluntate pendet, qui personæ legatarii tantùm rationem habuisse, eique soli, ob meritum fortè, vel singularem amorem, non ejus heredi, prospicere voluisse intelligitur. *l. nec adjecit. 9. ff. pro socio. Accurs. Bartol. Bald. Angel. Fab. Mynsinger. Schneidevv. & alii communiter in fine hujus §. nostri. Gomez. tom. 2. variar. resol. jur. civ. c. 11. n. 36. vers. cujus ratio est, &c. Donell. ad l. si quis. 57. n. 5. ff. h. t.* Verùm ratio, quam superius attigimus, elegantior hæc videtur: quia
scil. stipulatio conditionalis jam est aliquid; legatum autem conditionale planè nihil est. Cur ita? quia 14
legata, utpote donationes, sunt facti. *l. penult. ff. de capite minutis.* stipulationes verò, quoad obligationem, jus in se continent, *arg. 1. tit. infr. de stipul. serv.* Atqui ea, quæ sunt juris, perpetua sunt; adeoque ad heredem transeunt, *arg. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur.* Quæ autem facti sunt, eo demum momento aliquid esse putantur, quo fiunt. *l. 1. ff. de operis ser.* & cum persona extinguuntur, *arg. l. ult. ff. de condit. instit. & l. qui heredi. 44. in pr. ff. de condit. & demonstr. Arumæus.*
exercitat. Justin. 13. sub th. 6. in fine. Tametsi aliter id 15
explicent Gœddæus *in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 9. conclus. 8. n. 174.* Bachovius *hic pag. 750.* & Roberus *disp. 15. ad Instit. th. 5.* Porrò quod de conditionali stipulatione traditur: heredem stipulatoris, existente istâ conditione, etiam post mortẽ stipulatoris agere posse; id tunc procedit: cum aliud inter contrahentes non est actum. Nam si hoc actum fuerit inter contrahentes, ut ita demum stipulationi locus esset, si conditio existeret, vivo stipulatore, vel quo alio: voluntatem contrahentium sequemur; & existente conditione post mortem stipulatoris, non permittemus heredi, ut petere possit, quod in stipulationem eâ lege deductum erat, ut deberetur, si conditio, vivo stipulatore, extiteret, *per textum singularem in l. qui Romæ. 122. §.*

Agerius.

Agerius. 4. ff. hoc tit. Quem textum rectè (meo judicio) ita accipiunt, & eleganter declarant *Cujacius in d. l. si quis. 57. ff. eodem. Borcholt. hic numer. 8. Philippus Custosius in disput. de transmissionib. axiom. 77. eumq; laudans Petrus Heigius hic in vers. ex conditionali. num. 3. cum seqq. & Knipschildt exercitat. Acad. 6. quæst. 14. pag. 130.* Licèt vulgò Doctores aliter atq; aliter sentiant, *Bartol. Iason, Angel. Alexander, Petrus de Bellapertic. Bald. Duaren. Donell. & cæteri ad d. §. Agerius. Alc. lib. 1. dispunct. c. 13. Francisc. Connan. lib. 6. Commentar. jur. civil. cap. 3. n. 9. Emanuel à Costa. lib. 2. select. interpretat. cap. 23. Andr. Gail. lib. 2. obs. 2. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. c. 11. numer. 36. vers. item adde, quòd jus. ibiq; Soarez. in suis addit. ad lit. T. & Goeddaeus d. c. 9. conclus. 8. n. 177. & seqq.*

§. Loca etiam. 5.

Loca etiam inseri stipulationi solent: veluti, Carthagini dare spondes? *Quæ stipulatio licèt purè fieri videatur: tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur:* Hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erit stipulatio, cùm impossibilis sit repromissio.*

Summaria.

1. *Stipulatio, cui locus inseritur, formâ & conceptione, pura; effectu verò, in diem censetur.*
2. *Id semper in contractu tacitè agi videtur, ut eo modo, quo potest, valeat.*
3. *Quantum tempus locali stipulationi sit tribuendum, judicis arbitrio committi debet.*
4. *Stipulatio, licèt stricti sit juris: tamen ex eo, quod actum est, interpretationem recipit.*
5. *Omnes contractus, quoad intentionem contrahentium, sunt bonæ fidei.*
6. *Dies in stipulatione quando tacitè subintelligatur.*
7. *Sententia & intellectus l. stipulationes. 72. §. ult. ff. de verb. obligat.*

1 Quanquam id, quod purè promissum est, statim & debeatur, & peti possit. *ut dictum in §. omnis. 2. supr. hoc tit.* attamen ex naturâ rei, vel loci adjectione sæpe, licèt non obligatio, petitio tamen sive executio differtur. Unde stipulatio ista, cui locus inseritur, formâ quidem & conceptione pura est: cùm diem aut conditionem non habeat expressam: sed re ipsâ sive effectu, in diem censetur. *Veluti,* qui Carthagini centum dari stipulatur, cum Romæ sit, tacitè tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest: ac proinde etiam centum non statim peti possunt, sed post spacium temporis, quò Carthaginem Româ iri possit. *l. idem erit. 60. & l. interdum. 73. ff. hoc tit.* Hujusque ratio non obscura 2
est: quia id semper ex tacitâ contrahentium mente in contractu agi videtur, ut valeat actus; & eo modo, quo potest, impleatur. *l. quotiens. 12. ff. de reb. dubiis.* Impleri autem talis promissio non potest, nisi spacio ad locum solutioni destinatum proficiscendi concesso. Hoc ergo tacitè conventum intelligitur. *d. l. interdum. 73. ff. hoc tit. & similib.* Sed quæ- 3
ritur, quantum tempus sit dandum? Et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est, ad virum bonum remittamus: qui æstimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promisit: habitâ scilicet ratione temporis, ætatis, sexûs, valetudinis promittentis. *l. continuus. 137. §. 2. ff. h. t. ibiq; Dd. latè Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. q. cent. 1. cas. 2. Heigius hic num. 2. & Schneidevvin numer. 3.*
Et ita obiter hic notandum: quòd licèt stipulatio 4
stricti juris sit; eoque ultra verba non extendatur. *l. quidquid adstringendæ. 39. ff. hoc tit.* tamen ex eo, quod actum est, ipsa interpretationem recipiat; maximè quando aliàs non sortiretur effectum. *l. si stipulatus. 111. ff. eod. tit.* Omnes enim contractus, 5
quoad intentionem contrahentium, bonæ fidei sunt, *ut testatur Iason. in §. actionum. 28. num. 4. & 37. infr. de action. eumq; referens Wesenbecius hic n. 3.*

Subjungit porrò hoc loco Imperator: si quis Romæ ita stipuletur: *Hodie Carthagini dare spondes?* inutilem esse stipulationem; quia sit impossibilis. Fieri enim non potest, ut promissor, qui Romæ est, unâ die perveniat Carthaginem: adeoque illa tacitæ voluntatis contrahentium conjectura hic locum sibi vendicare nequit. Hæc tamen ipsa stipulatio interdum utilis est: putâ si tam stipulator, quàm promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori sive procuratori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem; ac demandarit promissor quidem suo dispensatori, ut daret; stipulator verò suo, ut acceperit. *l. ultim. §. si inter eos. 4. ff. hoc. t.* Planè 6
generaliter sciendum: diem in stipulatione tacitè subintelligi, cùm facti reivè promissæ ea est conditio, ut per rerum naturam præstari nequeat, antequam aliquod tempus præterierit. Itaque si domum vel insulam ædificare quis promittat: non statim adversus ipsum hoc nomine agi potest: quòd domum vel insulam non extruxerit: sed post aliquod temporis intervallum, intra quod insulam conficere & absolvere potuerit. *l. si ita stipulatus essem. 14. d. l. interdum. 73. & l. si insulam. 84. ff. eod.*

Nec his legibus repugnat Ulpianus *in l. stipulatio- 7
nes non dividuntur. 72. §. ultim. ff. d. tit.* ubi tradit, in hac ipsa stipulatione, *insulam fieri* non esse expectandum, ut tantum temporis prætereat, quo insula fabricari possit: sed simulatque cœperit mora faciendæ insulæ fieri, agi posse, diemque obligationis cedere. *Nam respondetur:* utrumque verum esse, nimirum hoc casu agi posse, & agi non posse. Agi non potest intra id temp', quo fieri potest insula, eo nomine, quòd non sit extructa: nec potest peti id,

quod

quod interest, eam esse consummatam & perfectam *d. l. 14. & d. l. 84. ff. hoc tit.* Ratio ejus evidens est: quia stipulatio, *insulam fieri.* tempus tacitum in se complectitur, quo insula fieri possit. Eo igitur tempore nondum elapso, stipulator eo nomine, quòd insula non fit confecta, adversus promissorem agere nequit. Hanc enim actionem jus, de obligationibus in diem constitutum, impedit: quod vult, ante diei eventum, quod promissum est, peti non posse. *d. §. omnis. 2. supr. hoc tit. l. cedere. 213. ff. d. verb. signific.* Hoc tamen nomine etiam ante temporis illius decursum, adversus promissorem agi potest, quòd insulam justo tempore non inchoaverit: quâ actione petitur id, quod interest, moram non fuisse factam, & insulam fuisse inchoatam. Atque hoc voluit proculdubio Ulpianus *in prraallegatâ l. stipulationes non dividuntur. 72. §. fin. ff. hoc tit. Qua lex ita videtur esse explicanda ex d. continuus. 137. §. item qui insulam. 3. ff. eodem.*

§. Conditiones, quæ. 6.

Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur: aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, *si Titius Consul fuit*; vel, *si Mævius vivit, dare spondes?* Nam si ea ita non sunt nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa: non morantur obligationem, licèt apud nos incerta sint.

SUMMARIA.

1 *Conditio propriè quæ sit.*
2 *Conditiones ad præsens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collata obligationem non differunt: ejusque ratio.*
3 *Conditiones pendent ab eventu facti & naturæ.*
4 *Hominum error vel ignorantia veritati officere nequit.*
5 *Futura non solùm nobis, sed etiam in rerum naturâ, sunt incerta.*

1. Diximus suprà *in §. sub conditione. 4. hoc tit.* conditionem propriè esse, quæ in casum, sive tempus futurum concipitur. Ea siquidem sola est, quæ differt obligationem, atque suspendit: velut, cùm ita stipulor; *si Mævius Consul factus fuerit, centum dabis?* Igitur conditio, quæ ad præsens (ut, *si Mævius Consul est*) vel præteritum tempus (ut, *si Mævius Consul fuit*) refertur: figurâ tantùm & formâ, scilicet per hanc particulam *si*, est conditio: propriè verò & quoad effectum, conditio non est. *l. si ita stipulatus fuero. 120. ff. hoc tit. l. cum ad præsens. 37. c. cum duabus. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Et hoc

2 est, quod ait hìc Justinianus: *ejusmodi conditiones aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt*: id est, propriè conditiones non sunt: quia obligationem non differunt. Ratio, cur conditiones ad præsens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collatæ, obligationem non differant, hæc ab Imperatore hic assignatur: quia quæ per rerum naturam semper sunt certa, cujusmodi sunt facta præterita, aut præsentia: obligationem non morantur, aut differunt; licèt apud nos, & quoad nostram scientiam, incerta sint. Cur ita? quia conditiones pendent ab eventu facti & naturæ, ipsaque causæ certitudine, non à contrahentium inscitiâ & opinione, *notante Wesenbecio hic num. 1.* In præsentibus igitur vel præteritis rerum natura inspicitur, non hominum error vel ignorantia: quæ veritati officere, ordinemque naturæ immutare nequit. *l. illicitas. 6. §. 1. ff. de offic. præsid. l. 2. §. si à pupillo. 15. ff. pro emptore. Vult. hic num. 2.* Ast in futuris non rerum natura, sed nostra inscitia spectatur: imò rerum naturam intueri non possumus: quoniam futura, fortuita sive contingentia non solùm nobis, sed etiam in rerum naturâ, sunt incerta. Neque enim, quod futurum est, fieri aut evenire necesse est cùm possit non evenire, ex sententiâ Aristotelis, Chrysippi, & Stoicorum omnium: quam nostri Jurisconsulti, qui ferè omnes à Stoicis instituti sunt, sequuntur: *prout docet Cujac. in l. conditio. 100. ff. hoc tit. & Borcholt. hic num. 3.* Proinde conditionem in tempus futurum collatam, propriè conditionem esse; stipulationemque in futurum conceptam, obligationem non statim perimere: nec etiam statim obligationem facere existere; sed eam differre, rectè concluditur. *d. l. cùm ad præsens. 37. & ll. seqq. ff. de reb. credit. & d. l. si ita stipulatus. 120. ff. hoc tit.* 3 4 5

§. Non solùm. 7. & ult.

Non solùm res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subiicere: ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod eius intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur: ita adiici pœna debet: *si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?* Sed si quædam fieri, quædam non fieri, unâ eademque conceptione stipuletur quis; clausula hujusmodi erit adiicienda: *Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit: tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?*

Summaria.

1 Stipulationum alia consistunt in dando, alia in faciendo.

2 Stipulatio faciendi duplex: in faciendo, & in non faciendo.

3 Stipulationes dandi in quo differant à stipulationibus faciendi.

4 In stipulationibus factorum pœnam subjici, optimum est: ejusq; ratio.

5 Qualiter pœna subjici debeat.

6 An & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit: an item per pœnalem stipulationem praecedens obligatio novetur.

1 Suprà *initio hujus tituli, & circa explicationem definitionis stipulationis. num.* 54. dictum est: stipulationes consistere vel in dando, vel in faciendo. Idem Justinianus Imp. hic repetit: & cùm de iis præcipuè, quæ in dando positæ sunt, hactenus disputatum sit: jam earum stipulationum, quæ in facien-
2 do consistunt, tractatum subtexit. Hoc autem stipulationis genus, quod in facto consistit, duplex est: videlicet aut in faciendo, aut in non faciendo. Verbi gratiâ: *Promittis mihi fodere fossam, ædificare domum? &c. Promitto.* Vel, *promittis, te non facturum, quò minus mihi per fundum tuum ire agere liceat*: vel, *te non iturum Romam? &c. l. ubi autem. 75. §. qui id, quod in faciendo. 7. ff. hoc titul.* Atque in eo hæ stipulationes à superioribus, in dando positis, discre-
3 pant. Affertur & alia inter easdem hoc loci differentia: quòd nimirum in stipulationibus, in quibus factum versatur, plerunque adjicitur stipulatio pœnalis: in stipulationibus verò dandi rariùs pœnalis stipulatio adjicitur. Ratio differentiæ hæc est: quia facta incerta sunt; & ideo per stipulationem pœnalem certa quodammodo redduntur. *d. l. ubi autem. 75. §. qui id. ff. eod.* Si enim factum promissum non præstetur: loco ejus, quod interest, certa pœna promittitur. Nam non solùm factum, sed etiam id, quod interest, cùm in facto consistat, incertum est. *l. quatenus. 24. ff. de reg. jur. l. fin. ff. si quis in jus vo-
4 catus non ierit, &c.* Ac idcirco, *auctore hic Justiniano*, optimum est, omnibus faciendi stipulationibus pœnam subjicere: quia si quid vel fieri, vel non fieri, adjectâ pœnâ, stipulati fuerimus: nobis pœna debebitur; etiamsi id factum fuisse, vel non fuisse factum, nihil nostrâ interfuerit. In hac siquidem stipulatione tantùm quantitas stipulationis, non autem id, quod interest, spectatur. Neque verò timendum est: ne pœna probari non possit. Etenim si de ipsa stipulatione constiterit: utique etiam de
5 pœnâ huic stipulationi insertâ constabit. Quibus porrò formulis stipulationes pœnales concipiendæ sint, Imperator *in hoc §.* exemplis quibusdam propositis, quæ proprio quisque Marte intelligere potest, demonstrat. Illud tamen non prætereundum; pœnam semper debere apponi sub conditione contrariâ huic, quod in stipulationem deductum est. Itaque si stipuleris, *quid fieri*: pœnalis stipulatio subsequens sub contrariâ conditione, *si factum non fuerit*, concipienda est. Et vice versa, si stipuleris, *quid non fieri*: pœnalis stipulatio sub conditione, *si hoc factum fuerit*, subnecti debet: ut haud difficulter colligere licet ex hoc textu nostro, *& l. cùm quid. 71. & l. continuus. 137. §. penult. ff. hoc tit.* Cæterùm 6
an & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit? an item per pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur? latè & diversimodè, *post alios à se citatos*, exponunt *Fachineus lib. 1. controversiar. jur. cap. 5. Gœddaeus in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 7. num. 54. cum seqq. Bachovius hic numer. 2. pag. 754. & Hunnius lib. 3. variar. resol. jur. civ. tract. 4. quæst. 8. & 9.* Sanè quòd pœna isthæc duplum excedere possit, breviter probatur; tùm quia nullibi hoc est prohibitum? tum quia pactum istud non est contra bonos mores: tum quia *in l. unica. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest, profer.* pœna conventionalis legati in eo opponitur, quòd hujus certus modus sit, illius non item: tum postremò, quia stipulator jus exinde quæsitum habet, quod ipsi auferri non debet. *l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. Iustus Sinolti aliâs Schütz exercit. juris disput. 14 th. 12. lit. d. pag. 217.*

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

Tit. XVII.

Princip. Tit.

Et stipulandi & promittendi duo pluresvè rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, *spondeo*: utputà, cùm duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utrique vestrum dare spondeo.* Nam si priùs Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat: alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresvè rei promittendi ita fiunt. *Mævi decem aureos dare spondes? & Sei, eosdem decem aureos dare spondes?* si respondeant singuli separatim, *spondeo.*

Sum-

SUMMARIA.

1 SUperiori titulo expoſitum eſt de ſtipulatione ſin-
gulorum : jam hoc titulo agitur de ſtipulatione
duorum aut plurium : qui vulgò correi, à veteribus
2 verò duo rei appellantur. Rei autem à re nominati
ſunt : & dicuntur non ſolùm ii, qui arguuntur ſive
accuſantur & conveniuntur. *l. hoc accuſare. 12. §. 1. & 2. ff. de accuſationib. l. ſi confeſſus. 5. de cuſtod. reor. l. favorabiliores. 125. ff. de reg. jur. l. properandum. 13. §. 2. & 3. C. de judic.* ſed omnes omnino, quorum de
3 re diſceptatur, *teſte Cicerone lib. 2. de Orat.* Hinc
quibus ex aliis etiam contractibus, quàm ſtipulationibus, putà mutuo, emptione, locatione, depoſito, &c. vel ex teſtamento, eadem res debetur, hi rei
credendi ; & qui eandem rem debent, rei debendi
vocantur. *l. ſi duo rei. 34. ff. de recept. arbitr. l. ean-*
4 *dem rem. 9. ff. de duob. reis conſtituend.* Sic rei ſtipu-
landi (*de quibus hoc tit.*) nuncupantur, quibus unius
rei promiſſio ſimul facta eſt : rei promittendi, qui
rem eandem pariter & in ſolidum ſinguli promiſerunt. *l. 1. & 2. ff. d. t. Weſenbec. hîc n. 1.* Vide Althu-
ſium *lib. 1. dicaolog. cap. 85. num. 13. & ſeqq. pag. 299.*
5 *& ſeq.* Ut igitur ſtipulatione duo pluresvè rei ſti-
pulandi & promittendi fiant : primò requiritur, ut
ſuper unâ eâdemque re conjunctim ſeu copulativâ
oratione & ſtipulatio fiat, & promiſſio. Diſtinctæ
enim promiſſiones ſive reſponſiones ſingulis interrogationibus redditæ, diverſas quoque & ſeparatas
ſtipulationes efficiunt. Deinde neceſſe eſt, ut & ſti-
pulatio & promiſſio fiat in ſolidum, non quidem ex-
6 preſsè & nominatim, ſed tamen ut id agatur. Exem-
pli gratiâ ; ſi Mævius à Titio centum aureos ſtipu-
letur, & in continenti eoſdem centum aureos ab eo-
dem Titio ſtipuletur Sempronius : eiſque Titius
ſtatim reſpondeat, *promitto* : vel *utrique veſtrum da-*
re ſpondeo : duo rei ſtipulandi erunt. Contrà ſi Ti-
tius à Mævio & Sempronio eoſdem centum aureos
ſtipuletur : & utrique reſpondeant ſinguli ſeparatim, *ſpondeo* ; vel omnes, *ſpondemus* : duo rei erunt
promittendi. *l. duo rei. 4. ff. de duob. reis conſtituend.*
Quamobrem ſi Titius ſtipuletur à Mævio centum
aureos : & mox à Sempronio ſimiliter centum aureos : cui uterque reus illicò reſpondeat, *ſpondeo* :
duo rei promittendi non erunt. Ratio eſt : quia in
hac ſtipulatione Titius non dixit, *eoſdem centum aureos dare ſpondes* ? Uterque tamen Titio tenebitur
in aureos centum, ſi diverſa ſtipulatio & promiſſio
fuerit. Quid autem, ſi Titius ſtipulatus ſit decem
aureos â Mævio & Sempronio : eoſque illi repromiſerint ? Et ne hoc quidem caſu duo rei debendi erunt : ſed ſinguli partes viriles, id eſt, quinque debebunt, ex hac ratione : quia ut in ſolidum eſſent obligati, non fuit actum. *l. reos promittendi. 11. §. 1. ff. de duob. reis conſt.* Cæterùm quæ ad conſtitutionem
reorum ſtipulandi & promittendi requirantur, ple-
niùs explicant, poſt alios, Mynſingerus *hîc numer. 4.* 7
cum ſeqq. Schneidewin. *numer. 4. cum ſeqq.* Hei-
gius *hîc in verſ. nam ſi priùs. num. 3. cum ſeqq.* Knip-
ſchild. *exercitat. Acad. 6. quæſt. 15. pag. 234. & ſeq.*
nec non Locamer. *quæſtionum juridicarum faſcic. 36. quæſt. 1.* Portò novationem rectè ab uno correorum
ſtipulandi fieri poſſe, oſtendit manifeſtè Venulejus
in l. ſi rem aliquam. 31. §. 1. ff. de novationib. hiſce maximè rationibus adductus : Tum quia unus petens
judicium, totam rem in litem deducere poteſt. *d. l. 31. §. 1. verſ. & unum judicium, &c.* Tum quia acceptilatione unius, utriuſque ſive tota obligatio
perimitur. *d. l. 31. §. 1. verſ. item unius, &c. l. 2. ff. de duob. reis conſtituend. l. & per jusjurandum. 13. §. fin. & l. ſi ex pluribus. 16. in princ. ff. de acceptilat.* Eſt
enim acceptilatio loco ſolutionis. *l. in diem. 5. d. l. ſi* 8
ex pluribus. 16. in fine principii. ff. eod. tit. l. non ſolùm. 7. §. 1. ff. de liberat. legat. Solvi verò uni ſine dubio poteſt. *d. l. ſi rem. 31. §. 1. ff. de novationib.* Tum deniq; quia perinde duo rei ſtipulandi ſibi quæſiverunt, ac
ſi ſolus ſtipulatus eſſet. *d. l. 31. §. 1. verſ. ex quibus colligitur, &c.* At quin ſolus ſtipulatus, ſolus etiam novare poſſit, minimè dubitatur. Hiſce quamvis graviſſimè & è diametro adverſari nonnulli putent *l. ſi unus. 27. in princ. ff. de pact.* (quam mirificè explicando, in hunc atque illum ſenſum Interpretes torſerunt, *Ant. Faber. lib. 11. conject. cap. 18. Robert lib. 1. ſententiar. jur. cap. 25. Accurſ. Cujacius, Gothofred. & alii ad d. l. ſi unus. 27. in princ. ff. de pact. Borcholt. in Comment. de pact. cap. 2. numer. 18. & ſeq.*) attamen
nihil accommodatiùs eſſe (*poſt d. l. 31. §. 1. ff. de novationib.*) quo novatio duorum correorum ſtipulandi probetur, quàm illam ipſam *l. ſi unus. 27. in princ. ff. de pact.* exiſtimat, atque ingenioſè evincit noviſſimè Valentinus Riemer. *decad. 10. quæſt. illuſtr. 6.*
ad quem, utpote in omnium manibus verſantem,
benevolum Lectorem remitto. Adde Chriſtoph.
Philippum Richterum *in tract. de contractib. diſp. 7. th. 2. ſub lit. I. pag. 178. & ſeq.*

§. Ex hujuſmodi. 1.

Ex hujuſmodi obligationibus & ſtipulationibus ſolidum ſingulis debetur : & promittentes ſinguli in ſolidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur : & vel alter debitum accipiendo, vel

alter solvendo, omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

Summaria.

1 *Effectus constitutionis duorum reorum.*
2 *Cur obligatio in duobus reis, sit in solidum.*
3 *Uno correorum promittendi solvente, & cæteri liberantur.*
4 *Intellectus auth. hoc ita. C. hoc tit. & Novell. 99. cap. 1.*

1 Hic de effectu hujus stipulationis, sive constitutionis duorum reorum tractatur. Nam ubi duo rei stipulandi seu credendi constituti sunt, singulis in solidum debetur: contrà ubi duo rei sunt promittendi sive debendi, singuli in solidum tenentur. Ast ubi non sunt correi sive duo rei, non in solidum, sed in partes viriles obligati sunt. *l. 1. & 2. C. hoc tit.*
2 Cur autem obligatio in duobus reis in solidum sit, ratio hæc est: quia licèt unius tantùm rei sit obligatio: nominatim tamen, aut tacitè saltem id actum censetur, ut eadem utrique, vel ab utroque debeatur. Aut (*ut apertius dicam*) licèt una & eadem sit obligatio in genere considerata: illa tamen in plurium personis multiplicata creditur. Quemadmodum enim uno vinculo plures ligantur: ita plures personæ unâ obligatione astringuntur: quarum respectu plures quidem & multiplicatæ dicuntur obligationes: respectu tamen substantiæ, & unius rei in obligationem deductæ, una obligatio intelligi-
3 tur. Hincque fit, quòd si unus ex duobus reis promittendi solverit: non solùm ipse, sed & alter promittendi reus liberetur, totaque obligatio perimatur, *hoc §. nostro. l. 2. & 3. §. 1. ff. de duob. reis constituendis. Vide Timæum Fabrum disp. 23. ad Instit. Imperial. th. 4. lit. a.*

Quod porrò traditur, duos pluresvè promittendi sive debendi reos in solidum teneri. *hic & d. l. 2. d. l. 3. §. 1. l. eandem. 9. §. ultim. & l. fin. ff. d. tit. d. l. 1. & 2. C. hoc tit.* ei non adversatur *Authent. hoc ita. C. eod. & Novell. 99. cap. 1.* ex quibus textibus Interpre-
4 tes communiter concludunt, quòd jure novissimo correi debendi in solidum non teneantur; sed habeant beneficium divisionis, si omnes solvendo sive idonei & præsto sint: *Ferrarius, Cantiuncula, Baro, Linius, Mynsinger. Schneidevvin. Giphanius, Borcholt. Rittershusius, & alii in hoc §. Wesenbecius in Paratit. ff. de duob. reis constit. numer. 7. Hænon. disput. 14. controvers. 10. Gædd. in Comment de contrah. & committ. stipul. c. 9. conclus. 5. num. 127. Timæus Faber d. th. 4. ad lit. b.* Etenim textus istos tantùm de duobus reis, qui vice mutuâ fidejusserunt, tractare, docent *Cujacius & Antonius Matthæus hic in suis not. Costalius in l. vir uxori. 17. ff. ad SC. Vellejan. Donellus in d. Auth. hoc ita. C. hoc tit. Brenchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 90. ed. 1. Balduin. in Instit. suo pag. 531. D. Collega Bœcerus class. 2. disp. 15. th. 79. ed. 2. & in hoc §. numer. 3. & 4. pag. 250. Ronchegall. in d. l. 3. §. 1. ff. de duob. reis constit. num. 99. & seqq. Arumæus Exercit. Instit. 13. th. 9. Schegk. in delibatis jur. disp. 16. th. 8. & Heigius in hoc §. nostro. num. 3. & seqq.* Eandem rem explanatius exequuntur Bachovius *in not. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 9. lit. E. pag. 881. cum seq.* Hunnius *ibidem in resolut. quæst. 54. pag. 163. & seq.* Frantzki³ *exercitat. jurid. 10. quæst. 3. pag. 296. & seqq.* Valentinus Riemer *decad. 10. quæst. illustr. 7.* Rittershusius *in exposit. d. Nov. 99. part. 3. c. 6. per tot. pag. 162. & seqq.* itemque Locamer. *quæstion. juridic. fascic. 36. quæst. 3. & 4.*

§. Ex duobus. 2. & ult.

Ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minùs ab eo, qui purè obligatus est, petatur.

Summaria.

1 *Plures rei promittendi qualiter obligari possint.*
2 *Consideratio l. eandem. 9. §. 1. ff. de duob. reis constituendis.*
3 *Fidejussor aliter, quàm principalis reus, obligari nequit.*

Ait *in hoc §.* Imperator; ex duobus sive pluribus 1
reis promittendi, unum purè, alium in diem, vel sub conditione obligari; & purè obligatum, quamvis aliter correi obligati sint, statim conveniri posse. Idem ait Florentinus *in l. ex duobus. 7. ff. de duob. reis constituend.* Cui non repugnat Papinianus, dum asserit: duos reos debendi non esse, à quibus impar suscepta est obligatio. *l. eandem. 9. §. 1. ff. d. tit.* Nam quicquid hic est imparitatis sive dissimili- 2
tudinis, facilè ad paritatem reduci potest. Adveniente etenim conditione, vel die, ambo æqualiter tenentur. Conditio siquidem, cùm semel extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione stipulatio inita esset. *l. potior est. 11. §. 1. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.* Verùm si esset dissimilitudo & imparitas, quæ tolli, aut ad paritatem reduci nequeat: hæc certè obligationem duorum reorum impedire posset: ut, si quis stipuletur, ab altero dolum præstari, ab altero culpâ tantùm. Neque enim fieri potest, ut hi parem causam suscepisse videantur: ac proinde duo rei esse non possunt, à quibus tam impar suscepta est obligatio. Et ita accipienda est *d. l. eandem. 9. §. 1. ff. de duob. reis constituend. Mynsinger. hic num. 3. & Ulterman. in suis rationalib. pag. 79.* Cæterùm quod hic dicitur: ex duobus reis unum purè, alterum sub conditione astringi posse: id in reo & fidejussore non obtinet. Fidejussor namque, cùm ejus obligatio sit 3
accessoria, & formam ex principali sumat, aliter, quàm

quàm principalis reus, obligari non potest; hoc est, si reus obligatus sit sub conditione, fidejussor purè obligari nequit. *§. fidejussores ita. 5. vers. item si ille. infr. de fidejussorib. l. Græcè. 8. §. illud commune. 7. ff. eodem. & notat Wesenbecius hic num. 2.*

DE STIPULATIONE SERVORUM.

Tit. XVIII.

Principium Tituli.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet. Ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati: ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

Summaria.

1 *Continuatio hujus tituli.*
2 *Ejusdem continuationis contra Bocerum defensio.*
3 *Institutiones obtinent vim legis.*
4 *Iurisconsultis de jure respondendi, non jus impugnandi, potestas concessa.*
5 *Cur de stipulatione, & non promissione servorum, hic quæratur.*
6 *Res nostra per servos melior fieri potest: deterior non item.*
7 *Servus juris civilis non capax.*
8 *Consideratio l. consilio. 7. §. ult. ff. de curatoribus furioso, &c.*
9 *Servus ex persona domini caput habet.*
10 *Hereditas personæ defuncti vicem sustinet.*
11 *In quibusdam hereditas pro persona non habetur.*
12 *Servus hereditarius usumfructum stipulari non potest.*
13 *Furtum invito domino fieri dicitur.*

1 INdicatum est hactenus, quomodo stipulatio per homines liberos fiat: nunc consequenter ostenditur, quomodo per servos eadem fieri queat. Cæterùm Dn. Collegæ Bocero hic *num. 1. & duob. seqq. pag. 254.* displicet non solùm hæc communissima continuatio: sed & Methodus Justinianea. Sanè justam, absolutamque methodum in universis libris Justinianeis non ubique rectè observatam esse, ultrò fatemur: & esset ideò optandum (*scilicet!*) ut tempore Justiniani pro Triboniano Bocerus vixisset, qui forsitan accuratiorem methodi rationem sequutus fuisset, si potuisset. Verùm quoniam ad hunc usque diem non est prodita ab ullo talis methodus, quâ omnes essent contenti; & ipsi quoque Bocero nova methodus tentata non ita feliciter successit, ut in pluribus non peccârit, quàm ipse Tribonianus; nihil insuper in tam vario multorum aliorum nisu, & operatione multiplici extat, non solùm quod Scriptis Justiniani anteferri, sed ne conferri quidem hoc in genere rectè possit: omnino studiosæ juris juventuti suadeo, ne se cujusquam consilio ab hisce Justiniani libris in alia omnia traduci patiatur; maximè, cùm iis etiam vis legum attributa sit: quam usu multorum seculorum confirmatam videmus. *§. quas ex omnibus. 6. suprà in proœmio harum Institutionum.* Valeant ergo arrogantes isti Censores, & 3
infelices novatores, qui fastidioso & insolente conatu contra ipsum Divum Imperatorem Justinianum insurgere, ejusque methodum pervertere & evertere non verentur. Quid enim, quæso, futurum putamus, admissâ hac interpretandi licentiâ? An certi aliquid in jure nostro relinquetur? An non quidlibet ex quolibet poterit effingi? Maneamus igitur intra terminos: nec nimiùm sapere velimus. Respondendi de jure nobis potestas permissa est; non 4
impugnandi jus, aut abrogandi facultas concessa. Quid (malum!) Imperatoris officium usurpare temerario ac nefario ausu cupimus? *contra l. disputare. 3. C. de crim. sacrilegii. & l. ult. §. 1. C. de legib.* Ideò 5
autem hìc de stipulatione, & non de promissione servorum quæritur: quia licèt servus ob communem utilitatem stipulari possit: tamen jure civili, quo nullam planè personam habet, cujusque particeps non esse censetur, neque ipse promittendo, obligatur: neque dominum obligare potest. *§. item inutilis. 6. infr. de inutil. stipul. l. quod si servum. 3. in princ. ff. ne quis eum, qui in jus vocab. vi eximat. l. liberos. 3. in fine. ff. de capite minutis. l. qui testamento. 20. §. servus. 7. ff. qui testam. fac. possunt. l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur.* Tametsi jure prætorio dominus per servum peculio tenus obligetur. *l. 1. & tot. tit. ff. de peculio. l. ei, qui servo. 7. l. cum ancilla. 11. & duab. ll. seqq. C. quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c. §. præterea. 4. infr. d. tit.* Ratio, cur promittendo servus dominum obligare nequeat, est perspicua: quia res nostra per servos melior fieri potest: 6
deterior fieri non potest. *l. melior conditio. 133. ff. de reg. jur. l. per quos. 59. ff. de pact. l. ult. circa fin. C. de acquir. & retin. possess.* Ac sanè servum ex personâ domini jus stipulandi habere, eique stipulando acquirere, non ambigitur, *hoc princ. nest. l. 1. & tot. tit. ff. hoc tit.* Ratio, cur ex personâ domini servus jus stipulandi habeat, nota est: quoniam per se nec stipulari, nec ullam obligationem contrahere potest. *l. obligari. 43. in fin. ff. de oblig. & act. l. in personam servilem. 22. ff. de reg. jur.* Quid ita? quia servus ju- 7
ris civilis est expers. *d. l. qui testamento. 20. §. servus. 7. ff. qui testam. fac. poss. d. l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur.* Atqui obligatio est juris vinculum, ut supr. *ad princip. tit. de obligationib.* dictum.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM,

Titulus XIX.

Stipulationum aliæ funt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes, tàm prætoriæ, quàm judiciales,

§. 1. Iudiciales funt duntaxat, quæ à mero judicis officio proficifcuntur: veluti, de dolo cautio, *vel*, de perfequendo fervo, qui in fugâ eft, reftituendòve precio.

§. 2. Prætoriæ funt, quæ à mero prætoris officio proficifcuntur: veluti, damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem ftipulationes fic exaudiri oportet, ut in his etiam contineantur ædilitiæ. Nam & hæ à jurifdictione prætoris veniunt.

§. 3. Conventionales funt, quæ ex conventione utriufque partis concipiuntur: hoc eft, neq; juffu judicis, neque juffu prætoris, fed ex conventione contrahentium: quarum totidem genera funt, quot (penè dixerim) rerum contrahendarum.

§. 4. Communes funt, veluti, rem falvam fore pupillo. Nam & prætor jubet, rem falvam fore pupillo, caveri: & interdum judex, fi aliter hæc res expediri non poteft, vel de rato ftipulatio.

Summaria.

1 *Ratio continuationis.*
2 *Quadrimembris ftipulationum divifio.*
3 *Stipulationes judiciales quæ fint.*
4 *Prætoriæ ftipulationes quæ fint.*
5 *Satius eft, ante tempus occurrere, quam poft caufam vulneratam, remedium quærere.*
6 *Prætoriis ftipulationibus ædilitiæ annumerantur.*
7 *Cur nomine prætoriarum ftipulationum ædilitiæ contineantur.*
8 *Lectio §. 2. hujus tituli contra Cujacium &c. defenditur.*
9 *Omnis correctio odiofa & vitanda.*
10 *Stipulationes conventionales quæ fint.*
11 *Earum quot genera.*
12 *Claufula ifta (penè dixerim) quid hic importet.*
13 *Quæ fint communes ftipulationes earumq; exempla.*
14 *Stipulatio, rem pupilli falvam fore.*
15 *Stipulatio de rato.*

Pofteaquam fuprà *ad principium numer. 54. & §.* 1
omnis. 2. cum feqq. tit. de verb. obligat. aliquot fti-
pulationum divifiones funt propofitæ: hoc loco a-
lia divifio, eaque quadrimembris, à caufa efficiente
fumpta, exponitur. Nam ftipulationum aliæ funt 2
judiciales: aliæ prætoriæ: aliæ conventionales:
aliæ communes, tam prætoriæ, quàm judiciales.
*Vide aliter fentientem Timæum Fabrum difput. 23. ad
Inftitut. Imperiales. th. 5.* Judiciales ftipulationes *hic* 3
*& in l. ftipulationum. 5. ff. de verb. oblig. (ex quâ l. hic
totus tit. ad verbum ferè eft defcriptus)* dicuntur, quæ
à mero five folo judicis officio, id eft, juffu & inter-
locutione, proficifcuntur: hoc eft, quarum auctor
eft judex à prætore datus, non verò prætor ipfe; non
partes inter fe litigantes, *ut rectè explicat Cujacius
in d. l. 5. in princ. ff. d. tit. eumque refert Borckolt.
num. 2.* Verbi gratiâ: *cautio de dolo*, eft judicialis
ftipulatio. Etenim illa plerumque in judiciis, ju-
bente judice, præftari folet: ut, fi Sempronius rem
à fure, aut quovis alio vindicet, & metuat, ne pen-
dente judicio res à fure corrumpatur; reus cavere,
de dolo abfuturo in re reftituendâ, per judicem, cogi-
tur. *l. præterea. 20. l. fi homo. 54. ff. de rei vindicat. l.
creditor. 15. ff. de pigneratic. act. Giphan. hic in verf.
veluti de dolo cautio, &c.* Sic quoque judicialis eft
ftipulatio, *cautio de perfequendo fervo, qui in fugâ eft.*
Hanc fiquidem cautionem fæpe judex interponi cu-
rat: veluti, fi legatarius fervum fibi legatum ab he-
rede petat: herefque eum in fuâ poteftate effe, ut
quia fit in fugâ, neget: heres à judice fervum fuis
fumptibus requirere, & legatario reftituere, aut pre-
cium ejus præftare jubetur. *l. cùm fervus. 39. l. fervo
legato. 69. §. ult. ff. de leg. 1. l. item fi. 14. §. quid fi homo.
ff. quod met. cauf. geft. erit. l. fi filiofamilias. 25. §. fi qui
dotalium ff. foluto matrimonio.* Idem & de aliâ quali-
bet re abfeute inquirendâ, exhibendâ, & reftituendâ
fentiendnm eft, *argum. l. folutione. 18. ff. ad exhibend.*
Præter iftas cautiones five ftipulationes judiciales,
funt & quædam aliæ: ut cautio indemnitatis. *l. ipfi
quoque. 19. l. à quo fervus. 58. ff. de rei vindicat.* ut cau-
tio de refundendo, deque folvendo certo loco, vel
tempore, &c. *l. fed fi damnum 9. t. f. n. l. ex facto. 52.
in fin. ff. de pecul. l. quod fi Ephefi. 4. §. 1. ff. de eo, quod
certo loco, &c.*

Prætoriæ ftipulationes funt, quæ à mero prætoris 4
officio proficifcuntur: hoc eft, quarum auctor eft
ipfe prætor: five, quæ non apud fpecialem judicem
fed apud Magiftratum petuntur, & ejus auctoritate
juffu, atque imperio interponuntur: cujufmodi eft
ftipulatio damni infecti, & legatorum. *§. 2. hoc tit.
d. l. ftipulationum. 5. in princ. ff. de verb. obligat.* Prio-
re quis periculum arborum, loci, operis, ædiumvè
vicinarum, ruinam minantium, evitare poteft, *tot.
tit. ff. de damno infect.* Alterâ utuntur legatarij fti-
pulantes ab herede, cujus de fide dubitant, de lega-
tis aut fideicommiffis rectè præftandis. *l. filiusfami-
lias. 114. §. ijdem Principes. 12. ff. de legat. 1. & tot. tit.
ff. ut legator. nom. caveat.* Melius enim, & fatius eft, 5
ante

ante tempus occurrere, quàm post causam vulneratam, id est, damnum acceptum, vel legatum ab herede consumptum, remedium quætere. *l. ult. C. in quibus caus. in integr. restit. necessar. non est.* Cæterum plures stipulationes seu cautiones prætoriæ cognosci poterunt *ex tit. ff. de prætoriis stipulat. & tribus tit. sequentibus* item *ex tit. usufructuarius quemadmod. caveat. & titul. si cui plus, quàm per leg. Falcid. licuerit, legatum esse dicetur. cum similibus.* Vide Riemerum *decad.* 10. *quæst. illustr.* 3. Planè prætoriis
6 stipulationibus & ædilitiæ annumerantur. *d. §.* 2. *verſ. prætorias hoc tit.* Nam jus ædilitium juris prætorij portio est. *§. prætorum.* 7. *verſ. proponebant. supr. de jur. nat. gent. & civil.* Sunt autem ædilitiæ cautiones, quæ de morbis, aut vitijs venalium rerum interponuntur: quarum præcipua est, *cautio* sive *stipulatio dupla*, de qua *in tit. ff. de evictionibus & dupla stipulat.* Verbi gratiâ: si vendo mancipium, vel equum, & emptori repromitto, si quid occulti vitii in equo vendito inventum fuerit, aut si evincatur, me duplum soluturum. Venditor enim non solum si quid vitij insit, clarè prædicere; sed eo etiam nomine cavere debet. *l. si venditor.* 28. *& l. itaque.* 32. *ff. de ædilit. edict. l. emptori.* 37. *ff. de evictionibus.*
7 Cur verò nomine prætoriarum stipulationum etiam ædilitiæ contineantur, Justinianus hic *in d. §.* 2. *ad finem.* hanc rationem subjungit: *quia* (inquit) *&*
8 *hæ ædilitia à juris dictione prætorum veniunt.* Ubi admonendi sumus: Jacobum Cujacium *in præallegatâ l. stipulationum.* 5. *ff. de verb. obligat.* ibique Donellum *num.* 1. Franciſc. Hotomannum *hic enunciat.* 5. Johannem Borcholten *numer.* 8. Auſſardum, Baronem, Bachovium *pag.* 760. itemque Tuningium *pag.* 575. & Petrum Heigium *numer.* 14. *cum seqq.* & alios nonnullos Interpretes neotericos putare: verbum, *prætoriis* hic expungendum esse: tum quia neque *in d. l.* 5. *ff. de verb. obligat.* neque in Theophilo extet: tum quia ædilitiæ à jurisdictione, non prætoris, sed ædilium veniant. *l.* 1. *in princ. d. l. si venditor.* 28. *& l. ædiles.* 38. *ff. de ædilic. edict.* Verum nihil
9 hoc loco delendum, aut corrigendum esse videtur: cum quia omnis correctio odiosa, ac ea propter vitanda est. *c. cùm expediat.* 29. *ext. de elect. in* 6. tam quia jus ædilitium pars est, & quasi supplementum juris prætorij. *d. §. prætorum* 7. *verſ. proponebant. supr. de jure nat. gent. &c.* Et ita quoque, *post Giphanium à se citatum,* non obscurè sentit D. Rittershusius *hic pag.* 438. *circa finem.* Sed vide vacillantem D. Bocerum *hic num.* 14. *pag.* 260.
10 Conventionales stipulationes dicuntur? quæ neque prætoris, neque judicis auctoritate, sed ipsorum reorum, id est, partium inter se contrahentium voluntate interponuntur: & ex earum pacto & placito sive conventione (quæ legem dat contractui. *l. contractus.* 23. *& l nec ex prætorio.* 27. *ff. de reg. jur. contractus.* 85. *eod in* 6.) substantiam capiunt, *§. conventionales.* 3. *hoc tit. d. l. stipulationum.* 5. *in princ. verſ. conventionales. ff. de verb. obligat.* Licèt enim prætoriæ quoque & judiciales stipulationes aliquam voluntatem ac conventionem habeant: cùm nulla stipulatio sine conventione & consensu contrahatur. *l.* 1. *in omnib.* 55. *ff. de obligat. & actionib.* quia tamen in judicialibus ac prætoriis voluntas & consensus non est spontaneus; sed ad prætoris jussum interponitur, adeòque necessarius censetur: rectè nomen conventionalium stipulationum prætoriis & judicialibus non imponitur. Et harum conventionalium stipulationum tot genera sunt, quot (penè dixerim) 11
rerum contrahendarum, id est, obligationum seu negociorum, quæ contrahi possint: hoc est, sunt infinita atque innumerabilia. Nam & negociorum & pactionum, quibus confirmandis stipulationes frequentissimè adhibentur, innumerabilia sunt genera. *d. l.* 5. *in princ. ff. de verb. obligat. juris gentium.* 7. *§. quod fere.* 12. *ff. de pact. l. si stipulatus.* 4. *ff de usur. l.* 1. *§. & sciendum.* 4. *ff. de stipulat. prætoriis. Paul lib.* 5. *sentent. tit.* 7. Atque isthæc infinitas sive multitudo rerum contrahendarum in causa esse videtur, cur conventionalium harum stipulationum exempla nulla hic ponantur: cùm tamen priorum exempla sint adducta: quia scilicet planè non est necesse. Nemo quippe tam imperitus est, qui non aliquos saltem, si non omnes, quibus obligatio contrahitur, modos teneat. Ex his quisque, si velit, exemplum sibi sumat: & quodcunque genus obligationis contrahendæ adhibuerit, non erraverit. *Idque uberiùs explicat Donellus ad d. l. stipulationum.* 5. *num.* 16. *& seqq. ff. de verb. obligat.*

Porrò autem cum Imperatore hic *in §.* 3. *& Pomponio in d. l.* 5. *in princ. verſ. conventionales ff. d. tit.* 12
cautè addimus clausulam istam, *penè dixerim.* Isthæc quippe clausula eò pertinet, ut intelligamus: quasdam esse res, de quibus contrahi possit, & quæ tamen in stipulatum deduci nequeant: uti res sacræ, religiosæ, liberi homines, &c. quandoque vendi possunt. *l. & liberi.* 4. *l. liberi hominis.* 70. *ff de contrah. empt.* ast in stipulationem venire haud possunt. *§. idem juris.* 2. *infr. tit. proximo, & tradit Rittershusius in d. §. conventionales.* 3. *hoc tit. pag.* 439.

Communes denique stipulationes dicuntur: quæ, 13
rebus ita exigentibus, modò jubente prætore, modò jubente judice interponuntur: cujusmodi stipulatio est, rem pupilli salvam fore. *§. ult. hoc tit. d. l.* 5. *in princ. verſ. communes sunt. ff. d. tit.* Nam hæc inter- 14
dum ex jussu prætoris interponitur, interdum ex jussu judicis. Ex jussu seu officio prætoris interponitur: cum pupillus, vel alius pupilli nomine hanc cautionem, nullo judicio suscepto, per tutorem præstari ultro desiderat, quo res pupillares per eam salvæ remaneant, & in tuto constituantur. Ad quam cautionem præstandam à prætore tantum, vel alio magistratu, non verò à judice tutor compelli potest. Quoties enim eam tutoribus prætor injungit: non judicis, sed magistratûs officio fungitur. Nullo namque judicio adversus tutorem pendente, nullâ etiam causæ cognitione adhibitâ: cautio ista per prætorem decerni-

hoc tit. perinde ut legatarius, post mortem testato-
ris, annuum legatum sibi relictum. *l. usc semel.* 12. §. 1.
ff. quando dies legator. vel fideicom. cedat. l. 1. C. eod. Si-
quidem tempus hic non differendæ, sed potiùs mul-
tiplicandæ solutionis gratiâ, & sæpius reiterandæ
puræ obligationis causâ adiicitur. *l. cum in annos.* 10.
3 *& duabus ll. seqq ff. d. tit.* Cur verò stipulatio ista sit
perpetua, sicque ad heredem transitoria, elegans ra-
tio hic in textu redditur: *quia scilicet ad tempus de-
beri non potest.* Ratio rationis: quia obligationes
sunt juris, ut ex definitione obligationis. *suprà t. de
obligationibus expositâ*, apparet. Ea autem, quæ ju-
ris sunt, sui naturâ sunt perpetua, non minùs, atque
4 jus ipsum, *notante hic Rittershusio, pag.* 462. Et hoc
est, quod vulgò dicitur: tempus non esse modum
inducendæ obligationis, ut nec tollendæ sive finien-
dæ. *l. obligationum ferè.* 44. §. 1. *vers. placet. ff. de obl. &
act. insr. tit. quibus mod. tollit. obligat. Mynsing. hic.
5 num.* 3 *Wesenbec. num.* 6. Observandum porrò hac
in re est discrimen stipulationis & legati: quòd sti-
pulatio annua sive in annos singulos, est perpetua, &
ad heredes transitoria: legatum annuum non item;
sed morte legatarii extinguitur. *l. si Stichum.* 16. §. 1.
ff. hoc tit. Ratio hujus discriminis duplex videtur:
Tum quia stipulatio juris est, legatum facti. *l. penult.
6 ff. de capite minutis.* Quæ autem juris sunt; adhere-
des transeunt: quæ facti, non item: facta quippe
personalia sunt. *arg. l. ult. ult. ff. de conditionibus insti-
tution. Petr. Osterman. hic in suis rationalibus. pag.* 73.
7 Tum quia legatum annuum, propter alimenta lega-
tarii factum censetur; ac proinde personale intelli-
gitur: sicque ad heredes non transmittitur. *l. 1. in
fin. ff. de constitut. princ. l. idem in duobus.* 25. §. 1. *ff. de
pact. l. non solùm.* 8. §. *tale legatum.* 3 *ff de liberat. legat. l.
in omnibus causis.* 68. *& l. privilegia.* 196. *ff. de reg. jur.*
At per stipulationes, tam heredibus nostris, quàm
nobismetipsis, consulere & prospicere credimur. *l.
si pactum.* 9. *ff. de probationibus. l. tale pactum.* 40. §. *ult.
8 ff. de pactis.* Cæterùm cùm contractus legem ex con-
ventione accipere dignoscantur. *l. contractus.* 23. *ff.
de reg. jur. & c. contractus.* 85, *eod. tit. in* 6. hic autem inter stipulantem & promittentem non id tantum actum sit, & conventum, ut decem annua darentur: sed simul etiam hoc placuerit, ut decem annua darentur, quoad viveret stipulator. Idcirco ex eo pacto conventio ista jus accipiet: & per consequens stipulatoris heres, decem annua petens, exceptione sive pacti, *sc. quoadvivam.* sive doli mali removebitur, *hoc §. in fine. & d. l. obligat. ferè.* 44. *d. vers. placet. ff de oblig. & actionib.* Verùm pacto, *quoadvivam*, annuæ stipulationi non adjecto; heredem stipulatoris annuatim decem petere posse, cùm obligatio perpetuetur, dubium non est. *d. l. si Stichum.* 16. §. 1 *ff. hoc tit. Vide de prædictis verbosius disputantem Bachovium hic pag.* 747. *& seq.*

§. Sub conditione. 4.

Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio: ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio: veluti, si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur:* Si in Capitolium non ascendero, dare spondes? *perinde erit, ac si stipulatus esset,* cùm morietur, sibi dari. *Ex conditionali stipulatione tantùm spes est, debitum iri: eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.*

SUMMARIA.

1 *Conditionalis stipulatio quid sit.*
2 *Conditionis proprius effectus.*
3 *Conditio alia casualis, alia potestativa, alia mixta.*
4 *Vera conditio quæ.*
5 *Potestativa conditio.*
6 *Mixta quæ sit.*
7 *Omnis conditio vel in faciendo posita est, vel in non faciendo.*
8 *Conditionalis stipulatio in quo differat à stipulatione purâ, & in diem.*
9 *Consideratio l. ususfructus* 26. *ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub conditione.* 42. *ff. de obligat. & actionibus. & l. conditionales.* 54. *ff. de verbor. significat.*
10 *Conditionalis stipulatio fœtui in utero jam concepto comparatur.*
11 *Conditionalis creditor qualis.*
12 *Stipulatio sub conditione concepta ad heredem transmittitur: legatum sub conditione non item.*
13 *Hujus differentiæ ratio duplex.*
14 *Legata sunt facti: stipulationes, quoad obligationem juris.*
15 *Heres stipulatoris, existente conditione, quatenus post hujus mortem agere possit.*

Conditionalis stipulatio nihil aliud est, quàm 1
obligatio in casum aliquem incertum & futu-
rum suspensa, *per hunc §. nostrum.* Conditio siqui-
dem, quam certum est extituram, vel quæ præsens
respicit tempus, vera conditio non est, sed pro purâ
stipulatione habetur. §. *conditiones.* 6. *infr. hoc tit. l. si
ita stipulatus.* 120. *ff. eod. l. cùm ad præsens.* 37. *cum
duab. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. nominatim.* 34.
in fine. ff. de condition. & demonstrat. l. si pupillus. 9. §. 1.
ff. de novationib. Proprius quippe conditionis effe- 2
ctus est, vim negocii differre: cum semper in futu-
rum concipiatur. Quare cum ita dico: *si Cæsar vi-
vit, centum tibi do lego:* non est conditio: quia in præ-
sens tempus, & non in futurum, concepta est. Etsi 3
verò in jure conditio interdum dividitur in casua-
lem sive fortuitam, & in potestativam seu arbitra-
riam, & in mixtam *l. unic. §. sin autem aliquid sub
conditione.* 7. *C. de caduc. tollend.* vera tamen conditio
est ea, quæ in casum aliquem concipitur: velut, 4
si Titius consul factus fuerit, centum mihi dabis? Po-
testativa conditio est, cujus eventus ex personæ vo-
luntate dependet: ut, *si domum ædificavero, centum
mihi*

6 *mihi dabis?* Mixta est, quæ simul pendet ex fortunâ & voluotate personæ: ut *si ab hostibus reversus fuero, dare centum spondes?* Idque paulò latiùs explicat Borcholt. *hic num.* 3. & Schoeidevvin *n.* 7. *& seqq.* Ex illis autem hujus §. verbis, *si aliquid factum fuerit, vel non fuerit*, altera conditionis divisio elicitur:
7 quod nimirum omnis conditio posita sit vel io faciendo, vel in non faciendo: ut, *si Argentinam iveris: & si Argentinam non iveris.* Inter quas divisionis partes hæc notanda est differentia: quòd cooditio in faciendo quandocunque impleri potest: conditio
8 verò in non faciendo ooo nisi morte impleri potest, *hoc §. nost. vers. si quis ita. in verb. perinde erit, ac si stipulatus esset. cum morietur.* Porrò in eo præcipuè conditionalis stipulatio differt à stipulatione purâ, & in diem: quod in stipulatione purâ & jam debetur, quod promissum est, & peti potest: in stipulatione in diem debetur quidem, sed peti nequit: in conditionali nec debetur, nec peti potest, sed spes tantùm est, debitum iri, *hoc § nost. vers. ex conditionali. & l. cedere diem.* 213. *ff. de verb. signif.* Quæ differentia ab effectu conditionalis stipulationis est petita. Is enim (*ut suprà monitum n.* 2.) effectus est conditionis, ut obligationem suspendat ac differat. *d. l. cedere.* 213. *ff. eod.*

9 Huic sententiæ non adversatur *l. usufructus.* 26. *ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub conditione.* 42. *ff. de oblig. & act. & l. conditionales.* 54. *ff. de verb. signific.* In priori l. 26. stipulatio conditionalis ex præsenti vires accipere dicitur, quamvis petitio ex eâ suspensa sit. In posterioribus verò legibus creditor etiam is vocatur, cui sub conditione quid promissum est.
10 Ex quo non obscurè colligitur; id jam deberi, nec tantum spem esse, debitum iri. Istæ, *inquam*, leges non adversantur: quia respondendum est, stipulationem sub conditione factam, oon prorsus nihil esse; sed fœtui in utero jam concepto quodammodo comparari posse; ut concepta scilicet sit stipulatio, & conditionis eventu nata ac edita. *argument. l.* 2. *ff. de mort. infer.* Atque ita exaudieodum est, quod dicitur, ex præsenti vires stipulationem conditionalem accipere. *Petr. Osterman. hic in suis*
11 *rationalibus pag.* 74. Ex quo illud quoque coosequitur: ex eâ stipulatione jam cœpisse deberi, quod promissum est. Unde & cooditionalis creditor dici potest, cui ex stipulatione cooditionali quid debetur. Atque hæc etiam videtur esse ratio ejus, quod Justin. *in fine hujus §.* subjicit: hanc stipulationem in heredem transmitti: quia videlicet hæc stipulatio jam concepta sit, sive aliquid jam sit, quod transferri ad heredem possit. Ideo autem Imperator *hic in fine* ait, spem transmitti: quia nimirum nondum perfectè nata sit obligatio. Sic & Ulpianus *in d. l.* 54. *ff. de verb. significat.* inquit: cooditionales creditores esse, qui spem habent, ut competat actio. *Poterit* & hoc non iocommodè ad locorum illorum conciliationem dici: eum, cui sub conditione promissum est, pendente adhuc cooditiooe, noo quidem propriè esse creditorem: dici tamen posse creditorem in spe, sive respectu spei. *argument. l. in possessionem.* 6. *in princ. ff. quibus ex caus. in possess. eat. l. servitutes.* 20. *§. si sublatum.* 2. *& l. si servitus.* 23. *ff. de servit. prædior. urban.* Atque ita, *post gloss. hic in verb. differtur.* sentiuot *Angelus num.* 2. *Nenius numer.* 5. *Rittershusius in vers. ex quibus sequi, &c. pag.* 417. *& Alciatus in d. l. conditionales.* 54. *ff. de verb. significat. num.* 1. *&* 2. *itemque Timanus Faber disp.* 23.
ad Instit. Imperial. th. 3. *lit. b.* Quanquam verò stipu- 12
latio sub conditione concepta ad heredem transmittitur, *hoc §. nostro. in fin. l. si quis.* 57. *ff. hoc tit.* id tamen in legato sub cooditione relicto noo obtinet. Hoc enim, legatario ante conditionis existentiam mortuo, ad heredem ipsius non transire, certum est. *l. legata.* 41. *ff. de condit. & demonstrat. l. is, cui.* 42. *ff. de obligat. & act. l. si cum heres.* 4. *& l. seq. ff. quan-*
do dies legator. vel fideicommissor. cedat. Ratio dif- 13
ferentiæ inter stipulationem & legatum vulgò hæc adfertur: quòd in stipulatione conditionali intervenit factum stipulatoris, sibi & heredibus suis cavere volentis. *l. si pactum.* 9. *ff. de probat. l. tale.* 40. *§. fin. ff. de pact.* At in legato cooditionali nullum legatarii factum intercedit: sed à solâ testatoris voluntate pendet, qui personæ legatarii tantùm rationem habuisse, eique soli, ob meritum forrè, vel singularem amorem, non ejus heredi, prospicere voluisse intelligitur. *l. nec adjecit.* 9. *ff. pro socio. Accurs. Bartol. Bald. Angel. Fab. Mynsinger. Schneidevv. & alii communiter in fine hujus §. nostri. Gomez. tom.* 2. *variar. resol. jur. civ. c.* 11. *n.* 36. *vers. cujus ratio est, &c. Donell. ad l. si quis.* 57. *n.* 5. *ff. h. t.* Verùm ratio, quam superiùs attigimus, elegantior hæc videtur: quia scil. stipulatio conditionalis jam est aliquid; lega-
tum autem conditionale planè nihil est. Cur ita? quia 14
legata, utpote donationes, sunt facti. *l. penult. ff. de capite minutis.* stipulationes verò, qooad obligationem, jus in se contineot, *arg. t. tit. infr. de stipul. serv.* Atqui ea, quæ sunt juris, perpetua sunt; adeoque ad heredem transeunt, *arg. l. hereditas.* 62. *ff. de reg. jur.* Quæ autem facti sunt, eo demum momento aliquid esse putantur, quo fiuot. *l.* 1. *ff. de operis ser.* & cum persona extinguuntur, *arg. l. ult. ff. de condit. instit. & l. qui heredi.* 44. *in pr. ff. de condit. & demonst. Arumæus. exercitat. Iustin.* 13. *sub th.* 6. *in fine.*
Tametsi aliter id 15
explicent Gœddæus *in Comment. de contrah. & commit. stipulat. c.* 9. *conclus.* 8. *n.* 174. Bachovius *hic pag.* 750. & Roberus *disp.* 15. *ad Instit. th.* 5. Porrò quod de conditionali stipulatione traditur: heredem stipulatoris, existente istâ conditione, etiam post mortē stipulatoris agere posse; id tunc procedit: cum aliud inter contrahentes non est actum. Nam si hoc actum fuerit inter contrahentes, ut ita demum stipulationi locus esset, si conditio existeret, vivo stipulatore, vel quo alio: voluntatem contrahentium sequemur; & existente cooditione post mortem stipulatoris, non permittemus heredi, ut petere possit, quod in stipulationem eâ lege deductum erat, ut deberetur, si conditio, vivo stipulatore, extitisset, *per textum singularem in l. qui Romæ.* 122. *§. Agerius.*

Agerius. 4. ff. hoc tit. Quem textum rectè (meo judicio) ita accipiunt, & eleganter declarant *Cujacius in d. l. si quis. 57. ff. eodem. Borchols. hic numer. 8. Philippus Custosius in disput. de transmissionib. axiom. 77. eumq; laudans Petrus Heigius hic in vers. ex conditionali. num. 3. cum seqq. & Knipschildt exercitat. Acad. 6. quæst. 14. pag. 230.* Licèt vulgò Doctores aliteratq; aliter sentiant, *Bartol. Iason, Angel. Alexander, Petrus de Bellapertic. Bald. Duaren. Donell. & cæteri ad d. §. Agerius. Alc. lib. 1. dispunct. c. 13. Francisc. Connan. lib. 6. Commentar. jur. civil. cap. 3. n. 9. Emanuel à Costa. lib. 2. select. interpretat. cap. 23. Andr. Gail. lib. 2. obs. 2. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. c. 11. numer. 36. vers. item adde, quòd jus. ibiq; Soarez. in suis addit. ad lit. T. & Goeddaeus d. c. 9. conclus. 8. n. 177. & seqq.*

§. Loca etiam. 5.

Loca etiam inseri stipulationi solent: veluti, Carthagini dare spondes? *Quæ stipulatio licèt purè fieri videatur: tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur:* Hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erit stipulatio, cùm impossibilis sit repromissio.*

SUMMARIA.

1 *Stipulatio, cui locus inseritur, formâ & conceptione, purus; effectu verò, in diem censetur.*

2 *Id semper in contractu tacitè agi videtur, ut eo modo, quo potest, valeat.*

3 *Quantum tempus locali stipulationi sit tribuendum, judicis arbitrio committi debet.*

4 *Stipulatio, licèt stricti sit juris: tamen ex eo, quod actum est, interpretationem recipit.*

5 *Omnes contractus, quoad intentionem contrahentium, sunt bonæ fidei.*

6 *Dies in stipulatione quando tacitè subintelligatur.*

7 *Sententia & intellectus l. stipulationes. 72. §. ult. ff. de verb. obligat.*

1 QUanquam id, quod purè promissum est, statim & debeatur, & peti possit. *ut dictum in §. omnis. 2. supr. hoc tit.* attamen ex naturâ rei, vel loci adjectione sæpe, licèt non obligatio, petitio tamen sive executio differtur. Unde stipulatio ista, cui locus inseritur, formâ quidem & conceptione pura est: cùm diem aut conditionem non habeat expressam: sed re ipsâ sive effectu, in diem censetur. *Veluti,* qui Carthagini centum dari stipulatur, cum Romæ sit, tacitè tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest: ac proinde etiam centum non statim peti possunt, sed post spacium temporis, quò Carthaginem Româ iri possit. *l. idem erit. 60. & l. interdum. 73. ff. hoc tit.* Hujusque ratio non obscu- 2
ra est: quia id semper ex tacitâ contrahentium mente in contractu agi videtur, ut valeat actus; & eo modo, quo potest, impleatur. *l. quotiens. 12. ff. de reb. dubiis.* Impleri autem talis promissio non potest, nisi spacio ad locum solutioni destinatum proficiscendi concesso. Hoc ergo tacitè conventum intelligitur. *d. l. interdum. 73. ff. hoc tit. & similib.* Sed quæ- 3
ritur, quantum tempus sit dandum? Et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est, ad virum bonum remittamus: qui æstimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promisit: habitâ scilicet ratione temporis, ætatis, sexûs, valetudinis promittentis. *l. continuus. 137. §. 2. ff. h. t. ibiq; Dd. latè Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. q. cent. 1. cas. 2. Heigius hic num. 2. & Schneidevvin numer. 3.*
Et ita obiter hîc notandum: quòd licèt stipulatio 4
stricti juris sit; eoque ultra verba non extendatur. *l. quidquid adstringendæ. 39. ff. hoc tit.* tamen ex eo, quod actum est, ipsa interpretationem recipiat; maximè quando aliàs non sortiretur effectum. *l. si stipulatus. 111. ff. eod. tit.* Omnes enim contractus, 5
quoad intentionem contrahentium, bonæ fidei sunt, *ut testatur Iason. in §. actionum. 28. num. 4. & 37. infr. de action. eumq; referens Wesenbecius hic n. 3.*

Subjungit porrò hoc loco Imperator: si quis Romæ ita stipuletur: *Hodie Carthagini dare spondes?* inutilem esse stipulationem; quia sit impossibilis. Fieri enim non potest, ut promissor, qui Romæ est, unâ die perveniat Carthaginem: adeoque illa tacitæ voluntatis contrahentium conjectura hîc locum sibi vendicare nequit. Hæc tamen ipsa stipulatio interdum utilis est: putà si tam stipulator, quàm promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori sive procuratori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem; ac demandarit promissor quidem suo dispensatori, ut daret; stipulator verò suo, ut acceperit. *l. ultim. §. si inter eos. 4. ff. hoc. t.* Planè 6
generaliter sciendum: diem in stipulatione tacitè subintelligi, cùm facti reivè promissæ ea est conditio, ut per rerum naturam præstari nequeat, antequam aliquod tempus præterierit. Itaque si domum vel insulam ædificare quis promittat: non statim adversus ipsum hoc nomine agi potest, quòd domum vel insulam non extruxerit: sed post aliquod temporis intervallum, intra quod insulam conficere & absolvere potuerit. *l. si ita stipulatus essem. 14. d. l. interdum. 73. & l. si insulam. 84. ff. eod.*

Nec his legibus repugnat Ulpianus *in l. stipulatio-* 7
nes non dividuntur. 72. §. ultim. ff. d. tit. ubi tradit, in hac ipsa stipulatione, *insulam fieri* non esse expectandum, ut tantum temporis prætereat, quo insula fabricari possit: sed simulatque cœperit mora faciendæ insulæ fieri, agi posse, diemque obligationis cedere. *Nam respondetur*: utrumque verum esse, nimirum hoc casu agi posse, & agi non posse. Agi non potest intra id temp', quo fieri potest insula, eo nomine, quòd non sit extructa: nec potest peti id,

quod

quod interest, eam esse consummatam & perfectam *d. l.* 14. *& d. l.* 84. *ff. hoc tit.* Ratio ejus evidens est: quia stipulatio, *insulam fieri.* tempus tacitum in se complectitur, quo insula fieri possit. Eo igitur tempore nondum elapso, stipulator eo nomine, quòd insula non sit confecta, adversus promissorem agere nequit. Hanc enim actionem jus, de obligationibus in diem constitutum, impedit: quod vult, ante diei eventum, quod promissum est, peti non posse. *d. §. omnis.* 2. *supr. hoc tit. l. eodem.* 213. *ff. d. verb. signific.* Hoc tamen nomine etiam ante temporis illius decursum, adversus promissorem agi potest, quòd insulam justo tempore non inchoaverit: quâ actione petitur id, quod interest, moram non fuisse factam, & insulam fuisse inchoatam. Atque hoc voluit procul dubio Ulpianus *in praellegatâ l. stipulationes non dividuntur.* 72. *§. fin. ff. hoc tit. Quæ lex ita videtur esse explicanda ex d. continuus.* 137. *§. item qui insulam.* 3. *ff. eodem.*

§. Conditiones, quæ. 6.

Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur: aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, *si Titius Consul fuit*; vel, *si Mævius vivit, dare spondes?* Nam si ea ita non sunt nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa: non morantur obligationem, licèt apud nos incerta sint.

S u m m a r i a.

1 *Conditio propriè qua sit.*
2 *Conditiones ad præsens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collata obligationem non differunt: ejusque ratio.*
3 *Conditiones pendent ab eventu facti & naturæ.*
4 *Hominum error vel ignorantia veritati efficere nequit.*
5 *Futura non solùm nobis, sed etiam in rerum naturâ, sunt incerta.*

1 Diximus suprà *in §. sub conditione.* 4. *hoc tit.* conditionem propriè esse, quæ in casum, sive tempus futurum concipitur. Ea siquidem sola est, quæ differt obligationem, atque suspendit: velut, cùm ita stipulor; *si Mævius Consul factus fuerit, centum dabis?* Igitur conditio, quæ ad præsens (ut, *si Mævius Consul est*) vel præteritum tempus (ut, *si Mævius Consul fuit*) refertur: figurâ tantùm & formâ, scilicet per hanc particulam *si*, est conditio: propriè verò & quoad effectum, conditio non est. *l. si ita stipulatus fuero.* 120. *ff. hoc tit. l. cum ad præsens.* 37.
2 *c. in dubiis. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Et hoc

est, quod ait hîc Justinianus: *ejusmodi conditiones aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt*: id est, propriè conditiones non sunt: quia obligationem non differunt. Ratio, cur conditiones ad præsens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collatæ, obligationem non differant, hæc ab Imperatore hic assignatur: quia quæ per rerum naturam semper sunt certa, cujusmodi sunt facta præterita, aut præsentia: obligationem non morantur, aut differunt; licèt apud nos, & quoad nostram scientiam, incerta sint. 3 Cur ita? quia conditiones pendent ab eventu facti & naturæ, ipsaque causæ certitudine, non à contrahentium inscitiâ & opinione, *notante Wesenbecio hic num.* 2. 4 In præsentibus igitur vel præteritis rerum natura inspicitur, non hominum error vel ignorantia: quæ veritati officere, ordinemque naturæ immutare nequit. *l. illicitas.* 6. *§.* 1. *ff. de offic. præsid. l.* 2. *§. si à pupillo.* 15. *ff. pro emptore. Vult. hic num.* 2. 5 Ast in futuris non rerum natura, sed nostra inscitia spectatur: imò rerum naturam intueri non possumus: quoniam futura, fortuita sive contingentia non solùm nobis, sed etiam in rerum naturâ, sunt incerta. Neque enim, quod futurum est, fieri aut evenire necesse est cùm possit non evenire, ex sententiâ Aristotelis, Chrysippi, & Stoicorum omnium: quam nostri Jurisconsulti, qui ferè omnes à Stoicis instituti sunt, sequuntur: *prout docet Cujac. in l. conditio.* 100. *ff. hoc tit. & Borcholt. hic num.* 3. Proinde conditionem in tempus futurum collatam, propriè conditionem esse; stipulationemque in futurum conceptam, obligationem non statim perimere; nec etiam statim obligationem facere existere; sed eam differre, rectè concluditur. *d. l. cùm ad præsens.* 37. *& ll. seqq. ff. de reb. credit. & d. l. si ita stipulatus.* 120. *ff. hoc tit.*

§. Non solùm. 7. & ult.

Non solùm res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subiicere: ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod eius intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur: ita adiici pœna debet: *si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?* Sed si quædam fieri, quædam non fieri, unâ eademque conceptione stipuletur quis; clausula hujusmodi erit adiicienda: *Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit: tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?*

SUMMARIA.

1 *Stipulationum aliæ consistunt in dando, aliæ in faciendo.*

2 *Stipulatio faciendi duplex: in faciendo, & in non faciendo.*

3 *Stipulationes dandi in quo differant à stipulationibus faciendi.*

4 *In stipulationibus factorum pœnam subjici, optimum est: ejusq; ratio.*

5 *Qualiter pœna subjici debeat.*

6 *An & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit: an item per pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur.*

1 Suprà *initio hujus tituli, & circa explicationem definitionis stipulationis. num.* 54. dictum est: stipulationes consistere vel in dando, vel in faciendo. Idem Justinianus Imp. hic repetit: & cùm de iis præcipuè, quæ in dando positæ sunt, hactenus disputatum sit: jam earum stipulationum, quæ in faciendo consistunt, tractatum subtexit. Hoc autem stipulationis genus, quod in facto consistit, duplex est: videlicet aut in faciendo, aut in non faciendo. Verbi gratiâ: *Promittis mihi fodere fossam, ædificare domum? &c. Promitto.* Vel, *promittis te non facturum, quò minus mihi per fundum tuum ire agere liceat*: vel, *te non iturum Romam? &c. l. ubi autem.* 75. §. *qui id, quod in faciendo.* 7. *ff. hoc titul.* Atque in eo hæ stipulationes à superioribus, in dando positis, discrepant. Affertur & alia inter easdem hoc loci differentia: quòd nimirum in stipulationibus, in quibus factum versatur, plerunque adjicitur stipulatio pœnalis: in stipulationibus verò dandi rariùs pœnalis stipulatio adjicitur. Ratio differentiæ hæc est: quia facta incerta sunt; & ideo per stipulationem pœnalem certa quodammodo redduntur. *d. l. ubi autem.* 75. §. *qui id. ff. eod.* Si enim factum promissum non præstetur: loco ejus, quod interest, certa pœna promittitur. Nam non solùm factum, sed etiam id, quod interest, cùm in facto consistat, incertum est. *l. quatenus.* 24. *ff. de reg. jur. l. fin. ff. si quis in jus vocatus non ierit, &c.* Ac idcirco, *auctore hic Iustiniano*, optimum est, omnibus faciendi stipulationibus pœnam subjicere: quia si quid vel fieri, vel non fieri, adjectâ pœnâ, stipulati fuerimus: nobis pœna debebitur; etiamsi id factum fuisse, vel non fuisse factum, nihil nostrâ interfuerit. In hac siquidem stipulatione tantùm quantitas stipulationis, non autem id, quod interest, spectatur. Neque verò timendum est: ne pœna probati non possit. Etenim si de ipsa stipulatione constiterit: utique etiam de pœnâ huic stipulationi insertâ constabit. Quibus porrò formulis stipulationes pœnales concipiendæ sint, Imperator *in hoc* §. exemplis quibusdam propositis, quæ proprio quisque Marte intelligere potest, demonstrat. Illud tamen non prætereundum: pœnam semper debere apponi sub conditione contrariâ huic, quod in stipulationem deductum est. Itaque si stipuletis, *quid fieri*: pœnalis stipulatio subsequens sub contrariâ conditione, *si factum non fuerit*, concipienda est. Et vice versa, si stipuletis, *quid non fieri*: pœnalis stipulatio sub conditione, *si hoc factum fuerit*. subnecti debet: ut haud difficulter colligere licet ex hoc textu nostro, *& l. cùm quid.* 71. *& l. continuus.* 137. §. *penult. ff. hoc tit.* Cæterùm 6 an & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit? an item per pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur? latè & diversimodè, *post alios à se citatos*, exponunt *Fachineus lib.* 1. *controversiar. jur. cap.* 5. *Gœddæus in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap.* 5. *conclus.* 7. *num.* 54. *cum seqq. Bachovius hic numer.* 2. *pag.* 754. *& Hunnius lib.* 3. *variar. resol. jur. civ. tract.* 4. *quæst.* 8. *&* 9. Sanè quòd pœna isthæc duplum excedere possit, breviter probatur; tum quia nullibi hoc est prohibitum: tum quia pactum istud non est contra bonos mores: tum quia *in l. unica. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest, profer.* pœna conventionalis legati in eo opponitur, quòd hujus certus modus sit, illius non item: tum postremò, quia stipulator jus exinde quæsitum habet, quod ipsi auferri non debet. *l. id, quod nostrum.* 11. *ff. de reg. jur. Iustus Sinolti aliàs Schütz exercit. juris disput.* 14 *th.* 12 *lit. d. pag.* 217.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

TIT. XVII.

Princip. Tit.

Et stipulandi & promittendi duo pluresvè rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, *spondeo*: utputà, cùm duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utrique vestrum dare spondeo.* Nam si priùs Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat: alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresvè rei promittendi ita fiunt. *Mævi decem aureos dare spondes? & Sei, eosdem decem aureos dare spondes?* si respondeant singuli separatim, *spondeo.*

Sum-

Summaria.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Rei unde, & qui dicantur.*
3 *Rei credendi & debendi qui.*
4 *Rei stipulandi & promittendi qui.*
5 *Vt duo pluresvè rei stipulandi & promittendi fiant, quæ requirantur.*
6 *Plures stipulandi & promittendi rei constituuntur vel expressè, vel tacitè.*
7 *An alter ex correis stipulandi novare obligationem possit.*
8 *Acceptilatio est loco solutionis.*

1 Superiori titulo expositum est de stipulatione singulorum: jam hoc titulo agitur de stipulatione duorum aut plurium: qui vulgò correi, à veteribus
2 verò duo rei appellantur. Rei autem à re nominati sunt: & dicuntur non solùm ii, qui arguuntur sive accusantur & conveniuntur. *l. hoc accusare. 12. §. 1. & 2. ff. de accusationib. l. si confessus. 5. de custod. reor. l. favorabiliores. 125. ff. de reg. jur. l. properandum. 13. §. 2. & 3. C. de judic.* sed omnes omnino, quorum de
3 re disceptatur, *teste Cicerone lib. 2. de Orat.* Hinc quibus ex aliis etiam contractibus, quàm stipulationibus, putà mutuo, emptione, locatione, deposito, &c. vel ex testamento, eadem res debetur, hi rei credendi; & qui eandem rem debent, rei debendi vocantur. *l. si duo rei. 34. ff. de recept. arbitr. l. eandem rem. 9. ff. de duob. reis constituend.* Sic rei stipu-
4 landi *(de quibus hoc tit.)* nuncupantur, quibus unius rei promissio simul facta est: rei promittendi, qui rem eandem pariter & in solidum singuli promiserunt. *l. 1. & 2. ff. d. t. Wesenbec. hic n. 1.* Vide Althusium *lib. 1. dicaeolog. cap. 85. num. 13. & seqq. pag. 299.*
5 *& seq.* Ut igitur stipulatione duo pluresvè rei stipulandi & promittendi fiant: primò requiritur, ut super unâ eâdemque re conjunctim seu copulativâ oratione & stipulatio fiat, & promissio. Distinctæ enim promissiones sive responsiones singulis interrogationibus redditæ, diversas quoque & separatas stipulationes efficiunt. Deinde necesse est, ut & stipulatio & promissio fiat in solidum, non quidem ex-
6 pressè & nominatim, sed tamen ut id agatur. Exempli gratiâ: si Mævius à Titio centum aureos stipuletur, & in continenti eosdem centum aureos ab eodem Titio stipuletur Sempronius: eisque Titius statim respondeat, *promitto*: vel *utrique vestrum dare spondeo*: duo rei stipulandi erunt. Contrà si Titius à Mævio & Sempronio eosdem centum aureos stipuletur: & utrique respondeant singuli separatim, *spondeo*; vel omnes, *spondemus*: duo rei erunt promittendi. *l. duo rei. 4. ff. de duob. reis constituend.* Quamobrem si Titius stipuletur à Mævio centum aureos: & mox à Sempronio similiter centum aureos: cui uterque reus illicò respondeat, *spondeo*: duo rei promittendi non erunt. Ratio est: quia in hac stipulatione Titius non dixit, *eosdem centum aureos dare spondes*? Uterque tamen Titio tenebitur in aureos centum, si diversa stipulatio & promissio fuerit. Quid autem, si Titius stipulatus sit decem aureos à Mævio & Sempronio: eosque illi repromiserunt? Et ne hoc quidem casu duo rei debendi erunt: sed singuli partes viriles, id est, quinque debebunt, ex hac ratione: quia ut in solidum essent obligari, non fuit actum. *l. reos promittendi. 11. §. 1. ff. de duob. reis const.* Cæterùm quæ ad constitutionem reorum stipulandi & promittendi requirantur, plenius explicant, post alios, Mynsingerus *hic numer. 4.* 7
eum seqq. Schneidevvin. *numer. 4. eum seqq.* Heigius *hic in vers. nam si priùs num. 3. eum seqq.* Knipschildt *exercitat. Acad. 6. quæst. 15. pag. 234. & seq.* nec non Locamer. *quæstionum juridicarum fascic. 36. quæst. 1.* Portò novationem rectè ab uno correorum stipulandi fieri posse, ostendit manifestè Venulejus *in l. si rem aliquam. 31. §. 1. ff. de novationib.* hisce maximè rationibus adductus: Tum quia unus petens judicium, totam rem in litem deducere potest. *d. l. 31. §. 1. vers. & unum judicium, &c.* Tum quia acceptilatione unius, utriusque sive tota obligatio perimitur. *d. l. 31. §. 1. vers. item unius, &c. l. 2. ff. de duob. reis constituend. l. & per jusjurandum. 13. §. fin. & l. si ex pluribus. 16. in princ. ff. de acceptilat.* Est enim acceptilatio loco solutionis. *l. in diem. 5. d. l. si* 8
ex plurib. 16. in fine principii. ff. eod. tit. l. non solùm. 7. §. 1. ff. de liberat. legat. Solvi verò uni sine dubio potest. *d. l. si rem. 31. §. 1. ff. de novationib.* Tum deniq; quia perinde duo rei stipulandi sibi quæsiverunt, ac si solus stipulatus esset. *d. l. 31. §. 1. vers. ex quibus colligitur, &c.* At quin solus stipulatus, solus etiam novare possit, minimè dubitatur. Hisce quamvis gravissimè & è diametro adversari nonnulli putent *l. si unus. 27. in princ. ff. de pact.* (quam mirificè explicando, in hunc atque illum sensum Interpretes torserunt, *Ant. Faber. lib. 11. conject. cap. 18. Robert lib. 1. sententiar. jur. cap. 25. Accurs. Cujacius, Gothofred. & alii ad d. l. si unus. 27. in princ. ff. de pact. Borcholt. in Comment. de pact. cap. 2. numer. 18. & seq.*) attamen nihil accommodatius esse *(post d. l. 31. §. 1. ff. de novationib.)* quo novatio duorum correorum stipulandi probetur, quàm illam ipsam *l. si unus. 27. in princ. ff. de pact.* existimat, atque ingeniosè evincit novissimè Valentinus Riemer. *decad. 10. quæst. illustr. 6.* ad quem, utpote in omnium manibus versantem, benevolum Lectorem remitto. Adde Christoph. Philippum Richterum *in tract. de contractib. disp. 7. th. 2. sub lit. I. pag. 178. & seq.*

§. Ex hujusmodi. 1.

Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur: & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel

 alter

alter solvendo, omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

SUMMARIA.

1 *Effectus constitutionis duorum reorum.*
2 *Cur obligatio in duobus reis, sit in solidum.*
3 *Uno correorum promittendi solvente, & cæteri liberantur.*
4 *Intellectus auth. hoc ita. C. hoc tit. & Novell. 99. cap. 1.*

1 Hic de effectu hujus stipulationis, sive constitutionis duorum reorum tractatur. Nam ubi duo rei stipulandi seu credendi constituti sunt, singulis in solidum debetur: contrà ubi duo rei sunt promittendi sive debendi, singuli in solidum teneutur. Ast ubi non sunt correi sive duo rei, non in solidum, sed in partes viriles obligati sunt. *l. 1. & 2. C. hoc tit.*

2 Cur autem obligatio in duobus reis in solidum sit, ratio hæc est: quia licèt unius tantùm rei sit obligatio: nominatim tamen, aut tacitè saltem id actum censetur, ut eadem utrique, vel ab utroque debeatur. Aut (*ut apertiùs dicam*) licèt una & eadem sit obligatio in genere considerata: illa tamen in plurium personis multiplicata creditur. Quemadmodum enim uno vinculo plures ligantur: ita plures personæ unâ obligatione astringuntur: quarum respectu plures quidem & multiplicatæ dicuntur obligationes: respectu tamen substantiæ, & unius rei in obligationem deductæ, una obligatio intelligi-

3 tur. Hincque fit, quòd si unus ex duobus reis promittendi solverit: non solùm ipse, sed & alter promittendi reus liberetur, totaque obligatio perimatur, *hoc §. nostro. l. 2. & 3. §. 1. ff. de duob. reis constituendis. Vide Timæum Fabrum disp. 23. ad Instit. Imperial. th. 4. lit. a.*

Quod porrò traditur, duos pluresvè promittendi sive debendi reos in solidum teneri. *hic & d. l. 2. d. l. 3. §. 1. l. eandem. 9. §. ultim. & l. fin. ff. d. tit. d. l. 1. & 2. C. hoc tit.* ei non adversatur *Authent. hoc ita. C. eod. & Novell. 99. cap. 1.* ex quibus textibus Interpre-

4 tes communiter concludunt, quòd jure novissimo correi debendi in solidum non teneantur; sed habeant beneficium divisionis, si omnes solvendo sive idonei & præsto sint: *Ferrarius, Cantiuncula, Baro, Livius, Mynsinger. Schneidevvin. Giphanius, Borcholt. Rittershusius, & alii in hoc §. Wesenbecius in Paratit. ff. de duob. reis constit. numer. 7. Hænon. disput. 14. controvers. 10. Gædd. in Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 9. conclus. 5. num. 127. Timæus Faber d. th. 4. ad lit. b.* Etenim textus istos tantùm de duobus reis, qui vice mutuâ fidejusserunt, tractare, docent *Cujacius & Antonius Matthæus hic in suis not. Costalius in l. vir uxori. 17. ff. ad SC. Velleian. Donellus in d. Auth. hoc ita. C. hoc tit. Bronchorst. cent 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 90. ed. 1. Baldwin. in Instin. suo pag. 531. D. Collega Becerus class. 2. disp. 15. th. 79. ed. 2. & in hoc §. numer. 3. & 4. pag. 250. Ronchegall. in d. l. 3. §. 1. ff. de duob. reis constit. num. 99. & seqq. Arumæus Exercit. Iustin. 13. th. 9. Schegk. in delibatis jur. disp. 16. th. 8. & Heigius in hoc §. nostro. num. 3. & seqq.* Eandem rem explanatiùs exequuntur Bachovius *in not. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 9. lit. E. pag. 881. cum seq.* Hunnius *ibidem in resolut. quæst. 54. pag. 163. & seq.* Frantzki *exercitat. jurid. 10. quæst. 3. pag. 296. & seqq.* Valentinus Riemer *decad. 10. quæst. illustr. 7.* Rittershusius *in exposit. ad Nov. 99. part. 3. c. 6. per tot. pag. 162. & seqq.* itemque Locamer. *quæstion. juridic. fascic. 36. quæst. 3. & 4.*

§. Ex duobus. 2. & ult.

Ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minùs ab eo, qui purè obligatus est, petatur.

SUMMARIA.

1 *Plures rei promittendi qualiter obligari possint.*
2 *Consideratio l. eandem. 9. §. 1. ff. de duob. reis constituendis.*
3 *Fidejussor aliter, quàm principalis reus, obligari nequit.*

Ait *in hoc §.* Imperator; ex duobus sive pluribus reis promittendi, unum purè, alium in diem, vel sub conditione obligari; & purè obligatum, quamvis aliter correi obligati sint, statim conveniri posse. Idem ait Florentinus *in l. ex duobus. 7. ff. de duob. reis constituend.* Cui non repugnat Papinianus, dum asserit: duos reos debendi non esse, à quibus impar suscepta est obligatio. *l. eandem. 9. §. 1. ff. d. tit.* Nam quicquid hic est imparitatis sive dissimilitudinis, facilè ad paritatem reduci potest. Adveniente etenim conditione, vel die, ambo æqualiter tenentur. Conditio siquidem, cùm semel extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione stipulatio inita esset. *l. potior est. 11. §. 1. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.* Verùm si esset dissimilitudo & imparitas, quæ tolli, aut ad paritatem reduci nequeat: hæc certè obligationem duorum reorum impedire posset: ut, si quis stipuletur, ab altero dolum præstari, ab altero culpâ tantùm. Neque enim fieri potest, ut hi parem causam suscepisse videantur: ac proinde duo rei esse non possunt, à quibus tam impar suscepta est obligatio. Et ita accipienda est *d. l. eandem. 9. §. 1. ff. de duob. reis constituend. Mynsinger. hic num. 3. & Osterman. in suis rationalib. pag. 79.* Cæterùm quod hic dicitur: ex duobus reis unum purè, alterum sub conditione astringi posse: id in reo & fidejussore non obtinet. Fidejussor namque, cùm ejus obligatio sit accessoria, & formam ex principali sumat, aliter, 3

quàm

quàm principalis reus, obligari non potest; hoc est, si reus obligatus sit sub conditione, fidejussor purè obligari nequit. *§. fidejussores ita. 5. vers. item si ille. infr. de fidejussorib. l. Grecè. 8. §. illud commune. 7. ff. eodem. & notat Wesenbecius hic num. 2.*

DE STIPVLATIONE SERVORUM.

Tit. XVIII.

Principium Tituli.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet. Ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati: ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

Summaria.

1 *Continuatio hujus tituli.*
2 *Ejusdem continuationis contra Bocerum defensio.*
3 *Institutiones obtinent vim legis.*
4 *Iurisconsultis de jure respondendi, non jus impugnandi, potestas concessa.*
5 *Cur de stipulatione, & non promissione servorum, hic quæratur.*
6 *Res nostra per servos melior fieri potest: deterior non item.*
7 *Servus juris civilis non capax.*
8 *Consideratio l. consilio. 7. §. ult. ff. de curatoribus furioso, &c.*
9 *Servus ex persona domini caput habet.*
10 *Hereditas persona defuncti vicem sustinet.*
11 *In quibusdam hereditas pro persona non habetur.*
12 *Servus hereditarius usumfructum stipulari non potest.*
13 *Furtum invito domino fieri dicitur.*

1 INdicatum est hactenus, quomodo stipulatio per
homines liberos fiat: nunc consequenter ostendi-
tur, quomodo per servos eadem fieri queat. Cæte-
2 rùm Dn. Collegæ Bocero hic *num. 1. & duob. seqq.*
pag. 254. displicet non solùm hæc communissima
continuatio: sed & Methodus Justinianea. Sanè ju-
stam, absolutamque methodum in universis libris
Justinianéis non ubique rectè observatam esse, ultrò
fatemur: & esset ideo optandum (*scilicet!*) ut tem-
pore Justiniani pro Triboniano Bocerus vixisset,
qui forsitan accuratiorem methodi rationem sequu-
tus fuisset, si potuisset. Verùm quoniam ad hunc us-
que diem non est prodita ab ullo talis methodus,
quâ omnes essent contenti; & ipsi quoque Bocero
nova methodus tentata non ita feliciter successit, ut
in pluribus non peccârit, quàm ipse Tribonianus;
nihil insuper in tam vario multorum aliorum nisu,
& operatione multiplici extat, non solùm quod
Scriptis Justiniani anteferri, sed ne conferri quidem
hoc in genere rectè possit: omnino studiosæ juris
juventuti suadeo, ne se cujusquam consilio ab hisce
Justiniani libris in alia omnia traduci patiatur; ma-
ximè, cùm iis etiam vis legum attributa sit: quam u-
su multorum seculorum confirmatam videmus. *§.*
quas ex omnibus. 6. suprà in proœmio harum Institu-
tionum. Valeant ergo arrogantes isti Censores, & 3
infelices novatores, qui fastidioso & insolente cona-
tu contra ipsum Divum Imperatorem Justinianum
insurgere, ejusque methodum pervertere & everte-
re non verentur. Quid enim, quæso, futurum puta-
mus, admissâ hac interpretandi licentiâ? An ceteri
aliquid in jure nostro relinquetur? An non quidli-
bet ex quolibet poterit effingi? Maneamus igitur
intra terminos: nec nimiùm sapere velimus. Re- 4
spondendi de jure nobis potestas permissa est; non
impugnandi jus, aut abrogandi facultas concessa.
Quid (malum!) Imperatoris officium usurpare te-
merario ac nefario ausu cupimus? *contra l. disputare.*
3. C. de crim. sacrilegii. & l. ult. §. 1. C. de legib. Ideò 5
autem hìc de stipulatione, & non de promissione
servorum quæritur: quia licèt servus ob commu-
nem utilitatem stipulari possit: tamen jure civili,
quo nullam planè personam habet, cujusque parti-
ceps non esse censetur, neque ipse promittendo, ob-
ligatur: neque dominum obligare potest. *§. item in-*
utilis. 6. infr. de inutil. stipul. l. quod si servum. 3. in
princ. ff. ne quis eum, qui in jus vocab. vi eximat. l. li-
beros. 3. in fine. ff. de capite minutis. l. qui testamento.
20. §. servus. 7. ff. qui testam. fac. possunt. l. quod atti-
net. 32. ff. de reg. jur. Tametsi jure prætorio domi-
nus per servum peculiotenus obligetur. *l. 1. & tot.*
tit. ff. de peculio. l. ei, qui servo. 7. l. cum ancilla. 11. &
duab. ll. seqq. C. quod cum eo, qui in aliena potestate
est, &c. §. præterea. 4. infr. d. tit. Ratio, cur promit- 6
tendo servus dominum obligare nequeat, est perspi-
cua: quia res nostra per servos melior fieri potest:
deterior fieri non potest. *l. melior conditio. 133. ff. de*
reg. jur. l. per quos. 59. ff. de pact. l. ult. circa fin. C. de
acquir. & retin. possess. Ac sanè servum ex personâ
domini jus stipulandi habere, eique stipulando ac-
quirere, non ambigitur, *hoc princ. nost. l. 1. & tot. tit.*
ff. hoc tit. Ratio, cur ex personâ domini servus jus
stipulandi habeat, nota est: quoniam per se nec sti-
pulari, nec ullam obligationem contrahere potest.
l. obligari. 43. in fin. ff. de oblig. & act. l. in personam
servilem. 22. ff. de reg. jur. Quid ita? quia servus ju- 7
ris civilis est expers. *d. l. qui testamento. 20. §. servus.*
7. ff. qui testam. fac. poss. d. l. quod attinet. 32. ff. de reg.
jur. Atqui obligatio est juris vinculum, ut supr. *ad*
princip. tit. de obligationib. dictum.

8 Non obstat *l. consilio. 7. §. ult. ff. de curatoribus fu-
rioso, &c. ex quâ lege probatur ; contractus, adeo-
que etiam stipulationem, esse facti. Eâ autem, quæ
facti sunt, in ipsius servi personam cadunt : cùm na-
turalia sint. *§. sed cùm factum. 2. infr. hoc tit.* Non
inquam, obstat. Nam respondetur : stipulationem
& contractus partim facti esse, ratione scilicet ipsius
conventionis ac negocii, quod geritur : partim ju-
ris, ratione obligationis inde natæ : quemadmo-
dum ex illâ ipsâ l. 7. in contrarium adductâ, evinci-
tur. Dum enim Julianus JC. ait, contractus facti
magis esse, quàm juris ; eo satis apertè innuit, con-
tractus non planè facti esse, sed etiam jus aliquod
complecti. Id quod clariùs confirmatur *ex l. si unus.
27. §. 2. ff. de pactis.* ubi expresse, in stipulationibus
9 jus contineri, traditur. Quod si verò dominus, ex
cujus personâ servus caput habet, mortuus est : he-
reditati, aut heredi futuro servus, quod ante aditam
hereditatem indefinitè & generaliter (Aliter namq;
se res habet, si nominatim certo alicui heredi stipu-
letur, qui nondum hereditatem adiit : quo casu
nihil agitur. *l. servus. 35. ff. hoc tit.* Hujusque ratio
est : quia stipulationis tempore, quo vires accipit
stipulatio, heres istius servi dominus non fuit : pro-
indeque extraneo stipulari videtur : quod jure est
prohibitum. *§. alteri. 18. infr. de inutilib. stipulat.*)
10 stipulatus est, acquirit. Et ratio est : quia, *inquit
hic Iustinianus.* hereditas in plerisque personæ de-
functi vicem sustinet. Ratio rationis : quia tametsi
hereditas strictè res est, & non persona. *§. 1. supr. de
reb. corporalibus. & incorporal.* utilitatis tamen causa
receptum est, ut locum defuncti obtineat, adeoque
pro personâ habeatur : ne videlicet post defuncti
mortem, dum hereditas jacet, commoda eorum, quæ
in hereditate sunt, putà fructus, fœtus, partus, &c.
pereant. *Vide eâ de re fusiùs differtantes, Bachovium
in suis not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 2. lit. A.
pag. 815 & Hunnium ibidem in suis resolutionib. quæst.*
11 *16. pag. 81. & seq.* Rectè autem ait hic Imperator,
in plerisque, & Hermogenianus dicit : *in multis
partibus juris hereditas pro domino habetur. l. heredi-
tas. 61. ff. de acquir. rer. domin.* Quia excipiuntur
quædam, in quibus hereditas pro domino, sive pro
personâ non habetur : ut est usus fructus, furtum,
aditio hereditatis, omnes denique causæ, in quibus
12 vivens & vera, non ficta persona, requiritur. Igitur
servus hereditarius, id est, hereditatis, quæ nondum
adita est, usumfructum stipulari nõ potest: cùm usus-
fructus sine vera personâ esse nequeat. *l. usus fructus. 26.
ff. hoc tit.* Sic quoque hereditati furtum non fieri di-
citur. *l. 1. §. Scævola. ff. si is, qui testamento liber esse
13 jussus erit. &c. l. hereditaria. 68. ff. de furtis.* Siquidem
furtum flagitat personam veram, cui fiat : cum
invito domino fieri debeat. *§. furtum autem. 6. infr.
de obligationibus quæ ex delicto nasc. l. qui jumenta. 40.
ff. de furtis.*

§. Sive autem. 1.

Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur : domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

S U M M A R I A.

1 *Quadruplex stipulationum servilium forma.*
2 *Servus domino & ignoranti & invito acquirit : ejusque ratio.*
3 *Servus & filiusfamilias in quibus æquiparentur : in quibus item differant.*
4 *Servus ex domini personâ potestatem stipulandi habet.*

Quadruplex hic forma stipulationum servilium 1
affertur. Aut enim servus domino, aut sibi, aut
conservo suo, aut impersonaliter stipulatur. *l. 1. in
princ. & l. sive mihi. 15. ff. h. t.* Sed quocunque mo- 2
do stipuletur : domino & ignoranti & invito acqui-
rit. *§. 1. sup. de his, qui sui vel alieni juris sunt. l. ac-
quiritur. 10. §. 1. & l. etiam invitis. 32. ff. de acquir.
rer. domin. l. servus. 62. ff de verbor. obligat. l. placet.
79. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Ejusque ratio
est : quia ipse servus, cùm in potestate alterius sit,
nihil suum habere potest. *§. item vobis acquiritur. 3.
vers. ipse enim servus. supr. per quas person. cuique ac-
quiritur. l. homo. liber. 54. §. quidquid. 4. ff. de acquir.
rer. domin. l. ait. prætor. 23. §. 1. ff. ex quibus caus. ma-
jor. &c. l. qui in servitute. 118. ff. de reg. jur.* Idem 3
juris & in filiosfamilias esse Imperator hic affirmat :
ut nimirum quemadmodum dominus per servum,
tanquam instrumentum, acquirit, & ipse stipulatus
esse fingitur : ita & pater per filium, potestati suæ
subjectum, acquirere censeatur. *§. si quis alij. 4. vers.
ei verò, qui. infr. de inutilibus stipulat. l. quodcunque.
45. ff. de verbor. obligat.* Quamvis autem hoc loci
servus & filiusfamilias, quoad acquisitionem, æqui-
parentur : in eo tamen differunt, quòd servus indi-
stinctè quærat domino : at filiusfamilias in peculio
profectitio tantùm, & adventitio, quoad usumfru-
ctum, patri acquirat. *§. 1. supr. per quas person. cuique
acquir. l. cùm oportet. 6. C. de bon. quæ liberis. &c.* Et
hoc est, quod ait hic Imperator in fine : *ex quib. cau- 4
sis acquirere possunt.* Potest & alia inter filiumfami-
lias & servum notari differentia : quòd servus ex
personâ domini (propriam enim non habet) vim ac
potestatem stipulandi capit, *ut suprà initio hujus titu-
li dictum.* Filius autem familias non ex personâ pa-
tris, sed ex suâ jus stipulandi habet : quia est civis
Romanus, ac liber. *l. filiusfamilias. 39. l. obligari. 43. ff.
de obligat. & actionibus. l. cum. filiusfamilias. 49. ff. de
verb. obligat. l. si dubites. 10. §. filiusfamias. 2. ff. de fide-
jussoribus.*

§. Sed

§. Sed cùm factum. 2.

Sed cum factum in stipulatione continebitur: omnimodo persona stipulantis continetur: veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat. *Ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus eius.*

S U M M A R I A.

1 *Servus stipulando acquirit domino ea, quæ sunt juris: & sibi ipsi, quæ sunt facti.*
2 *Ratio istius differentiæ.*

1 Dictum est *in proximè præcedente* §. servum omnia quæcunque sive sibi, sive domino, sive sine adjectione aliquâ stipuletur, domino suo acquirere. Eius hic exceptio affertur. Nam cùm factum est deductum in stipulationem: tunc stipulatio nequaquam domino acquiritur, sed in persona servi tantum consistit: veluti si servus stipuletur, *ut sibi ire agere liceat*. Ipse enim servus tantùm prohiberi non debet, non etiam ejus dominus. Aliud verò est si stipuletur servus, *ut domino ire agere liceat*. Hoc quippe casu domino stipulatio acquiritur: adeoque dominus ipse ex eâ ire agere poterit. *l. stipulatio ista. 38. §. hi, qui sunt. 6. & §. seq ff. de verbor. obligation.* Multùm igitur hac in re jus differt à facto. Servus namque stipulans ea, quæ juris sunt, sive sibi, sive domino stipuletur, semper domino ignoranti & invito acquirit, ut est dominium, aut stipulatio *dabo? §. item vobu. 3. supr. per quas person. cuique acquirit. l. servus vetante. 62. ff. de verbor. obligat.* 2 Ea autem quæ sunt facti, servus stipulans, si quidem domino, acquirit domino: sin sibi, acquirit sibi. *d. l. stipulatio ista. 38. §. hi, qui sunt. 6. ff. eod.* Ratio hujus differentiæ inter jus & factum illa reddi potest: quia facta & naturalia sunt, quorum capax est servus, & personalia, eòque in dominum non transeunt. *l. qui heredi. 44. in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. si statulibera. 6. §. ult. ff. de stat. liber. l. cùm proponas. 3. C. de heredib. instituend. & notat hic Giphanius & Ritterhusius pag. 434.* Ast ea, quæ sunt juris, prorsus in personam servilem non cadunt. *d. l. stipulatio ista. 38. §. hi, qui. 6. ff. de verb. obligat. l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur.*

§. Servus communis. 3. & ult.

Servus communis stipulando, unicuique dominorum pro portione dominij acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est. Tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest: solidum alteri acquiritur: veluti, si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.

S U M M A R I A.

1 *Servus communis acquirit dominis suis pro parte dominicâ.*
2 *Qui plus in societatem confert, etiam plus lucri ferre debet.*
3 *Acquisitionis unica causa est dominium.*
4 *Quibus casibus uni dominorum in solidum acquiratur.*
5 *Nemini res sua acquiri potest.*

Servus communis, id est, qui duorum aut plurium est dominorum, dominis suis non in solidum, neque pro virilibus, & æqualibus partibus; sed pro portione dominicâ, hoc est, quantum quisque eorum juris in servum habet, stipulando regulariter acquirit. *l. servus communis. 5. ff. hoc tit.* Sed exemplo res fit illustrior. Pone ergo: Ego & tu emimus servum communem triginta florenis: quorum ego viginti, tu decem exposuisti. Ego itaque duas portiones in servo habeo: tu tertiam. Jam si servus stipuletur trecentos florenos: non acquirentur tibi centum quinquaginta, id est, portio virilis sive æqualis; sed centum duntaxat: reliqui verò ducenti floreni mihi acquirentur. Ratio & æquitas hujus rei est perspicua: Tum quia is, qui plus in societatem contulit, plus lucri ut ferat, æquum est, *arg. l. si non fuerint 29. in princ. ff. pro socio.* Tum quia acquisitionis unica atque sola causa est dominium. Qui ergo plures partes habet dominii, ei etiam plus acquiretur *notantibus Hunnio hic & Ritterhusio pag. 435.* Cæterùm à prædictâ regula tres excipiuntur casus, quibus non cuique dominorum, sed uni tantum in solidum acquiritur. Primus est: si servus ille jussu unius dominorum stipuletur. *d. l. 5. & duabus ll. seqq. ff. eod.* Iussum etenim prævalet, etiamsi alteri domino servus stipuletur, *per textum elegantem in l. ult. C. per quas person. nob. acquiratur.* ubi Justinianus hanc rationem assignat: *Quia malignitati servorum indulgendum non est, ut liceat eis, domini jussione contemptâ, suâ libidine facere stipulationem, & ad alium dominum, qui eum forsitan corrupit, alienum lucrum transferre.* Secundus est: si servus communis uni ex dominis nominatim stipuletur; putà; *Sempronio aut Titio, hero meo dare spondes? d. l. servus communis. 5. vers. licet autem. l. proinde. 7. §. 1. l. si ex re. 28. §. sicuti. 3. ff. hoc tit.* Tertius est: si rem talem simpliciter stipuletur, quæ alteri ex dominis acquiri non possit: veluti, si domũ, quæ jam est alterius dominorum, alteri stipuletur. Hac enim stipulatione ei, cujus jam est domus, nihil acquiritur, *d. l. proinde. 7. §. 1. l. si communis. 17. ff. eod.* cùm nemini res sua acquiri queat. *§. idem juris. 2. infr. de inutilib stipulat. §. sed si rem. 10. supr. de leg. §. sic itaq. 14. infr. de actionib. l. cùm res. 4. C. de contrah. empt. & vendit. & latius hic explicat Ritterhusius. pag. 435.*

DE

DE DIVISIONE STIPULATIONUM,

Titulus XIX.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes, tàm prætoriæ, quàm judiciales,

§. 1. Iudiciales sunt duntaxat, quæ à mero judicis officio proficiscuntur: veluti, de dolo cautio, *vel*, de persequendo servo, qui in fugâ est, restituendòve precio.

§. 2. Prætoriæ sunt, quæ à mero prætoris officio proficiscuntur: veluti, damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his etiam contineantur ædilitiæ. Nam & hæ à jurisdictione prætoris veniunt.

§. 3. Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur: hoc est, neq; jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium: quarum totidem genera sunt, quot (penè dixerim) rerum contrahendarum.

§. 4. Communes sunt, veluti, rem salvam fore pupillo. Nam & prætor jubet, rem salvam fore pupillo, caveri: & interdum judex, si aliter hæc res expediri non potest, vel de rato stipulatio.

Summaria.

1 *Ratio continuationis.*
2 *Quadrimembris stipulationum divisio.*
3 *Stipulationes judiciales quæ sint.*
4 *Prætoriæ stipulationes quæ sint.*
5 *Satius est, ante tempus occurrere, quam post causam vulneratam, remedium quærere.*
6 *Prætoriis stipulationibus ædilitiæ annumerantur.*
7 *Cur nomine prætoriarum stipulationum ædilitiæ contineantur.*
8 *Lectio §. 2. hujus tituli contra Cujacium &c. defenditur.*
9 *Omnis correctio odiosa & vitanda.*
10 *Stipulationes conventionales quæ sint.*
11 *Earum quot genera.*
12 *Clausula ista (penè dixerim) quid hic importet.*
13 *Quæ sint communes stipulationes earumq; exempla.*
14 *Stipulatio, rem pupilli salvam fore.*
15 *Stipulatio de rato.*

Posteaquam suprà *ad principium numer. 54. & §. omnis. 2. cum seqq. tit. de verb. obligat.* aliquot stipulatioonum divisiones suot propositæ: hoc loco alia divisio, eaque quadrimembris, à causa efficiente sumpta, expooitur. 1
Nam stipulationum aliæ suot judiciales: aliæ prætoriæ: aliæ conveotionales: aliæ commuoes, tam prætoriæ, quàm judiciales. 2
Vide aliter sentientem Timaum Fabrum disput. 23. ad Institut. Imperiales. th. 5. Judiciales stipulationes *hic & in l. stipulationum. 5. ff. de verb. oblig. (ex quâ l. hic totus tit. ad verbum ferè est descriptus)* dicuntur, quæ à mero sive solo judicis officio, id est, jussu & interlocutioue, proficiscuntur: hoc est, quarum auctor est judex à prætore datus, uon verò prætor ipse; nec partes inter se litigantes, *ut rectè explicat Cujacius in d. l. 5. in princ. ff d. tit. eumque refert Borckolt. num. 2.* Verbi gratiâ: *cautio de dolo*, est judicialis stipulatio. Etenim illa plerumque in judiciis, jubente judice, præstari solet: ut, si Sempronius rem à fure, aut quovis alio vindicet, & metuat, ne pendente judicio res à fure corrumpatur; reus cavere, *de dolo abfuturo in re restituendâ*, per judicem, cogitur. *l. præterea. 20. l. si homo. 54. ff. de rei vindicat. l. creditor. 15. ff. de pignoratic. act. Giphan. hic in vers. veluti de dolo cautio, &c.* Sic quoque judicialis est stipulatio, *cautio de persequendo servo, qui in fugâ est.* Haoc siquidem cautiouem sæpe judex interponi curat: veluti, si legatarius servum sibi legatum ab herede petat: heresque eum in suâ potestate esse, ut quia sit io fugâ, oeget: heres à judice servum suis sumptibus requirere, & legatario rest tuere, aut precium ejus præstare jubetur. *l. cùm servus. 39. l. servo legato. 69. §. ult. ff. de leg. 1. l. item si. 14. §. quid si homo. ff. quod met. caus. gest. erit. l. si filiofamilias. 25 §. si qui dotalium ff. soluto matrimonio.* Idem & de aliâ qualibet re absente inquirendâ, exhibendâ, & restituendâ sentiendum est, *argum. l. solutione. 18. ff. ad exhibend.* Præter istas cautiones sive stipulatooes judiciales, suot & quædam aliæ: ut cautio indemnitatis: *l. ipsi quoque. 19 l. à quo servus. 58. ff. de rei vindicat.* ut cautio de refuodeudo, deque solvendo certo loco, vel tempore, &c. *l. sed si damnum 9. §. fin. l. ex facto. 52. in fin. ff. de pecul. l. quod si Ephesi. 4. §. 1. ff. de eo, quod certo loco, &c.*

Prætoriæ stipulationes sunt, quæ à mero prætoris officio proficiscuotur: hoc est, quarum auctor est ipse prætor: sive, quæ non apud specialem judicem sed apud Magistratum petuntur, & ejus auctoritate jussu, atque imperio interponuutur: cujusmodi est stipulatio damni iofecti, & legatorum. *§. 2. hoc tit. d. l. stipulationum. 5. in princ. ff. de verb. obligat.* Priore quis periculum arborum, loci, operis, ædiumvè vicinarum, ruinam minantium, evitare potest, *tot. tit. ff. de damno infect.* Alterâ utuntur legatarij stipulaotes ab herede, cujus de fide dubitant, de legatis aut fideicommissis rectè præstandis. *l. filiusfamilias. 114. §. iidem Principes. 12. ff. de legat. 1. & tot. tit. ff. ut legator. nom. caveat.* Melius enim, & satius est, 5
ante

ante tempus occurrere, quàm post causam vulneratam, id est, damnum acceptum, vel legatum ab herede consumptum, remedium quærere. *l. ult. C. in quibus caus. in integr. restit. necessar. non est.* Cæterum plures stipulationes seu cautiones prætoriæ cognosci poterunt *ex tit. ff. de prætorijs stipulat. & tribus tit. sequentibus* item *ex tit. usufructuarius quemadmod. caveat. & titul. si cui plus, quàm per leg. Falcid. licuerit. legatum esse dicetur. cum similibus.* Vide Riemerum *decad. 10. quæst. illustr. 3.* Planè prætoriis
6 stipulationibus & ædilitiæ annumerantur. *d. §. 2. vers. prætorias hoc tit.* Nam jus ædilitium juris prætorij portio est. *§. præterum. 7. vers. proponebant. supr. de jur. nat. gent. & civil.* Sunt autem ædilitiæ cautiones, quæ de morbis, aut vitijs venalium rerum interponuntur: quarum præcipua est, *cautio sive stipulatio dupla*, de qua *in tit. ff. de evictionibus & dupla stipulat.* Verbi gratiâ: si vendo mancipium, vel equum, & emptori repromitto, si quid occulti vitii in equo vendito inventum fuerit, aut si evincatur, me duplum soluturum. Venditor enim non solum si quid vitij insit, clarè prædicere; sed eo etiam nomine cavere debet. *l. si venditor. 28. & l. itaque. 32. ff. de ædilit. edict. l. emptori. 37. ff de evictionibus.*
7 Cur verò nomine prætoriarum stipulationum etiam ædilitiæ contineantur, Justinianus hic *in d. §. 2. ad finem.* hanc rationem subjungit: *quia* (inquit) *&*
8 *hæ ædilitia à juris dictione prætoris veniunt.* Ubi admonendi sumus: Jacobum Cujacium *in prællegatâ l. stipulationum. 5. ff. de verb. obligat.* ibique Donellum *num. 15.* Francisc. Hotomanum *hic enunciat. 5.* Johannem Borcholten *numer. 8.* Aussardum, Baronem, Bachovium *pag. 760.* itemque Tuningium *pag. 575.* & Petrum Heigium *numer. 14. cum seqq.* & alios nonnullos Interpretes neotericos putare: verbum, *prætoris* hic expungendum esse: tum quia neque *in d. l. 5 ff. de verb. obligat.* neque in Theophilo extet: tum quia ædilitiæ à jurisdictione, non prætoris, sed ædilium veniant. *l. 1. in princ. d. l. si vendi-*
9 *tor. 28. & l. ædiles. 38. ff. de ædilic. edict.* Verum nihil hoc loco delendum, aut corrigendum esse videtur: cum quia omnis correctio odiosa, ac ea propter vitanda est. *c. cùm expediat. 29. ext. de elect. in 6.* tam quia jus ædilitium pars est, & quasi supplementum juris prætorij. *d §. prætorum 7. vers. proponebant. supr. de jure nat. gent. &c.* Et ita quoque, *post Giphanium à se citatum*, non obscure sentit D. Rittershusius *hic pag. 438. circa finem.* Sed vide vacillantem D. Bocerum *hic num. 14. pag. 260.*

10 Conventionales stipulationes dicuntur? quæ neque prætoris, neque judicis auctoritate, sed ipsorum reorum, id est, partium inter se contrahentium voluntate interponuntur: & ex earum pacto & placito sive conventione (quæ legem dat contractui. *l. contractus. 23 & l nec ex prætorio. 27. ff. de reg. jur. contractus. 85. eod in 6.*) substantiam capiunt, *§. c. conventionales. 3. hoc tit. d. l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales. ff. de verb. obligat.* Licèt enim prætoriæ quoque & judiciales stipulationes aliquam voluntatem ac conventionem habeant: cùm nulla stipulatio sine conventione & consensu contrahatur. *l. in omnib. 55. ff. de obligat. & actionib.* quia tamen in judicialibus ac prætoriis voluntas & consensus non est spontaneus; sed ad prætoris jussum interponitur, adeòque necessarius censetur: rectè nomen conventionalium stipulationum prætoriis & judicialibus non imponitur. Et harum conventionalium stipulationum tot genera sunt, quot (penè dixerim) 11
rerum contrahendarum, id est, obligationum seu negociorum, quæ contrahi possint: hoc est, sunt infinita atque innumerabilia. Nam & negociorum & pactionum, quibus confirmandis stipulationes frequentissimè adhibentur, innumerabilia sunt genera. *d. l. 5. in princ. ff. de verb. obligat. juris gentium. 7. §. quod fere. 12. ff de pact. l si stipulatus. 4. ff de usur. l. 1. §. & sciendum. 4. ff. de stipulat. prætoriis. Paul. lib. 5. sentent. tit. 7.* Atque isthæc infinitas sive multitudo rerum contrahendarum in causa esse videtur, cur conventionalium harum stipulationum exempla nulla hic ponantur: cùm tamen priorum exempla sint adducta: quia scilicet planè non est necesse. Nemo quippe tam imperitus est, qui non aliquos saltem, si non omnes, quibus obligatio contrahitur, modos teneat. Ex his quisque, si velit, exemplum sibi sumat: & quodcunque genus obligationis contrahendæ adhibuerit, non erraverit. *Idque uberiùs explicat Donellus ad d. l. stipulationum. 5. num. 16. & seqq. ff. de verb. obligat.*

Porrò autem cum Imperatore hic *in §. 3. & Pom-* 12
ponio in d. l. 5. in princ. vers. conventionales. ff. d. tit. cautè addimus clausulam istam, *penè dixerim.* Isthæc quippe clausula eò pertinet, ut intelligamus: quasdam esse res, de quibus contrahi possit, & quæ tamen in stipulatum deduci nequeant: uti res sacræ, religiosæ, liberi homines, &c. quandoque vendi possunt. *l. & liberi. 4. l. liberi hominis. 70. ff de contrah. empt.* ast in stipulationem venire haud possunt. *§. idem juris. 2. infr. tit. proxime, & tradit Rittershusius in d. §. conventionales. 3. hoc tit. pag. 439.*

Communes denique stipulationes dicuntur: quę, 13
rebus ita exigentibus, modò jubente prætore, modò jubente judice interponuntur: cujusmodi stipulatio est, rem pupilli salvam fore. *§. ult. hoc tit. d. l. 5. in princ. vers. communes sunt. ff d. tit.* Nam hæc inter- 14
dum ex jussu prætoris interponitur, interdum ex jussu judicis. Ex jussu seu officio prætoris interponitur: cum pupillus, vel alius pupilli nomine hanc cautionem, nullo judicio suscepto, per tutorem præstari ultro desiderat, quo res pupillares per eam salvæ remaneant, & in tuto constituantur. Ad quam cautionem præstandam à prætore tantum, vel alio magistratu, non verò à judice tutor compelli potest. Quoties enim eam tutoribus prætor iniungit: non judicis, sed magistratûs officio fungitur. Nullo namque judicio adversus tutorem pendente, nullâ etiam causæ cognitione adhibitâ: cautio ista per prætorem decerni-

decernitur. A judicis autem jussu & officio hæc cautio sive stipulatio proficiscitur: cum lis jam contestata est, & judicium susceptum: ut, si tutor cum pupillo litem instituerit, & ei pupillus objecerit, nondum ab eo cautionem esse præstitam. Hoc casu tutor jussu judicis cogetur, aut illam præstare, aut nomen & officium tutoris omittere, *arg. l. si impuberi. 13. in princ. ff. de tutorib. & curatoribus. datis ab his, &c. l. 3. & l. ult. C. de tutore vel curatore, qui satis non dedit.* Sic quoque stipulatio seu cautio *de rato,* sive *rem ratam haberi*, est communis. *§. ult. in fine.*
15 *hoc tit.* Nam ad eam præstandam, procurator alieno nomine agens, etsi ut plurimum per prætorem; interdum tamen etiam per judicem compellitur. Si ante litem contestatam cautio ista exigitur: citra controversiam prætoria est: cum à prætore injungatur. Si verò post litem demum contestatam petitur: est judicialis. Judex siquidem hoc casu illam ex officio suo decernit. Cæterum hanc rem, *post Interpretes hic*, latissimè persequuntur *Alciatus & Donellus ad d. l. 5. num. 19. & seqq. ff. de verbor. obligat. Gæddæus in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 22. numer. 302. cum aliquot seqq. & Detlevus Langebeckius in suis annotationibus ad leges aliquot perdifficiles. cap. 6.*

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

TIT. XX.

Princip Tit. cum §. 1. & 2.

Omnis res, quæ dominio nostro subiicitur, in stipulationem deduci potest: sive mobilis sit, sive soli.

§. 1. At si quis rem, quæ in rerum naturà non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit: veluti, Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat: aut hippocentaurum, qui esse non possit: inutilis erit stipulatio.

§. 2. Idem juris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani juris esse credebat: vel rem publicam, quæ usibus populi perpetuò exposita sit, ut forum, vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuerit; vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest, & res sua stipulatoris esse desinere potest: sed protinus inutilis est. Item contrà licèt initiò utiliter res in stipulationem deducta sit: si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus suprà dictum est, sine facto promissoris devenerit: extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit: *Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes?* & similis. Quæ enim naturà sui dominio nostro exempta sunt: in obligationem deduci nullo modo possunt.

S U M M A R I A.

1 *Ordinis ratio.*
2 *Contraria juxta se posita magis elucescunt.*
3 *Inutiles stipulationes quæ dicantur.*
4 *Quæ res in stipulationem deduci possint, vel non possint.*
5 *Impossibilium nulla obligatio.*
6 *Ubi res ipsa non debetur, ibi nec debetur ejus æstimatio.*
7 *Ratio diversitatis, cur liber homo, res sacra, religiosa, &c. in stipulationem deduci nequeant: emptio vero & venditio earum rerum subsistat.*
8 *Quædam res commercio non in universum, sed respectu aliquarum solummodo personarum sunt exempta.*
9 *Iudæus servum Christianum inutiliter stipulatur: ut & præses provinciæ rem provinciæ em.*
10 *Nemo potest sibi rem suam stipulari: hujusque ratio.*
11 *Si res commercio hominum exempta, &c. promissa eum in statum perveniat, à quo incipere potuisset stipulatio, nihilominus inutilis censetur.*
12 *Stipulatio non secundùm jus futuri, sed præsentis temporis, æstimari debet.*
13 *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit.*
14 *Quando rei suæ stipulatio valeat.*
15 *Stipulatio rei suæ distat à stipulatione rei sacræ, &c.*
16 *Ratio hujus differentiæ duplex.*
17 *Si res incidat in eum casum, à quo non potest incipere, vitiatur stipulatio: ejusque ratio.*
18 *Mens & sententia l. si grege legato. 22. ff. de legat. 1.*

HUc usque abundè ostensum est, quomodo sti- 1
pulationes rectè ac utiliter concipiantur; quomodo item dividantur: nune, quia contraria juxta 2
se posita sive conjuncta magis elucescunt, seque invicem illustrant, *argument. princ. tit. supr. de tutel. & princ. tit. sub. de his, qui sunt sui vel alieni jur. l. 1. ff. eod. l. Pomponius 40. §. sed & si. ff. de procuratoribus l. & si contra. 35. in fine ff. de vulg. & pupill. substit. & similium.* explicandum est, quomodo inutiliter sive nulliter contrahantur. Inutiles autem censentur sti-
pulationes, vel ob materiam, resque, quæ in stipu- 3
lationem

lationem deducuntur, cùm deduci non poſſint, *ut in §. 1. & 2. & 21.* vel ob cauſæ efficientis defectum, putà diſſenſum. *§. 22.* defectumvè perſonarum, quæ obligari nequeunt, *ut in §. 3. 4. 6. & 4. ſeqqqq.* vel ob vitium formæ & acceſſionum, quæ ſtipulationi inutiliter adjiciuntur, *ut in §. 5. 11. & cæteris.* Omnes
4 porrò res, quæ dominio noſtro ſubjiciuntur, hoc eſt quæ propriæ noſtræ fieri poſſunt (dominium quippe nihil aliud eſt, quàm proprietas. *l. ſi procurator. 13. in pr. ff. de acquir. rer. domin.*) in ſtipulationem rectè poſſunt deduci; ſive mobiles ſint, ſive ſoli, hoc eſt, immobiles, *auctore hic Iuſtiniano.* Cùm enim acquirendarum rerum cauſa ſtipulationes inſtitutæ ſint: conſentaneum eſt, ut ad omnes quoque omnium rerum acquirendarum modos accommodari poſſint, *docente Hotomano hic enunciat. 1.* Res igitur, quæ in rerum naturâ non ſunt, ut res extinctæ; & in rerum naturâ eſſe non poſſunt, ut Hippocentaurus, Sphinx, Pegaſus, Chimera, &c. (de quibus, & ſimilibus fabuloſis monſtris, videantur, *poſt Interpretes hic variè ſentientes Plinius lib. 7. cap. 3. & lib. 10. c. 49. Claud. Galen. lib. de uſu. part. 3. Coraſius lib. 5. miſcellan. jur. civ. c. 2. Covarruv. lib. 4. var. reſolut. c. 2. Alciatus lib. 9 parerg. c. 13. Natalis Comes Mytholog. lib. 6. c. 16. & lib. 7. c. 4. hoſque laudans Henricus Salmuth. in Not. ad lib. 1. rer. memorabil. Guidonis Pancirolli tit. de equis. pag. 466. & ſeqq.*) item res ſacræ, religioſæ, publicæ & liber homo, cū dominio noſtro ſubjici, & proprietatis jure nobis acquiri non poſſint; ſtipulatione comprehendi nequeunt. Quicunque ergo res ejuſcemodi ſibi dari ſtipulatur: palam eſt, inutilem eſſe ſtipulationem. *§. 1. & 2. hoc tit. §. ſacra. 8. ſupr. de rer. diviſ. l. 1. §. ſi id, quod. 9. ff. de oblig. & actionibus l. ſi ſtipulor. 35. in princ. l. ſi homo. 69. l. inter ſtipulantem. 83. §. ſacram, 5 & l. liber homo. 130.*
5 *ff. de verb. obligat.* Hujuſmodi ſiquidem res, vel per rerum naturam, vel per juris impoſſibilitatem præſtari non poſſunt; ita ut meritò ſtipulatio earum nullius momenti cenſeatur. Impoſſibilium enim nulla eſt obligatio. *l. impoſſibilium. 185. ff. de reg. jur. §. ſi impoſſibilis. 11. infr. hoc tit. l. Mævius 55. ff. de condit. & demonſtrat. l. cum heres. 4 §. ff. de ſtatulib. non ſolum. 31. ff. de oblig. & act. l. impoſſibilis. 7. & l. ſi ſtipulor. 35. in pr. ff. de verb. oblig.* Sed quæritur: an ſtipulatio hactenꝰ ſaltem valeat, ut æſtimatio iſtarū rerū in ſtipulationem deduci debeatur? Et ne æſtimationem quidē ex eâ ſtipulatione deberi, non ſine ratione ſtatuitur. Tum quia ubi res ipſa omnino non debe-
6 tur, ibi nec ejus deberi æſtimationem, certum eſt. *§. non ſolùm. 4. ſupr. de legat. l. cùm ſervus. 39. §. ult. ff. de legat. 1.* Tum quia nihil ex ſtipulatione debetur, niſi quod ſtipulatione eſt comprehenſum, *l. quicquid adſtringendæ. 99. ff. de verb. obligat.* At verò hic res tantum ſunt promiſſæ, non æſtimatio rerum. Ideoque indubitatum eſt, ne quidem æſtimationem illarum rerum, quæ vel per rerum naturam, vel per juris impoſſibilitatem præſtari non poſſunt, ex ſtipulatione iſthac deberi. *Quod paulò fuſius, contra Percium diſſentientem, probat Bachovius hic num. 1. pag. 763.* Hucque referri poterunt, quæ annotavimus *ad d. §. non ſolùm. 4. ſupr. de legat. num. 13. & ſeqq.* Enim verò res futuras, licet in rerum naturâ adhuc non ſint, velut id, quod in utero eſt, aut fructus futuri; quia tamen eſſe poſſunt, & futuræ ſperantur: in ſtipulationem deduci poſſunt. *l. interdum. 73. in pr.* 7
ff. de verb. obligat. Quamvis autem liber homo, res ſacræ, religioſæ, &c. in ſtipulationem prorſus deduci nequeant: emptionem tamen & venditionem earum rerum bonâ fide factam conſtare, haud incogniti juris eſt. *l. & liberi. 4. & duab. ll. ſeqq. ff. de contrah. empt.* Ratio diverſitatis inter ſtipulationem & emptionem hæc reddi poteſt: quia in ſtipulatione id agitur, ut dominium omnimodo transferatur. *l. ubi autem. 75. §. ult. ff. de verb. obligat.* in emptione non item. Neq; enim venditor cogitur dare, aut emptorem facere dominum, ſed tantum rem tradere, & evictionem præſtare. *d. l. 4. ff. de contrah. empt. l. ex empto. 11. §. 2. l. ſervus. quem. 30. §. 1. ff. de act. empt.* Atqui liber homo, & res ſacræ in dominio eſſe non poſſunt: haberi autem & poſſideri poſſunt. Ratio verò, cur liberi hominis, rei ſacræ, vel publicæ venditio in jure permittatur, ſi emptor ignoret, hæc eſſe videtur: ne ſcilicet libertas commerciorum impediatur, *argum. l. juſto errore. 44. ff. de uſurpat. & uſucap.* Sanè ſunt res nonnullæ, quæ commercio non in univerſum, ſed reſpectu aliquarum duntaxat perſonarum ſunt exemptæ: de quibus rebus dicendum, quòd eæ quoque in ſtipulationem deduci non poſſint. Quod ta- 8
men intelligendum eſt procedere, ſi ſtipulator rei commercium non habeat. Nam rem, cujus commercium non ſtipulatori, ſed promiſſori tantùm eſt interdictum, in ſtipulationem utiliter deduci, haud dubium eſt. *l. multùm intereſt. 34. ibique Cujacius, Duaren. & Donell. ff. de verb. oblig. l. mortuo bove. 49. § 2. & 3. ff. de legat. 2.* Hinc mancipium Chriſtianum eſt quidem in commercio, ſed non in Judæorum. *tot. tit. C. ne Chriſtianum mancipium hæret. vel judæus, vel pagan. hab.* Quapropter ſi Judæus ſervum Chri- 9
ſtianum ſtipuletur: inutilis eſt ſtipulatio: quia mancipium Chriſtianum Judæo ſubjici non poteſt. Sic præſidi provinciæ rem provincialem in ſuâ provinciâ comparare, aut ſtipulari non licet. *l. qui officij. 62. ff. de contrah. empt.* Quia licèt res iſta provincialis in aliorum ſit commercio: non tamen eſt in commercio præſidis; id eſt, præſes rem illam acquirere & poſſidere non poteſt: etiamſi ab alio acquiri & poſſideri poſſit. *l. principalibus. 33. ff. de rebus credit. l. 3. C. ſi cert. petat.* Et hoc eſt, quod ait Juſtinianus hic in §. 2. *cujus* (ſcilicet rei) *commercium non habuerit*: ſolus videlicet ſtipulator, non promiſſor. *d. l. multùm intereſt. 34. ff. de verb. obligat. Sed vide id explicatiùs pertractantes Iohannem Bercholt. in Commentar. de verb. obligat. cap. 5. numer. 13. cum ſeqq. Gœddæum in Commentar. de contrah. & committ. ſtipulat. capit. 6. concluſ. 10. numer. 112. cum ſeqq. & alios, quos laudavimus in d. §. non ſolùm. 4. numer. 22. ad finem.*

10 *supr. de legatis.* Porrò quemadmodum quis non re-
ctè stipulatur rem, cujus commercium non est, aut
cujus commercium non habet: ita quoque inutilis
stipulatio est, si quis rem suam dari stipuletur. *d. §. 2.*
ibi, vel rem suam dari &c. hoc tit. l. nemo rem. 82. *ff.*
de verb. obligat. Hujusque manifesta ratio est: quia
per stipulationem dandi quæritur dominium. *d. l.*
ubi autem. 75. *§. fin. ff. eod.* At quod jam antè meum
est, & dominii ac proprietatis jure ad me spectat,
ampliùs meum fieri, & proprietatis ac dominii jure
mihi acquiri nequit. *§. sed si rem.* 10. *supr. de legat. §.*
sic itaque discretis. 14. *infr. de actionib.*

11 In tantum autem stipulatio, in quam res impossi-
biles, vel commercio hominum exemptæ, vel quæ
stipulatoris anteà sunt, deducuntur, inutilis judica-
tur: ut ne postea quidem convalescat, si res promis-
sa eum in statum pervenerit, à quo incipere stipula-
tio potuisset; putà si res sacra, vel religiosa postmo-
dùm fiat profana, publica fiat privata, liber homo
fiat servus, vel si res, quæ stipulatoris fuit, ejus esse
desinat, aut stipulator commercii capax fieri inci-
piat. *§. idem juris.* 2. *vers. nec in pendenti. hoc tit. no-*
stro d. l. inter stipulantem. 83. *§. sacram.* 5. *ubi Bartol.*
Bald. Ludovicus Roman. Fulgos. Iason. Alciat. Dua-
12 *ren. & Donellus. ff. de verb. obligat.* Ratio, cur stipu-
latio isthæc protinus inutilis sit, nec convalescat, est
perspicua: Tum quia non secundùm futuri tempo-
ris jus, sed secundùm præsentis æstimari debet sti-
pulatio, *ut ait Venulejus IC. in l. continuus.* 137. *§. cùm*
quis. 6. *in fine. ff. d. tit. & notat Giphanius hic in d.*
13 *vers. nec in pendenti, &c.* Tum quia quod ab initio
vitiosum est, tractu temporis non convalescit. *l. 1. ff.*
de reg. Caton. l. quod initio. 29. *l. omnia, quæ.* 201. *&*
14 *l. quæ ab initio.* 210. *ff. de reg. jur.* Enimverò rem suam
sub conditione quis rectè stipulatur, hoc modo: si
mea esse desierit. *l. si rem meam.* 31. *ff. de verb. obli-*
15 *gat. l. existimo.* 61. *ff. de contrah. empt.* Proindeque in
hoc stipulatio rei meæ distat à stipulatione rei sacræ,
religiosæ, publicæ, aut liberi hominis: quòd nimi-
rum stipulatio rei meæ pura non valeat, sub condi-
tione valeat: stipulatio verò rei sacræ, religiosæ, pu-
blicæ, vel liberi hominis, nec purè valeat, nec sub
conditione. *d. l. continuus.* 137. *§. cùm quis.* 6. *ff. de*
16 *verb. oblig.* Ratio differentiæ hæc est: quia neque
civile, neque naturale est, casum adversamque for-
tunam spectari liberi hominis: hoc est; quia omi-
nosum, impium, inhumanum & invidiosum est, sti-
pulationem concipere eum in finem; ut res sacra seu
religiosa profanetur, vel publica efficiatur privata,
vel liber homo redigatur in servitutem. *d. l. inter sti-*
pulantem. 83. *§. sacram.* 5. *post medium. ff. de verb. ob-*
ligat. At non item turpe vel ominosum est expecta-
re, ut res à dominio meo abeat, & mea esse desinat.
Siquidem non semper eâ mente res comparatur, ut
perpetuò mea maneat. *Borcholt. hic in fine.* Aliam
differentiæ hujus rationem adfert Imperator Justi-
nianus *in d. §. idem juris.* 2. *vers. at nec statim. hoc tit.*
his verbis: *Quæ enim naturâ sui dominio nostro ex-*
empta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.
Quasi dicat Imp. liberi hominis, rei sacræ, religiosæ
& publicæ stipulatio, sive purè facta, sive ita, *cùm*
servus erit, cùm profana vel privata erit, nunquam
valet: quia liber homo, res sacra, religiosa & pu-
blica sui naturâ sunt extra commercium. At res mea
per se extra commercium non est: sed mihi tan-
tùm, quamdiu est mea, commercium ejus est inter-
dictum. Unde & Paulus ait: ea duntaxat, quæ
naturâ sui possibilia sunt, in obligationem dedu-
cuntur. *d. l. inter stipulantem.* 83. *§. sacram.* 5. *vers.*
sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. Cæterùm ut 17
vulgaris regula est, quòd initiò vitiosum, postea
non convalescat. *d. l. quod initio.* 29. *& similibus. ff.*
de reg. jur. cujus regulæ exempla superiùs, *num. 11. ex*
d. §. 2. vers. nec in pendenti hoc tit. sunt exposita: ita
huic contraria est regula: quòd initiò non vitiosum,
si postea in vitium, id est, in eam causam incidat,
à quâ incipere nequit, extinguatur & evanescat.
l. existimo. 98. *in fine principii. & l. penult. §. ussi.* 2. *ff.*
de verbor obligat. l pro parte. 11. *ff. de servitutib. l. 3.*
§. ultim. ff. de his, quæ pro non scriptis habent. Ejus
exemplum afferunt in stipulatione *hic in d. §. 2. vers.*
item contrà &c. hoc tit. & d. l. existimo. 98. *in princ.*
ff. de verb. obligat. Et ratio hujus regulæ evidens est:
quia res ob tale vitium dari sive præstari non pot-
est. *l. si stipulor.* 35. *ff. d. tit. Giphan. hic in d. vers.*
item contra, &c. Eamque regulam latiùs explicui-
mus *ad principium tit. supr. de hereditatib. quæ ab in-*
test. defer num. 242. *& num.* 298. *& seq.*

Isti autem regulæ non obstat Pomponii respon- 18
sum *in l. si grege legato* 22. *in fine. ff. de legat.* 1. ubi et-
si insula legata combusta est, adeoque ad eum casum
res pervenisse videtur, à quo incipere non potest:
nihilominus tamen legatum adhuc subsistit, & ha-
ctenus valet, ut area saltem vindicari per legatarium
possit. *Nam respondetur:* insulâ combustâ, lega-
tum non censeri eum in casum incidisse, à quo inci-
pere non potest: cùm area, pars insulæ principalis &
maxima, adhuc supersit. Proinde insula non intel-
ligitur esse extincta, cujus pars præcipua in rerum
naturâ esse nondum desiit. At prædicta regula eo de
casu est accipienda, quo res vel penitus fuit extin-
cta, vel saltem ita sublata, ut pars ejusdem principa-
lis superstes non fuerit. *Atq. hæc responsio clarescit ex*
l. qui res suas. 98. *§. aream.* 8. *vers. non est his simile ff.*
de solutionibus.

§. Si quis alium. 3.

Si quis alium daturum facturumvè quid promiserit: non obligabitur; veluti, si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quòd si effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, obligatur.

SUM-

SUMMARIA.

1 *Promissio facti alieni est inutilis: hujusq; triplex ratio.*
2 *Culpa est, immiscere se rei alienæ.*
3 *Fidejussores quatenus pro alio intercedendo obligentur.*
4 *Consideratio l. ex empto. 11. §. qui autem. 18. ff. de actionib. empti.*
5 *Quibus casibus facti alieni promissio admittatur.*
6 *Si promissor non præstiterit, quod promisit: in id, quod interest stipulatoris, tenebitur.*
7 *An & quatenus per stipulationem Notarii, aliquod jus absenti acquiratur, remissivè.*

1 SI promissor non de se ipso, sed de alio promittat, eum daturum aut facturum, stipulatio inutilis est, *hoc §. nostro. l. stipulatio ista. 38. in princ. cum §. 1. & l. inter stipulantem. 83. in princ. ff. de verb. obligat.* Ejusque ratio hæc est: tum quia inter stipulantem & promittentem negocium contrahi oportet; & de se quisque, non alio promittere debet. *d. l. 83. in pr. ff. eodem.* Tum quia omnes obligationes ex nostrâ personâ, non alterius, initium ut sumant, necesse est.
2 *l. quæcunq. 11. ff. de obligationibus & actionibus.* Tum etiam, quia culpa est, immiscere se rei alienæ, sive ad se non pertinenti. *l. culpa est. 36. ff. de reg. jur. Vide Timeum Fabrum disp. 21. ad Institut Imperial. th. 7.*
3 Cui non obstat, quòd fidejussores pro alio intercedendo videntur promittere; eum, pro quo intercesserunt, daturum aut facturum: & tamen fidejussores obligari, minimè ambigitur. *tot. tit. infr. de fidejussoribus.* Nam responsio facilis est: fidejussores non aliter teneri, aut obligari, quàm si se quid daturos, vel facturos promittant. Siquidem reum principalem daturum vel facturum aliquid, frustrà promittunt: quia factum alienum inutiliter promittitur, auctore Hermogeniano *in l. sicut reus. 65. ff. de fidejussoribus.*
4 Similiter non refragatur *l. ex empto. 11. §. qui autem. 18. ff. de actionib. empti.* ex quâ evinci potest; eum, qui generaliter, ab omnibus non fieri, quò minus emptori habere liceat, promittit, non ex suo tantùm, suorumque heredum, sed aliorum etiam facto obstringi. *Etenim* ad illam legem respondetur: promissionem generalem de omnibus personis factam, ab ea, quâ promissor suam suorumque heredum duntaxat personam obligavit, in hoc differre: ut nimirum illâ promissor ex cujuscunque alterius impedimento adstringatur, per quem fit, quo minus emptori, eidemque stipulatori habere liceat: hac verò promissor pro suo suorumque heredum tantùm facto obligetur. Cæterùm an generaliter de omnibus promittens, pro extraneatum personarum facto ac impedimento semper teneatur, nec ne: in illâ lege non est expressum, aut dispositum. Itaq; ex aliis legibus id supplendum est, & cognoscendum; quando promissor etiam nomine aliorum obligetur. Id autem disertè cautum reperitur *in d. l. stipulatio ista. 38. §. 2. ff. de verb. obligat.* ubi Ulpianus tradit: promissorem ex generali istâ promissione ita demum astringi, si stipulationi pœnam stipulator apposuerit, quam promissor promittat se daturum, si per alios factum erit: secus est, si pœna adjecta non fuerit. Quod igitur ex oppositâ lege infertur: stipulationem istam etiam ratione extraneatum personarum promissorem obligare: id ex aliis juris locis explicandum est, ut tum procedat, cùm stipulator pœnâ appositâ factum alienum à promissore fuerit stipulatus. Ad eam namque promissor tenebitur, vel ad id, quod interest. *d. l. stipulatio ista. 38. §. 2. & l. quotiens 81. ff. d. tit.* 5

Præterea quod dictum est, stipulationem illam, quâ promissor alium daturum facturumvè promittit, esse invalidam: id non obtinet, ubi quis spopondit, se effecturum vel curaturum, ut alius daret, vel faceret, *hoc §. nostro. in fine.* Hujusque ratio est: quia is, qui promittit, se curaturum sive effecturum, ut alius det, vel faciat; non alienum, sed suum factum promisisse videtur: adeoque tam suo, quàm heredum suorum nomine obligatur. *l. quotiens quis. 81. in princ. d. l. stipulatio ista. 38. in princip. ff. de verb. obligat. l. si pactum. 9. ff. de probationib. l. veterum. 13. C. de contrah. & commut. stipulatione.* Quare si non præstiterit hic promissor, quod promisit: in id, 6
quod interest stipulatoris, tenebitur: veluti in aliis faciendi obligationibus. *l. stipulationes non dividuntur. 72. in princip. vers. Celsus tamen ff. de verb. obligat. l. si quis ab alio. 13. §. ult. ff. de re judic. & similibus, suprà adductis ad principium tit. de verbor. obligat. num. 57. & notant hic Mynsinger. num. 2. cum seq. Schneidevvinus num. 7. cum seq. & Heigius num. 11. & seqq.* Qui & alios casus, quibus facti alieni promissio admittatur, diligenter explicant. Vide eâ de re quoque Bachovium *in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 2. lit. G. & H. vers. tanta est hujus, &c. pag. 810. & seqq.* Paulum Æmilium Gallum *in tract. de exceptionib. in success. tam ab intestat. quàm ex testam. part. 1. tit. 2. except. 4. num. 4. & subseqq. fol. 88.* Meichsnerum *lib. 1. decis. 21.* D. Besoldum *in delibatis jur. ex lib. 43. Pand. quæst. 8. pag. 170.* & Antonium de Gamma *Decis. Lusitan. 32. num. 2. fol. 34.* Porrò an 7
& quatenus per stipulationem Notarii, contractibus adhibitam, aliquod jus absenti acquiratur, *post alios, quos recitat,* exponit Fachineus *lib. 8. controvers. jur. c. 91. & lib. 12. cap. 38. Donellus ad d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. n. 35. ff. de verbor. obligat. Bronchorst. cent. 4. ἐναντιοφανῶν. assert. 46. Hotoman. lib. 4. observat. 25, eosq. citans Hœnonius disp. 14. controvers. 16.* Quibus adjiciendus est Hunnius *in resolut. ad Treutler. 2. vol. 2. disp. 27. quæst. 23. pag. 97.*

§. Si quis alii. 4.

Si quis alii, quàm ei, cujus juri subjectus sit, stipuletur: nihil agit. Planè solutio etiam

in extraneam personam conferri potest; veluti, si quis ita stipuletur: *Mihi aut Sejo dare spondes?* ut obligatio quidem stipulatori acquiratur: solvi tamen Sejo, etiam invito eo, rectè possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quòd si quis sibi, & alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est: valet quidem stipulatio: sed utrùm totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an verò pars dimidia; dubitatum est? Sed placuit, non plus, quàm dimidiam partem ei acquiri. Ei verò, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua, tanquam filii sit; sicuti & filii vox, tanquam tua intelligitur in iis rebus, quæ tibi acquiri possunt.

Summaria.

1 *Quatuor stipulationis modi distinguendi.*
2 *Nemo alteri stipulari potest: ejusq; duplex ratio.*
3 *Stipulationes cur inventa.*
4 *Utrùm stipulatio alteri facta jure canonico valeat.*
5 *Non est discrimen inter jus canonicum & civile inducendum, nisi sit expressum.*
6 *Nulla obligatio, ne naturalis quidem, est sine consensu.*
7 *Omni jure fides servanda.*
8 *Pater filio, & dominus servo, & vice versa, stipulari potest: & cur.*
9 *Quod fallit in filio emancipato.*
10 *Differentia inter patrem & filium: ut & inter dominum ac servum.*
11 *Ratio differentia.*
12 *Solutio in tertium sive personam extranei conferri potest.*
13 *Qua actio adversus tertium istum competat.*
14 *Quare solutio in extraneam personam conferri possit, obligatio non item.*
15 *Qui sibi & alteri dari aliquid stipulatur, dimidiam tantùm partem sibi acquirit.*
16 *Utile per inutile non vitiatur.*
17 *Consideratio l. stipulatio ista. 38. §. eum, qui 19. ff. de verbor. obligat.*
18 *Mens & intellectus l. si quis. 79. ff. de legat. 1.*
19 *Quid juris, si res in stipulationem deducta, dividi nequeat.*

1 Diligenter sunt distinguendi quatuor stipulationis modi. Primus est, quo quis sibi stipulatur ita: *Mihi centum dare spondes?* Secundus est, quo quis alii stipulatur, hoc pacto: *Titio centum dare spondes?* Tertius est, quo quis sic stipulatur: *Mihi aut Titio centum dare spondes?* Quartus est, quo quis ita stipulatur: *Mihi & Titio dare centum spondes?* Primo modo stipulatio facta quin utilis sit, non est
dubium. De reliquis tribus modis quæritur hìc *ini- 2
tio, & vers. planè solutio. & vers. quòd si quis. hoc §.
nostro.* Ex his igitur tribus modis primum ait Imperator, planè esse inutilem, id est, non valere stipulationem, si hoc agatur, ut alteri, quàm stipulanti detur. Ratio hujus assertionis sive regulæ assignatur ab Ulpiano *in l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obligat.* & à Justiniano Imp. *in §. alteri. 18. infr. hoc tit.* hisce verbis; *Quia inventa sunt stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisq; acquirat sibi, quod sua interest: caterùm ut alii detur, nihil interest stipulatoris.* Addi & hæc poterit ratio: quia ea, quæ
sunt juris, & civilia, non acquiruntur alteri, ut est 3
obligatio: naturalia autem, & quæ sunt facti acquiruntur. *l. ea, quæ civiliter. 53. ff. de acq. rer. domin. & docet hic Giphan.* Sed utrùm jure canonico isthæc stipu-
latio valeat, controvertitur? Et eo jure stipulationem 4
alteri factam esse efficacem, tenent *Glossa in can. quoties cordis oculus. 8. super verb. & per se caus. 1. quæst. 7. Anton. Butrius in c. si cautio. 14. de fide instrumenter. Bald. in l. illud. 19. C. de sacrosanct. Eccles. Vasquius de successian. creat. lib. 3. §. 30. num. 4. cum seqq. Didacus Covarruv. in c. quamvis. de pact. lib. 6. part. 2. §. 4. num. 2. & 9. vers. decimò, ut ad propositam, &c.* Verùm hanc opinionem alii meritò rejiciunt, *Panormitan. in d. c. si cautio. 14. col. 3. de fide instrument. Ioan. Faber. in d. § alteri. 18. infr. hoc tit. Imola, Romanus, Alexander, Iason & Alciatus in d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obligat. eosq; laudans Fachineus lib. 3. controversiar. jur. cap 19. item Emanuel Soarez. in addic. ad Gomez. tom. 2. var. resolut. jur. civ. c. 21. num. 18. Matthias Stephani cent. 3. quæst. 42. Hænon. disput. 14. controvers. 15. & Heiginе hic num. 4.* Primò enim non est inducendum aliquod
discrimen inter jus canonicum & civile, nisi expres- 5
sum sit. *c. 1. de novi oper. nunciat.* Atqui nullibi jure canonico est expressum, alteri stipulationem factam valere contra juris civilis regulas. Igitur non valet. Secundò, quia jure etiam canonico valet exceptio illa; *Tua non interest. can. non. solent. 27. caus. 2. q. 7. cap. cùm inter. 16. in verb. eùm nisi quorum interest, audiri non soleant. ext. de electione, & electi potest.* Sed ut alteri detur, stipulantis non interest. *d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri ff. de verb. obligat.* Ergo stipulatio, alteri facta, jure quoque canonico non subsistit. Tertiò huc non parùm confert *c. quanquam. 2. circa medium de usuris. lib. 6.* quatenus ibi requiritur persona publica ad hoc, ut stipulatio alteri fieri queat. Quartò nulla obligatio, ne naturalis quidem, est si-
ne consensu, *arg. l. an inutilis. 8. in princ. ff. de accep- 6
tilatione. l. 1. §. conventio. 3. vers. adeò autem. ff. de pactis.* Sed & quibus in locis dicitur, nullius momenti esse talem stipulationem, aut ex eâdem nullam oriri obligationem: iisdem locis & naturalis obligatio haud dubiè excluditur. *l. 1. §. quod servus. 3. in fine. ff. de stipulat. server. l. si ita stipulatus. 126 §. Chrysogonus. 2. vers. respondi. ff. de verb. obligat.* Quamobrem & jure canonico nihil firmitatis habere potest

est talis promissio. Nam & hoc jus naturali obliga-
tioni robur addere majus putatur. Talis verò cùm
hic nulla sit: nulla quoque ad eandem confirmatio
ex jure canonico applicari poterit. *Et istâ de re latiùs*
agetur ad d. §. alteri. 18. infrà hoc tit.

7 Nec hanc sententiam infringit, quòd jure cano-
nico illa tantùm ratio inspiciatur, ut quis fidem ser-
vet. *Quandoquidem* etiam jure civili proditum est,
fidem servandam esse. *l. 1. in princip. l. juris gentium.*
7. aut prætor. 7. ff. de pact. l. 1. in pr. & l. illud. 25. in pr.
ff. de constit. pec. & tamen alteri stipulari nemo pot-
est. Sunt enim certi modi, quibus aliquis oblige-
tur. Alioqui si generalis illa regula spectetur, fidem
servandam esse: etiam minorum, & pupillorum, &
Ecclesiarum contractus & promissiones erunt effi-
caces absque solennibus jure necessariis: quod ta-
men absurdum est. *Fachin. dicto loco.*

8 Porrò limitatio prædictæ regulæ (quæ habet, ne-
minem alteri stipulari posse) affertur *hic in verbis,*
quam ei, cujus juri subjectus. & in vers. ei verò, qui
juri tuo subjectus, &c. ex quibus locis conjunctis eli-
citur: patrem filio, & dominum servo, ac vice versâ,
filium patri, & servum domino stipulari posse. Hu-
jusque limitationis ratio hæc est: *quia* (inquit Im-
perator) *vox tua, tanquam filii est*: hoc est, quia pater
filio stipulans, sibi ipsi stipulari videtur: cum pater
& filius pro unâ eademque persona habeantur.
l. ult. C. de impuberum, & aliis substitutionibus. Cur
verò filius patri, aut servus domino stipulari valeat,
præter modò allatam rationem, & hæc adjici pot-
est, quia scilicet hæc liberorum est, & servorum uti-
litas: ut per eos dominis ac parentibus acquiratur,
horumque conditio melior reddatur, *arg. l. melior cō-*
9 *ditio. 133. ff. de reg. jur.* Quod autem hic de filio di-
citur: de eo intelligendum est, qui adhuc in sacris
10 seu potestate patris est constitutus. Namque patre sti-
pulante filio emancipato, inutilis est stipulatio: cùm
filius emancipatus extranei loco habeatur. *l. si gene-*
ro 26. ubi Gothofred. & Dd. C. de jure dotium. Neque
hoc loco ignorandum est differentiam esse inter pa-
trem & filium, ut & inter dominum ac servum. Fi-
lius etenim patri (serv⁹ item domino) omnia, sive ju-
ris sint, ut fundum, rem, &c. sive sint facti; ut ire, a-
gere, domum ædificare, &c. rectè stipulatur. At con-
tra pater ea tantùm, quæ sunt juris; filio (ut & domi-
nus servo) rectè stipulatur: quæ facti sunt, non item.
l. dominus. 39. & l. quod dicitur. 130. ff. de verb. obligat.
11 Ratio differentiæ, id est, cur ea, quæ sunt facti, pater
filio, & dominus servo stipuletur inutiliter, illa est:
quia ea, quæ facti sunt, naturalia ac per se subsistentia
censentur. Ast in naturalib⁹ domin⁹ & servus, fili⁹ &
pater non pro eâdem personâ, sicut in civilib⁹ sed pro
diversis habentur, *ut tradit Gyphan. hic in fine, & ex-*
quisitiùs Hotomanus in fine quæst. illustr. in appendice ad
l. frater à fratre. 38 ff. de cond. indeb. pag. mihi. 412. &
aliquot seqq. Vide eâ de re verbosiùs disputantē Hun-
nium *in resol. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 2. quæst. 17.*
cum seq pag. 84. & seqq. ibique Bachovium *in suis not.*
ad lit. D. pag. 818. & seqq.

Secundus stipulationis modus ex tribus istis suprà 12
positis est, quo quis ita stipulatur: *Mihi aut Titio*
centum dare spondes? Quem modum esse utilem, Imp.
Justinianus pronunciat *hic in vers. planè solutio, &c.*
hac tamen lege, ut obligatio mihi stipulatori tan-
tùm acquiratur; & persona Titii non obligationis,
sed solutionis duntaxat causâ adjecta censeatur: hoc
est, ut promissor mihi soli sit obligatus, sed solvere
etiā Titio, me invito, possit. Promissor igitur, si vult,
etiam Titio, solutionis causâ adjecto, solvere potest,
& solvendo liberatur; verùm cùm Titius promisso-
rem compellere nequeat, ut sibi solvat: perspicuum
est, ex eâ stipulatione Titio nihil prorsus juris quæsi-
tum esse. Etenim tantùm facultatem Titio solvendi
promissor adeptus est. *l. sed & si. 7. §. 1. ff. de constitut.*
pecun. l. eum quis sibi. 55. l. eum, qui ita 56. §. qui sibi aut
filio. 2. & l. ult. §. cum mihi aut Titio. 5. ff. de verb. oblig.
l. quod stipulatus. 10. l. si ita stipulatus. 59. & l. Stichum
aut Pamphilum. 95. §. quæsitum. 5. ff. de solutionib. Pe- 13
cuniâ autem Titio solutâ, ego stipulator adversus
Titium mandati actionem habeo. *hoc §. vers. sed ille*
adversus Sejum, &c. Titio enim, solutionis causâ ad-
jecto, tacitè mandasse videor, ut pecuniam à te pro-
missore acciperet. *l. Julianus. 131. §. 1. ff. de verbor. oblig.*
l. qui res suas. 98. §. qui stipulat. 5. ff. de solut. Borcholt.
in Comment. de verb. oblig. c. 4. n. 36. & seq. Ratio por- 14
rò differentiæ, cur solutio in extraneam personam,
putà in Titium vel Sejum, conferri possit, obligatio
non item, hæc redditur: quia obligatio est juris. *ut ex*
definitione obligationis liquet, traditâ initio tit. suprà
de obligationib. solutio verò est facti. *l. consilio. 7. §.*
fin. ff. de curatorib furioso, & aliis, &c. At jam notissi-
mum est: ea, quæ sunt juris sive civilia, alii per aliū,
id est, extraneum acquiri non posse: ea, quæ sunt fa-
cti sive naturalia, acquiri posse, *præallegata l. ea, quæ*
civiliter. 53. ff. de acquir. rer. domin.

Tertius & ultimus stipulationis modus, qui pro- 15
ponitur hic *in vers. quòd si quis sibi, &c.* est, quo sti-
pulatio non alternativè, ut priori, sed copulativè cō-
cipitur, ita nimirum: *Mihi & Titio dare centum spon-*
des? Et quidem utrùm hæc stipulatio tota sit utilis;
an v. pro parte meâ tantùm sit utilis, & pro parte Ti-
tii inutilis, valde dubitatum fuisse Imp. Justinianus
hic affirmat? Sed tamen ipse Imp. decidit: stipulatio-
nem istā respectu mei duntaxat utilem esse respectu
autem Titii inutilem. Idem quoque respondit Pom-
ponius *in l. si mihi & Titio. 110. in princ. ff. de verb. ob-*
ligat. Hujus decisionis ratio hæc probabilis assignari
potest: quia hæc verba, *Mihi & Titio*, apertè hoc
important, & significant: ut dimidium mihi, & di-
midium Titio acquiratur. Cùm autem ipso jure,
quo alteri stipulari non licet, Titio dimidium ac-
quiri nō possit; alterum saltem dimidium utile erit,
mihique acquiretur. Utile enim per inutile vitiari 16
non debet. *c. utile. 38. de reg. jur. in 6. l. 1. §. sed si mi-*
hi. 5. ff. de verb. oblig. l. sed etsi. 12. ff. de constit. pecun. l.
si sponsus. 5. §. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. sanci-
mus. 34. in princ. & l. seq. §. sin autem. C. de donationib.

Ex

Ex hac igitur stipulatione, *Mihi aut Titio centum dabis*. centum mihi acquirentur: ex hac vero, *Mihi & Titio centum dabis*, acquirentur mihi tantum quinquaginta. Sed hæc de extraneo perpetuo sunt accipienda. Aliud enim de filio dicendum est. Nam ex utraque hac stipulatione, *Mihi aut filio*, & *Mihi & filio centum dabis*, patri semper centum debentur & acquiruntur. *l. eum, qui ita. 56. §. qui sibi aut filio. 2. & ibi Douellus. ff. de verbor. obligat.*

17 Potrò quòd *in hoc §. vers. quod si quis sibi, &c. & d. l. si mihi & Titio. 110. in princ. ff. de verb. obligat.* dicitur; si quis sibi & alii extraneo quantitatem stipuletur: stipulationem hanc in parte duntaxat dimidiâ, quæ stipulatori debetur, valere: ei non adversatur. *l. stipulatio ista 38. §. eum, qui. 19. ff. d. tit.* ubi Ulpianus hæc in verba respondit: *Eum, qui dicat, Mihi decem, & Titio decem: eadem decem, non alia decem dicere, credendum est.* Haud enim inquit Jureconsultus: *eadem decem* debere stipulatori: sed stipulatorem, qui sibi & Titio decem stipulatur, *decem* tantum *dicere*; hoc est, comprehendere eâ stipulatione solum decem. *d. l. eum, qui. 56. in princ. ff. eod.* quorum decem pars dimidia stipulatori tantummodo debeatur: altera dimidia neque stipulatori, neque extraneo illi. *d. l. si mihi & Titio. 110. in princ. ff. d. tit. & hoc §. nostro. d. vers. quòd si quis sibi, &c.*

18 Non item refragatur *l. si quis. 79. ff. de legat. 1.* ubi Julianus, *Si quis*, ait, *testamento suo, Titio & Seio decem dari jusserit: nullam hoc verba recipiunt ambiguitatem: ut dena dixisse videatur, qui decem dixit.* Quibus verbis perspicuè significat Jureconsultus: singulis decem deberi. Etenim distinguendum est inter ultimam voluntatem & stipulationē. Testamento potest quis duobus, etiam absentibus, quippiam relinquere: stipulatione verò non potest quis uni præsenti, alteri absenti extraneo aliquid utiliter promittere, ut ex prædictis constat, & rectè docet. D. Collega Bocer. *ad principium tit. supr. de verbor. obligat. num. 59. & seq. pag. 230.*

19 Illud hic subiiciendum: quòd, si res in stipulationem deducta sit ejusmodi, quæ divisionem non recipiat; ut equus, annulus, patera, &c. non dimidium æstimationis, sed species ipsa tota debeatur, *argum. l. proprium. 5. ff. communia prædior. l. fundus. 64. ff. de contrahend. empt.* & docent Hotomanus *hic in 6. sive vers. quod si quis. enunciat. 2. circa finem.* & Rittershusius *hic pag. 444.*

§. Praeterea inutilis. 5.

Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat: veluti, si quis decem aureos à te dari stipuletur, tu quinque promittas? vel contrà: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas: vel contrà: si modò scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione, vel in diem stipulanti, tu respondeas, *præsenti die spondeo*. Nam si hoc solùm respondeas, *promitto*: breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est, in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.

S U M M A R I A.

1 *Inutilis est stipulatio, si ad interrogata congruenter non respondeatur.*
2 *Stipulationis forma in quo consistat.*
3 *Stipulatio sui naturâ stricta est, & angustis limitib. conclusa.*
4 *Conciliatio hujus §. cum l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat.*
5 *Respondetur ad objectionem ex Institutionibus Caij allatam.*
6 *Caij & reliquorum veterum ICtorum scripta quatenus allegari queant.*
7 *Explicatur l. si decem 52. ff locati.*
8 *Ex separatis nihil rectè infertur.*
9 *Ratio diversitatis inter locationem & stipulationem.*
10 *Stipulatio non semper est gratuita.*
11 *Accessorium sequitur naturam sui principalis.*
12 *Stipulatio omnino inutilis est, si mutata qualitate interrogationis respondeatur.*
13 *Respondens simpliciter; ad omnia, quæ interrogatus est, respondisse intelligitur.*
14 *Quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita creduntur.*
15 *Actus sequens, in approbationem priùs gestorum celebratus putatur.*
16 *An stipulatio impersonaliter concepta valeat.*
17 *Generalitas responsionis ad interrogationem, & interrogatio generalis ad responsionem revocanda.*
18 *Rescripta ambigua interpretationem recipiunt ex precibus impetrantium antecedentibus.*
19 *De essentiâ stipulationis quid sit.*
20 *Quatenus contra stipulatorem vel promissorem interpretanda sit stipulatio.*
21 *Consideratio auth si quando. C. de constit. pecun. & Nov. 115. c. 6.*

IN hoc §. Imperator agit de stipulatione inutili ob vitium formæ, puta interrogationis & responsionis: exemplisq; quibusdam propositis indicat, inutilem esse stipulationem, si ad interrogata aptè & congruenter, non respondeatur. Interrogatio itaq; & responsio inter se convenire debent. *l. 1. § si quis simpliciter. 3. & §§. seqq. ff. de verbor. obligationibus.* Ratio hujus convenientiæ est evidens: tum quia stipulationis forma sive substantia interrogando & respondendo est posita, ut ex illius definitione, *initio tit. supr. de verb. obligat. explicatâ* elucescit. *num. 5. & seqq.* Tum quia stipulatio naturâ sui stricta est 1 2 3

& an-

& angustis limitibus sive formulis conclusa, & ex
3 verbis pendet, ut nihil amplius debeatur, quàm quod linguâ nuncupatum est. *l. quicquid astringenda. 99. ff. de verbor. obligat.* Hinc sequitur: eum, qui non idem respondet: sed vel plus, vel minus, ad interrogationem congruenter respondisse non censeri. *Exempli gratiâ:* stipulatus sum à te decem aureos: tu quinque promittis. Hic congruenter respondisse non videris: ac proinde stipulatio tota non subsistit, *hoc §. nostro. Timaeus Faber disp. 23. ad Instit. Imperial. th. 9.*

4 Cui vehementer repugnat Vlpianus *in l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de ver. oblig. ubi*, si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas; vel contra, si stipulanti viginti, tu respondeas decem, asserit: utramque stipulationem utilem esse, obligationemque saltem in decem esse contractam. Et subjicit hanc rationem: *quia licèt oportet congruere summam: attamen manifestissimum est, viginti & decem inesse.* Ac sanè minorem summam semper inesse majori, ex communi & naturali sensu constat. Sed quamvis hanc contrarietatem conciliari nullo pacto posse, opinetur Hotomanus *hic enunciat. 2.* & alij alias responsiones afferant, *Christophorus Portius, Eguinarius Baro, Vultejus, Anton. Matthaeus, Marcilius, & Borcholt. in hoc §. nost. Cujacius in d. l. 1. §. siquis simpliciter. 3. ff. de verb. obligat. eumq. referens Goedaeus in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 4. conclus. 1. numer. 64. & seqq. nec non noviter Nicolaus Genoa in conciliat. leg. in jure civ. contrariar. pag. 389. & seqq. qui relatis & improbatis aliorum interpretationibus, tandem in fine, more suo subjicit. de verâ conciliatione cogitandum esse: nihil enim solidi se habere, quod in medium afferat:* ea tamen solutio valde probabilis, omniumque verissima videtur, quâ dicitur; hunc §. nostrum ita exaudiendum esse, ut haec stipulatio (*dabis viginti? dabo decem*) rectè inutilis pronuncietur, ad totam scilicet stipulationis conceptionem quod attinet; sed tamen pro parte conservetur, quatenus nimirum responsum est ad decem, quae in viginti insunt. Quae distinctio, ut subtilior, hîc ab Imperatore praetermissa, ex Pandectis repeti debet, id est, *ex d. l. 1. § si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat.* Id quod & aliàs in hisce Institutionum elementis fieri assolet: ut multa instis leviter & summatim attingantur, quorum subtilior ac copiosior distinctio & explanatio ex Pandectis petenda est. Et ita sentiunt *Francisc. Duarenus, Alciatus, Donellus, Zasius, & communi prope consensu omnes in d. §. si stipulanti, &c. Wesenbecius, Giphanius, Heigius, & Bachovius in hoc §. Vngepaur. Exercitat. Iustin. 16. quaest. 6. Arumaeus Exercitat. Iustin. 13. thes. 5. Hunnius lib. 3 var. resol. jur. civ. tract. 4. quaest. 7. & novissimè Petrus Osterman. hic in suis rationalib. pag. 97.* Huicq; planè simile est, quod tradit Justinianus Imp. *in §. 15. qui exequitur. 8. infr. de mandato.* Procuratorem sive mandatarium, fines mandati excedentem, non habere actionem mandati. Mox siquidem quaerit, an possit agere pro parte? Et hoc admittit. Quare illud, non dari actionem mandati ei, qui fines mandati excessit, necesse est ita intelligere, ut eatenus non habeat actionem, quatenus excessit: sed usq; ad summam permissam, ac mandato contentam rectè aget. *D. Besold in delibatis juris ex lib. 43. Pand. quaest. 8. pag 169.*

Similiter nihil negotii facessit, quod Cajus *lib. 2. Institut. tit. 9. de obligationib. §. item inutilis. vers. vel si creditor, &c.* in haec verba scribit: *si creditor decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat: hoc ordine integrum debitum vacillare cognoscitur.* Non enim dicit Cajus, inutilem omnino esse stipulationem: sed ait, integrum debitum *vacillare*; tanquam dubitans, & rem fuisse controversam indicans. *Adhac* Caij, ut & omnium veterum Jurisconsultorum scripta, quatenus in jus nostrum non sunt relata, & à Justiniano approbata, nihil prorsus authoritatis habent: nec in judicio, nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, allegari aut recipi possunt, *per textum expressum in l. 2. §. hac igitur omnia 19 C. de vet. jur. enucleand.* 5 6

Praeterea nostrae sententiae, ex Vlpiani responso *in d. l. 1. §. 4. ff. de verb. obligat.* declaratae, non adversatur Pomponius *in l. si decem. 52. ff. locati* ubi inquit, si decem tibi locem fundum; tu autem existimes, quinq; te conducere, nihil agi: sicq; eo casu ne in quinque quidem conductionem valere. *Nam* dicendum est: Pomponium loqui de locatione: Vlpianum verò de stipulatione: quae diversa sunt. Est autem velut proverbium juris: ex diversis & separatis nihil rectè inferri. *l. Papinianus. 20 ff. de minorib. l. ult. ff de calumniatorib. l. inter stipulant. 83. §. sacram 5. vers. sed haec dissimilia sunt. ff de verb. obligat.* Ratio diversitatis sive differentiae inter locationem & stipulationem haec est: quia stipulatio est sine onere, & gratuita: locatio non item. Quae res facit, ut locator totam suam pensionem habere velit. Neque enim facilè in minorem summam suo eum damno consentire intelligitur. At stipulatori sufficit, ut habeat, quod potest: si non decem, saltem quinque. Etenim qui decem stipulatur, non praesumitur repudiare quinque si promittantur: nec ita mordicus tenax majoris summae, ut aspernetur minorem, si offeratur, *ut tradit Balduinus hic, & Donellus ad d. l. 1 §. stipulanti. 4 ff. eod. numer. 13.* 7 8 9

Neque urget, quod à dissentientibus regeritur: stipulationem non semper esse gratuitam: sed ut plurimum contractui accedere: unde si, *verbi gratiâ*, locationi causâ fiat: idem statuendum fore de illâ, quod de locatione *in d. l. si decem. 52 ff locati.* Namq; hoc largiendum est, si negocio ejusmodi stipulatio accedat: quoniam tunc est accessorium; ac proinde sequitur & imitatur naturam sui principalis. *c. accesserium. 42. de reg. jur. in 6. l. nihil dolo. l 29. §. 0. & l cum principalis 178 ff eodem.* Caeterum si per se consistat stipulatio, & donationis causâ fiat: tunc necesse est, ut adversarii concedant hoc ipsum, quòd volumus. Sed consulatur Hunnius *d. lib. 3. tract. 4. qu. 7. vers. verùm regerunt, &c. ubi id fusius examinat.* 10 11

Inutilis porrò ex omni parte est stipulatio, si mutatâ qualitate interrogationis respondeatur. *Verbi gratiâ:* stipulatus sum à te purè, tu mihi sub conditione respondes. Hic enim congruenter ad interroga- 12

tum respondisse nullo modo censeris, *hoc §. nost. vers. aut si ille purè, &c.* Vnde inquit Vlp. si quis simpliciter interrogatus, sub conditione responderit, *si illud factum erit, dabo*: non obligari eum constat. Aut si ita interrogatus, *Intra Calendas quintas dabis?* responderit, *dabo idibus*: æquè non obligatur. Non enim sic respondit, ut interrogatus est. Et vice versa, si interrogatus fuerit sub conditione, & responderit purè: dicendum erit, eum non obligari. *l. 1. §. si quis simpliciter. 3. ibiq. Duaren. & Donell. numer. 3. & seqq. ff. de verb. obligat.* Talis igitur stipulatio omnino non valet: quia non congruunt ullæ partes interrogationis & responsionis: nec in purâ stipulatione inest conditio, vel contrà: quemadmodum in decem insunt quinque. *Wesenbec. hic numer. 2. Eaq. de re videantur Gœddaeus d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. conclus. 1. cap. 4. num 37. cum seqq. & Hunni-*
23 *us d. lib. 3. tract. 4. qu. 5.* Verùm enimvero si purè in diem, vel sub conditione roganti, simpliciter quis responderit, *promitto*: breviter videtur purè, vel in eandem diem, vel conditionem spopondisse. Neque enim (*inquit hic Imp.*) necesse est in respondendo
24 eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit. Nam plerunque ea, quæ in præfationibus convenisse dicuntur, etiam in sequentibus repetita creduntur: sic tamen, ut ex eâ repetitione inutilis non efficiatur stipulatio. *l. Titia. 134 § idem respondet. 1. ff. de verb.*
25 *obligat.* Et plerunque actus sequens in consecutionem & approbationem priùs gestorum celebratus intelligitur: & ex contractu præambulo sequens dubius, etiam ex intervallo, interpretationem declarationemque recipit, *sicuti docet Alexand. consil. 52. incip. circa lib. 4. & consil. 38. lib. 5. Roman. consil. 477. & 478. Cagnolus in l. 2. numer. 173 & 198. C. de pactis inter emptorem, &c. & in l. 1. num. 24. ff. de reg. jur. omnino laudans Heigius hic num. 9.* Eadem de re subtiliter disputat Georgius Frantzkius *exercitat. jurid. 10. quæst. 6. pag. 308. & seqq.*

26 Illud non inconveniente hoc loco quæritur: an stipulatio impersonaliter concepta, hoc modo, *dabitur? dabo*: vel vice versa, *dabis? dabitur*, valeat? Et quidem hujusmodi stipulationem non valere, existimant *Bartolus, Iason, Zasius, & cæteri in l. stipulatio ista. 38. §. si quis ita. 10 ff. de verb. obligat. hosq. citans Leopoldus Hackelman. disp. illustr. 22. thes. 5. ad lit. B.* Sed stipulationem istam impersonalem valere atque utilem esse, rectiùs contendunt *Alciatus lib. 2. parerg. cap. 18. Cujacius, Duaren. & Donell. num. 4. ad l. stipulationum. 5. §. stipulatio autem. 1. ff. de verb. obligat. Gœddaeus d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 4. concl. 3 numer. 30. & seqq. Arnmaeus d. Exercitat. Justin. 13 th. 4. Paul Berens disp. 10. ad Instit. thes. 1. quæst. 3. Kripschildt exercit. Acad. 6. quæst. 10. pag. 225 Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 68. edit. 2. Matth. Stephani cent. 3. qu. 39. & Hunnius d. lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 4. quæst. 12. & in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 2. quæst. 26. pag. 103. ibiq. Bachovius in suis not. ad lit. E. vers. quod de stipulati-*
27 *one. pag. 827. & seq.* Etenim generalitas responsionis ad interrogationem, & interrogatio generalis ad responsionem revocari debent ut hæc ex illâ, & illa ex hac temperamentum accipiat: cùm quisque ad id, de quo interrogatus fuit, respondere præsumatur. *arg. hujus §. nost. & l. si sine interrogatione 9 §. qui interrogatus. 5 ff. de interrog. in jur. faciend.* Quò facit et- 18
iam, quod & rescripta ambigua interpretationem recipiant ex precibus impetrantium antecedentibus. *l. 2 C. de divers. rescriptis, &c.*

Non obstat, quòd de essentiâ stipulationis sit, ut 19
promissor apertè respondeat ac promittat, *se daturũ*: id autem in stipulatione impersonali non accidat: ac proinde ea inutilis censeatur. *d. l. stipulationum. 5. § 1. ibi, daturum facturum vi se. ff. de verb. obligat.* Hoc, inquam, non obstat: quia responsionis generalitas (*ut paulò ante dictum*) ad interrogationem revocari, & ex eâ temperari debet, *arg. hujus §.* Quod si fit, & illud *dabitur* ex interrogatione ita declaratur, ut responsio interrogationi congruat: promissor hoc respondisse intelligetur: *dabitur tibi à me.* Itaque persona ipsius promissoris in interrogatione, & persona ipsius stipulatoris in promissione ac responsione subintelligetur, perinde ac si ita essent stipulati: *Dabitur mihi abs te? Dabitur tibi à me. Hunnius d. quæstion. 12. vers. non obstat primum, &c.*

Non item refragatur, quod dicitur, in stipulationi-
bus si quid obscurum aut ambiguum est (prout est 20
in præsenti themate verbum *dabitur*: quod potest sic intelligi, *dabitur tibi à me, & dabitur tibi ab alio quovis*) eam interpretationem sumendam esse, quæ stipulatori noceat: & consequenter ex tali stipulatione nihil deberi. *l. stipulatio ista 38 §. in stipulationibus. 18. ff. de verb. obligat.* Nam tum demum contra stipulatorem est stipulatio interpretanda, si isthac interpretatione stipulatio non fiat inutilis. Quod si per eam interpretationem planè inutilis fiat stipulatio: id observatur potiùs, ut contra promissorem interpretatio sumatur, quo res in tuto sit & valeat. *l. quotiens. 80. ff. d. tit. & l. quotiens. 67. ff. de reg. jur.*

Similiter non adversatur *Auth. si quando. C. de* 21
constit. pecun. & Novell. 115. cap 6 ubi Justinianus disertè definivit, nullum esse constitutum, si quis ita dixerit: *tibi satisfiet*, verbo impersonaliter prolato. *Haud* enim par ratio est constituti, *de quo in dictis locis*, & stipulationis. Constitutum siquidem fit ut plurimum nudo pacto, non præviâ interrogatione: ideoque impersonalis responsio non eodem modo per interpretationem ad personalem redigi potest. *Alciat. d. lib. 2. parerg. cap. 18. Eaq. de re uberius disserunt Donellus ad d. l. 5. § stipulatio autem numer. 9. ff. de verb. obligat. Gœddaeus d. c. 4 conclus. 3. numer. 35. cum seq. & Hunnius d. quæst. 12. & 26. vers. ad quartum, &c. usq. ad finem.*

§. *Item inutilis. 6.*

Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem nõ solùm domino suo obligari nõ potest, sed ne quidem ulli alii. Filii verò familias aliis obligari possunt.

SYM-

S V M M A R I A.

1 *Neque stipulatio, neque ullus alius contractus inter patrem & filiumfamilias, item dominum & servum celebrari potest.*
2 *Nulla patri cum filio, domino cum servo, vel contrà, est actio.*
3 *Pater & filius pro unâ eademq; persona habentur.*
4 *Actio & passio in eodem subjecto simul esse nequeunt.*
5 *Servus & filiusfamilias in quo conveniant: item in quo differant.*
6 *Ratio istius differentia.*
7 *Filiusfamilias cum patre de peculio castrensi & q. contrahere potest.*
8 *Servus naturaliter, & ex delictis obligatur.*

DE stipulatione inutili ob vitium formæ dictum
1 est *in precedenti* §. hic & §§. *subseqq.* agitur de
stipulatione inutili ex defectu causæ efficientis, putà
2 ratione personarum contrahentium. Et ait Impera-
tor: inter patrem & filiumfamilias, item dominum
& servum, stipulationem contrahi non posse. Ratio
est perspicua: quia neq; hic, neq; ullus alius contra-
ctus inter patrem & filium, dominum & servum, ce-
lebrari potest. *l. 2. ff. de contrah. empt.* eò, quòd nulla
patri cum filio, domino cum servo, vel contrà, actio
esse potest. *l. lis nulla. 4. ff. de judic. l. actiones. 7. ff. de
obligat. & act. Borcholt. in Commentar. de verb. obli-*
3 *gat. cap. 3. numer.* 68. quòd item pater & filius, in po-
testate constitutus, ob jus potestatis patriæ, ut & do-
minus ac servus, ob jus potestatis dominicæ, pro unâ
eâdemque personâ habentur. *l. ult. C. de impuber &
aliis substitut* & vox patris, vox filii est, & contrà § *si
quis alii. 4. vers. si verò supr. hoc tit. Baptista à Villa-
lob. in thesaur commun. opin. in addit Fichard. num.
18. Gædd. in Comment de contrah & committ. stipu-
lat. cap. 7. conclus. 5. & 6. num. 4. &* 68. Ast absur-
dum est, & contra naturam, ut quisquam sibi ipsi ob-
ligetur, hoc est, ut unus idemque sit & creditor & de-
4 bitor. Actio namque & passio, cùm sint contraria,
in eodem subjecto simul esse nequeunt. *l. prætor. 4. ff.
de tutorib. & curatorib. datis ab his, &c. l. ult. ff. de
offic. prætorum. l. Granius Antoninus. 71. ff. de fidejus-
sorib. l. debitori 7. C. de pact. Iason in l. cum filiofami-*
5 *lias. 11. num. 15. & 16 ff. de legat. 1.* Servus igitur & fi-
liusfamilias in eo similes sunt & conveniunt: quòd
neuter, id est, nec filius patri, nec servus domino obli-
gari, aut contrâ filius vel servus patrem & dominum
sibi obligare possit. In eo autem dissimiles sunt & dif-
ferunt; quòd servus non solùm domino suo obliga-
ri non possit, sed ne quidem ulli alii: filius verò fami-
lias patri tantùm obligari nequeat: sed aliis obligari
queat ex omni contractu, *hoc §. nostro. in fine. l. filius-
familias. 39. & l. obligari. 43. ff. de oblig. & actionib.*
excepto mutuo propter senatusconsultum Macedo-
nianũ, *de quo in §. illud. 7. infrà, tit. Quod cum eo, qui*
6 *in aliena potest. est, negoc. esse dicit.* Ratio differentiæ
istius hæc est: quia obligatio est vinculum juris civi-
lis, *initio. tit supr. de obligationib.* cujus juris filiusfa-
milias, utpote liber homo & civis Romanus, capax
est; servus non item: cùm is, ad jus civile quod at-
tinet, pro nullo habeatur *l. qui testamento. 20 §. ser-
vus. 7. ff. qui testam fac. poss. l. servi. 14. ff. de obligat.
& act. l. quod attinet 32. ff. de reg. jur. & expositum*
7 *suprà ad principium tit. de stipulat. servor* Quin imò
filiusfamilias etiam cum patre contrahere potest de
peculio castrensi & quasi castrensi: cùm huius ratio-
ne, vice patrisfamilias fungatur. *d. l. 2. in princ. ff. de
contrah. empt. d. l. 4. in fine. ff. de judic. & l. 2. ff. ad se-
natusconsult. Macedon. Rittershus. hic sub fine. pag.
441.* Enimverò naturaliter servum ex contractu & 8
obligari & obligare, palàm est. *d. l. servi. 14. ff de oblig.
& action.* quia jure naturali omnes homines sunt
æquales *d. l. quod attinet. 32. in fine. ff. de reg. jur* Ex
delictis quoque, cùm ea naturalia sint, servum obli-
gari constat *ex d. l. servi 14. ff de obligat. & actionib.*
Tametsi pœnæ quædam delictorum in servum non
cadant: ut mulcta, deportatio, relegatio, &c. quia
servus neque pecuniam habet, neque statum aut civi-
tatem, quam illis pœnis amittere possit. *l. ult. ff. de ca-
pit. minut. & notavit Giphanius hic in fine.*

§. Mutum. 7.

Mutum neque stipulari, neq; promittere posse, palàm est, Quod & in surdo receptum est: quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. Vnde apparet, non de eo nos loqui, qui tardiùs exaudit; sed de eo, qui omnino non audit.

S V M M A R I A.

1 *Mutus & surdus stipulationis contractum inire nequeunt: & quæ sit ratio.*
2 *Idq; ampliatur, ut ne scripturâ quidem inter illos stipulatio contrahi possit.*
3 *Forma cujusq; rei ad unguem servanda.*
4 *Solennis stipulationis forma in quo consistat.*
5 *Mens & intellectus l. miles. 75. in princ. ff. de legat. 2.*
6 *Mens & intellectus l. non figurâ. 38. ff. de obligat. & actionib.*
7 *Alia ampliatio.*
8 *Aliud est sonus: aliud, vox articulata.*
9 *Mutus & surdus quomodo per servos stipulari queant, remissivè.*
10 *Num infans per servum stipulationem contrahere possit.*
11 *Infans nullum intellectum habet.*
12 *Explicatio & interpretatio l. 1. in princ. ff. de verb obligat.*
13 *Infans non magis velle creditur, quam furiosus*
14 *Consideratio l. 2. & 6. ff. rem pupilli salv. fore.*
15 *Infanti magis favetur in propria substantiâ conservanda, quàm in aliena quærendâ.*
16 *Servus ignoranti & invito domino acquirit.*

AIt Imperator Justinianus: neque mutum, ne- 1
que surdum stipulationis contractum inire &
conficere posse. Idem ait Vlpianus *in l. 1. in prin-
cip. ff de verbor. obligat.* & Cajus *in l. 1. §. penult. &
ult. ff. de obligat & actionib.* Ratio non obscura est:
quia stipulatio est conceptio verborum, quibus is, qui
interrogatus est, daturum facturumve se, quod inter-
rogatus est, respondet. *l. stipulationum. 5. § 1. ff. de ver-
bor. obligat.* & sic ad stipulationis substantiam præci-
sè verba tam respondentis, quàm interrogantis re-
quiruntur. *l. 1. §. verbis. 7. & l. obligamur. 52. §. verbis.
2 ff. de obligat. & actionib. d. l. 1. §. si quis ita. 2. vers.
contra sine verbis. ff. de verb. obligat.* At verò mutus
verba eloqui non potest: ac proinde nec interrogare,
nec respondere poterit. Surd⁹ autem licèt eloqui ver-

ba possit: illa tamen non exaudit; ut sic nec congru-
enter respondere, nec an sibi congruenter responsum
sit, scire possit. *d. l. 1. §. ult ff. de oblig. & actionib. An-*
2 *ton. Pichard. hic num. 7.* Idque adeò verum est: ut ne
scripturâ quidem inter istas personas stipulatio con-
trahi queat; putà si surdus, vel mutus stipulandi a-
nimo literas alicui offerat, quibus scripsit, se rogare
3 eum, ut decem dare vellet. Hoc casu etiamsi alter
verbis expressis ad literas respondeat, se daturum esse:
obligatio tamen contracta non intelligitur. Forma
siquidem cujusque rei solennis ad unguem & præsi-
ctè servari debet. *arg. l. cùm hi. 8. §. si prætor. 17. ff. de
transactionibus. l. nec ex prætorio. 17. ff. de reg. jur. l.*
4 *certa forma. 4. C. de jure fisci.* Solennis autem stipu-
lationis forma in eo maximè consistit; ut verba tam
ex parte interrogantis, quàm respondentis, ore & lin-
guâ nuncupentur, non ut scribantur. *d. l. 1. ff. de verb.
obligat. & similibus.*

5 Cui non obstat *l. miles. 75. in princip. ff. de legatis. 2.*
ex quâ patet, quòd scriptura sermoni æquiparatur.
Nam hoc in iis solummodò, in quib. verba linguâ fi-
gurata & palàm prolata pro solenni formâ non requi-
6 runtur, locum habere potest: in aliis non item. Sic
quoque non resistit *l. non figurâ. 38 ff. de oblig. & act.*
ubi dicitur; non minus valere, quod scripturâ, quàm
quod vocibus linguâ figuratis significatur. *Ea enim*
lex ad reliquos duntaxat contractus, qui ad sui perfe-
ctionem verba ore prolata non exigunt, pertinere vi-
detur, *ut ostensum suprà ad principium tit. de verb.
obligat. n. 46.* vel si omnino ad stipulationem etiam
referenda est: ad eam profectò tantùm ut pertineat,
necesse est: quæ posteaquàm linguâ est nuncupata;
in tabulas relata & perscripta est. *ut scitè tradit Hoto-
manus hic enunciat. 4. in fine. & latiùs declarat Ant.*
7 *Hering. in tr. de fidejuss. c. 7. num. 143 & seqq.* Præ-
terea surdus stipulationem adeò contrahere non pot-
est: ut licèt tanto sit acumine præditus, ut ex motu
labiorum illius, qui loquitur & promittit, sententiam
intelligere possit: tamen nihil agere censeatur. Hu-
jusque ratio non difficilis est: quia ad substantiam
stipulationis desideratur; ut ex auditu verborum
contrahentes se invicem intelligant. *d. l. 1. in princ. ibi,
quoniam exaudire invicem debent. ff. de verb. obli-
gat. & d. l. 1. § ult. ibi, debet exaudire verba promit-
tentis. ff de obligat. & actionibus.* Quinimo etiamsi
surdus stipulans sonum verborum, sed sine sensu, ex
auditu; mentemque loquentis ac promittentis ex e-
jusdem labiorum motu percipiat: similiter tamen
stipulationem non valere, certum est. Siquidem *in
d. l. 1. §. fin ff. de obligat. & action. & in hoc § nostro*
disertè docetur, quòd stipulator verba respondentis
exaudire debeat. Verba autem non exaudit qui so-
num tantùm, & non sensum eorum auribus percipit.
8 Aliud quippe est sonus: aliud verba; & vox articula-
ta. *l. Labeo. 7. § ult. ff. de supellectile legat.* Atque
hanc sententiam eleganter, *contra Bartol. & alios,* de-
fendit Carolus Molineus *in d. l. 1 § eadem. 6. num. 3.*
9 *& 4. ff. de verb. obligat.* Cæterùm si mutus & sur-
dus omnino stipulari velint, quomodo id per servos
suos præsentes facere valeant, indicat Vlpianus *in jam*
*allegata l. 1. in pr. vers. si quis igitur. ibiq. Dd. ff. eod.
& Petrus Heigius in hoc §. nostro num. 2. & 3.* Porrò 10
in dubium à quibusdam revocari solet: num quem-
admodum mutus & surdus; ita & infans per servum
præsentem contrahere possit stipulationem? Sed 11
quòd non possit, evidens suadet ratio: quia infans
nullum intellectum aut consensum habet. *§. sed quod
diximus. 10. infr hoc tit.* Stipulatio autem sine con-
sensu mutuo non perficitur. *l. in omnibus rebus. 35. ff.
de obligationib. & actionib.*

Nec obstat huic sententiæ *d. l. 1. in princip. ff. de* 12
verb. obligat. ubi postquam Jurisconsultus dixit;
mutum, surdum & infantem stipulationem contra-
here non posse: generaliter subjicit: *Si quis igitur ex
his vult stipulari: per servum præsentem stipuletur;
& acquiret ei ex stipulatu actionem.* Quibus verbis
etiam infantem comprehendi, dubium non esse vide-
tur. Non, *inquam,* lex illa obstat. Quamvis enim
verba *dicti vers. si quis igitur, &c.* generalia sint: haud
tamen generaliter accipi, sed ad habile subjectum re-
ferri restringique debent. Atqui propter rationem su-
pra allatam non possunt ad infantem accommodari.
Igitur ad mutum & surdum debent restringi. Præ-
terea observandum est: quod verba *dicta l. 1.* non pla-
nè sint generalia. Nam etsi Vlpianus ait: *si quis igi-
tur, &c.* hisque verbis omnes, de quibus priùs locu-
tus erat complecti videtur: utitur tamen verbo *vult:*
quod utique infanti minimè convenit, cùm is non 13
magis velle credatur, quàm furiosus. *d. §. sed quod di-
ximus. 10. infr. hoc t. l. infans. 12. ff. ad leg. Cornel.
de sicar.*

Neque refragatur *l. 2. & l. servum. 6. ff. rem pu-* 14
pilli vel adolesc. salv. fore. ubi disertè dicitur, infan-
tem per servum stipulari posse. *Etenim* primò Ac-
cursius, Bartolus, & Jason respondent: quòd infans
per servum stipulari possit, id speciale esse in istâ stipu-
latione, *rem pupilli salvam fore:* & ideo ad cæteras
stipulationes idem extendendum non esse, *arg. l. quod
verò contra. 12. & seqq. ff. de legib. &c.* Hujusque spe- 15
cialitatis ratio hæc assignatur: quòd magis faveatur
infanti in propriâ substantiâ conservandâ, quàm in a-
lienâ quærendâ, *arg. l. si in emptionem. 35. ff de mine-
rib. & l. lex quæ. 72. C. de administrat. tutor. &c.*
Deinde Donellus & Giphanus *in d. l. 1. ff. de verb. ob-
ligat.* respondent: objectas duas leges non loqui de
infante, per servum stipulante: sed de servo, infanti
stipulante. Licèt enim infans per servum stipulari ne- 16
queat: servus tamen infantis stipulari potest infanti,
& stipulando acquirere: quoniam cùm servus possit
ignoranti & invito domino stipulari, & ex stipulatio-
ne acquirere. *§. item vobis. 3. supr. per quas person.
cuiq. acquirit:* idcirco infanti quoque stipulari pote-
rit. *§. sui autem. 3. supr. de hereditat. quæ ab intest.
defer.* Et hanc responsionem (repudiatâ Corasii *ad d.
l. 1. num. 17. cum seq ff. de verb. obligat.* & Gœddæi
*in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 7.
conclus 12.* solutione) probat Hunnius *in resolut. ad
Treutler. vol. 2. disp 27. th. 2. vers. Donellus igitur, &c.
pag. 84.* ibique videatur quoque Bachovius *in suis
not. ad lit. B. & C. pag. 816. & seq.*

§. Ex

§. *Furiosus. 8.*

Furiosus nullum negocium gerere potest: quia non intelligit, quod agit.

S V M M A R I A.

1 *Furiosi, cæterique mente capti, neque stipulari, neque promittere possunt.*

2 *Furiosus in quo differat à muto & surdo.*

3 *Furiosus, intervalla furoris habens, quatenus rectè stipuletur.*

4 *Unde cognoscendum, utrùm actus a furioso gestus, tempore intermissionis furoris sit factus.*

5 *Prodigus stipulando quidem sibi acquirit: sed promittendo non obligatur.*

6 *Prodigus neque modum, neque finem expensarum habet: ac proinde parùm à furioso distat.*

7 *Cur furiosus ne quidem stipulando sibi acquirat: prodigus verò stipulando alium sibi obliget.*

8 *Num prodigo bonis interdicatur ipso jure, an à magistratu, remissive.*

1 FVriosi, cæterique mente capti, amentes & dementes, neque stipulari, neque promittere jure queunt, *hoc §. nostro. l. 1. §. furiosum. 12. ff. de obligat. & actionib. Iason & Decius ad l. furiosum 9. C. qui testament. fac. poss. Iacob. Philip. Portius commun. conclus. regul. 34. lib 1 Menoch. consil. 82. num. 190. cum seqq. hosq; referens Gœddæus in Commentar. de contrah. & committend. stipulat. c. 7. conclus 9. n. 92. & multis seqq. ubi de furore, dementiâ, amentiâ, & similibus mor-*
2 *bis latissimè differit.* Imò furiosus nullum negocium gerere, aut contrahere potest, auctore Justiniano *hic*, & Ulpiano *in l. in negociis. 5. vers. nam furiosus. ff. de reg. jur.* In quo differt à surdo & muto. Hi enim omnes contractus & actus, in quibus verba solennia non sunt necessaria, celebrare & peragere possunt, ut emere, donare, &c *l. quid, quod. 33. §. mutus. 2. ff. de donationib. l. in quibuscunque. 48 ff. de obligat. & actionib.* At furiosus nullum contractum celebrare, nullum negocium gerere potest, *d. l. in negotiis. 5. ff de reg. jur.* Ratio manifesta est: quia furiosus non intelligit, quod agit. *per hunc §. nostrum.* Et in eo animus deest, *l. 2. in fin ff de procuratoribus.* menteque caret *§. 1. vers. item furiosi. supra, quibus non est permiss. fac. testament.* Et, *ut ait Pomponius*, quia furiosi nulla est voluntas, aut consensus. *l. furiosi. 40 ff. de reg. jur.* In omni autem contractu, adeòque etiam in stipulatione, voluntas & consensus requiritur. *l. 1. §. 2. ff. de pactis. l. continuus. 137. §. 2. ff. de verb. obligat. l. in omnibus rebus. 55. & l. in omnibus negociis. 57. ff. de*
3 *obligationibus & actionib.* Planè si furiosus intervalla furoris sive insaniæ habeat: eo tempore, quo furor ipsius intermissus est, rectè stipulabitur. Nam etiã, cùm per id tempus, quo furor ejus intermissus est, testamẽtum facit, jure testatus esse videtur *d. §. 1. vers. furiosi*
4 *autẽ suprà, quibus non est permiss. fac. testam.* Et cùm dubitatur: utrùm actus, à furioso gestus, fuerit factus tempore furoris, an verò tempore intermissionis furoris: inspiciendum erit, utrùm actus iste more sapientis gestus fuerit, an non. Priori casu præsumitur furiosum eo tempore, quo actus factus est, non fuisse furiosum: posteriori secus erit, *arg. l. his, qui. 12. §. 1. & 2. ff. de tutorib. & curatorib. datis ab his, &c. Bald. in d. l. furiosum. 9. C qui testament fac. poss. Thomas Grammat. consil. 128 num. 25. & decision. Neapolitan. 73. n. 38. Hippolyt. de Marsil. singul. 380. Huc q; referri poterunt, quæ annotavimus ad d. § 1. num. 13. supr. quib. non est permiss. fac. testam.* Hinc Hostiensis, Joan. An- 5
dreæ, & Panormitan. *in cap. ad audientiã nostram. 3. ext. de consuetud.* tradiderunt: valuisse sententiam fatui Parisiensis contra tabernarium, petentem pecuniam à quodam paupere, qui comederat panem ad odorem carnium tabernarii. Fatuus namque pro- 6
nunciavit: solvi debere tabernario, tinnitu numismatis. *Illos citat & sequitur Ioannes Borcholt. in Commentar. de verb. obligat. c. 3. num 51.* Porrò ad prodigum quod attinet: eum stipulando quidem sibi acquirere; promittendo verò non obligari, plusquàm evidens est *l. is, cui. 6. ff. de verbor. obligat. d. l furiosi. 40. ibiq; Dd. ff. de reg. jur.* Etenim cùm prodigus neque modum, neque finem habeat expensarum. *l. 1. ff. de curatorib furioso, & aliis extra minor. dand.* parùm quoad usum recti judicii & rationis à furioso distat. *d. l. his, qui. 12. ff. de tutorib. & curator. datis, &c. l. Fulcinius 7. § adeò. vers. idemq; in prodigo. ff. quib. ex caus. in possess. eat. d. l furiosi. 40. ff. de reg. jur.* In furioso quidem sive mente capto, mentis vel depravatio, vel imbecillitas, atq; ita morbus aut symptoma animi in causa est, cur non sapiat. Ast in prodigo etsi mentis sanitas est: morum tamen depravatio corrumpit hujus sanitatis usum, ut instar ejus sit, cui ipsa mentis functio vel corrupta est, vel infirma. Ideoq; ex eo tum similitudo, tum dissimilitudo utriusq; per se liquet. Nec 7
mirum est, cur furiosus, ne quidem stipulando, sibi acquirat: cùm nesciat, quid agat, quidvè loquatur: prodigus verò stipulando alium sibi obliget. Siquidem rem meliorem faciendo non abutitur, nec depravatè utitur mentis judicio: & in eo instar est pupilli, qui cùm & ipse alicujus sit judicii, licèt imperfectioris: in eo, quod bene & in suam utilitatem agit, rectè egisse censetur. *l. certi. 9. §. sed et si. 7. ff. de rebus credit. si cert. pet. & constat ex §. proximè seq. Gœddæus præallegato cap. 7. conclus 10. n. 121. & seqq* Cæterum 8
utrùm bonis interdicatur prodigo ipso jure, an à Magistratu, discussum est *ad §. furiosi. 3. supr. de curatorib. num. 7. & aliquot sequentibus.*

§. *Pupillus. 9. & §. sed quod diximus. 10.*

Pupillus omne negocium rectè gerit: ita tamen, ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur. Nam alium sibi obligare, etiam sine tutoris auctoritate potest.

§. 10. Sed quod diximus de pupillis: utiq; de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantiæ proximus est, non multùm à furioso distant: quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intelle-

tellectum. Sed in proximis infantiæ, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est: ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

SVMMARIA.

1 *Pupillus quatenus omne negocium rectè gerat.*
2 *Verba generalia de idoneis subjectis accipienda.*
3 *Pupillus matrimonium contrahere, aut testamentũ facere nequit.*
4 *In quibus causis pupillo sit necessaria tutoris auctoritas.*
5 *Tres ætatis pupillaris gradus.*
6 *Magna inter illos gradus differentia.*
7 *Infans neque stipulari, neque promittere potest, etiam tutore auctore: etiamsi utilitatis causa possessionem sine tutore acquirere queat.*
8 *Explicatio & intellectus l. pupillus. 9. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. in negociis. 5. ff. de reg. jur. & l. 1. §. huic proximus. 13. ff. de obligat. & actionib.*
9 *Pupillus infans ne quidem naturaliter obligetur.*
10 *Mens & sententia l. 1. in fin. ff. de novationib. l. si ejus. 64. in princ. ff. ad SC. Trebellian. l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. & similium.*
11 *Pupillus infantia proximus an & quatenus obligetur.*
12 *Pupillus pubertati proximus quatenus rectè obligetur.*
13 *An pupillus iste, si non civiliter, saltem naturaliter obligari possit.*
14 *Sensus l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indebit. & l. pupillus. 59. ff. de oblig. & actionib.*
15 *Differentia inter impuberem sui juris & sub tutore, & inter eum, qui adhuc est in potestate parentis.*
16 *Vera differentia illius ratio.*
17 *Alia inter patrem & tutorem discriminis ratio.*

1 PVpillus non solum stipulari; sed & omne negocium (quod quidem in hanc ætatem cadit. Verba
2 namque generalia de idoneis subjectis sunt accipienda,
3 *monente hic Wesenbecio num. 1.* Non igitur conjugium contrahere, non testamentum facere, ne tutore quidem auctore potest, *per princip. tit. supr. de nupt. & §. præterea. 1. sup. quibus non est permiss. fac. testament.*) rectè gerere potest, *hoc § & l. in negociis. 5. ff. de reg. jur.* Eusque ratio est: quia pupillus aliquem intellectum & consensum habet. *§. sed quod diximus. 10. hoc tit. l. 1. § hoc edicto. 6. ff. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. est. Philipp Matthæus ad d. l. in negociis. 5. num. 5. ff. de reg. jur.* Quod tamen primò ita accipiendum est, ut tutoris auctoritas adhibeatur, ubi necesse est, *hoc §. nostro 9.* Deinde ut intelligatur de pupillo non infante, sed majore, sive pubertati proximo, *ut hic in d. §. 10.* Quamobrem hoc in articulo & negociorum & æ-
4 tatis ratio habenda est. Nam in quibusdam causis sive negociis, quæ à pupillo geruntur, auctoritas tutoris necessaria est: in quibusdam non est necessaria. Et sanè pro regulâ observandum est: in iis causis eam esse necessariam, in quibus pupilli conditio deterior fiat; in quibus verò melior, non esse necessariam, *in initio tit. supr. de auctorit. tutor. §. nunc admonendi. 2. supr. quib. alienare licet, vel non. l. contra juris. 28. ff. de pact. l. obligari. 9. ff. de auctorit. tutor. l. pupillus. 11. ff. de acquir. rer. domin.* Rationem hujus regulæ esse favorem pupilli & infirmæ ætatis, documus *supr. ad d. init. tit. de auctorit. tutor. n. 3.* Ad ætatem autem
5 pupillarem quod attinet: ejus tres hoc loco constituuntur gradus: pupillus infans, pupillus infantiæ proximus, & pupillus pubertati proximus. *De quibus latè expositum est suprà d. init. dicti modò tituli. n. 9. & aliquot sequentib. De iisdem videatur quoque Hunnius lib. 1. variar. resol. jur. civ. tractat. 4. quæst. 16. & Paulus Zacchias lib. 1. quæstionũ medico-legalium. tit. 1. quæst. 1. & seqq.* Cæterùm inter hos pupillaris 6
ætatis gradus ingens est differentia. Etenim pupillus pubertati proximus omne negocium rectè gerit, *ut Iustinianus hic loquitur:* reliqui duo non item. Ex quibus tamen duobus pupillus infantiæ proximus idem potest, quod pubertati proximus: sed hic cùm jam habeat aliquem intellectum, potest ipso jure: ille verò quia non multò plus intelligit, quàm infans, non ipso jure potest; sed ex æquitate sive utilitate. Vnde ait Imperator hic *in §. 10. vers. sed in proximis, &c.* propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est. Et Cajus inquit: infantem stipulari non posse, majorem infante posse, etiamsi ejus ætatis sit, ut non intelligat, quid agat: idque propter utilitatem receptum est. *l. servum. 6. ff. rem pupilli salv. fore.* Et Paulus dicit: id favorabiliter ejusmodi personis præstari. *l. pupillus. 9 in fin. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Etsi porrò infans, *ut jam* 7
monetum, nihil possit; adeòq; ne quidem tutoris auctoritate interveniente stipulari, vel promittere valeat: cùm stipulatio verba congrua ab ipsis contrahentibus requirat. *l. 1. in princ. & §. eadem. 6. vers. dummodo congruenter. & l. mulier. 70. ff. de verb. obligat.* tamen utilitatis causa & hoc receptum videtur; ut hodie possessionem etiam sine tutoris auctoritate infans acquirere possit. *l. quamvis 32. §. infans. 2. ff. de acquir. vel amitt. possess. junctâ l. 3. C. de acquir. & retinenda possess.* Quod autem pupillus infans, etiam tutore auctore, negocia gerere, sive se obligando, sive ab alio stipulando, nequeat: non tantùm evinci potest *ex d. §. sed quod diximus. 10. vers. nam infans. hoc tit.* verùm etiam *ex l. 1 §. 2. in fine. ff. de administrat. & peric. tutor.* ubi Vlpianus ita scribit: *pro his, qui fari non possunt, ipsi tutores judicium suscipiant: pro his autem, qui supra septimum annum ætatis sunt, auctoritatem præstent.* Ex quibus verbis intelligitur: eos, qui septimum annum nondum excesserunt, quos infantes dicimus, per se judicium suscipere, aliudvè negocium gerere, etiam accedente tutorum auctoritate, non posse: sed ipsos tutores nomine illorum id facere debere.

Huic sententiæ non refragatur *d. l. pupillus. 9. ff. de* 8
acquir. vel omitt. heredit. d. l. in negociis. 5. ff. de reg. jur. & l. 1. §. huic proximus. 13. ff de obligat. & actionib. in quibus legibus, & nonnullis aliis dicitur: pupillum, si fari possit, tutore auctore & stipulari & promittere posse, etiamsi non intelligat, quid agat: idq; benignius receptum esse. Jamverò cum rarissime contingat, ut non ante septimum ætatis annũ impubes loqui queat: inde effici videtur, ut etiam ante eam ætatem rectè stipulari & promittere possit. Non, *inquam*, hæ leges refragantur. Nam in iis nequaquam affirmatur: pupillum, si fari possit, obligari; sive septennio major sit, sive minor: sed hoc tantum astruitur; pupillum, qui fari potest, ad contractus ineundos adhibitâ tutoris auctoritate esse idoneum. Ex aliis autem legibus addendum est: præter sermonis facultatem etiam hoc

requi-

requiri, ut septimum ætatis annum pupillus superaverit. *d. l. 1. §. 2. ff. de administrat & peric. tutor. & d. §.*
9 *sed quod diximus. 10 hoc tit.* Et quidem adeo pupillus infans frustra promittit, ut ne quidem naturaliter ex suâ promissione obligetur: propterea quòd naturalem obligationem consensus, quantumvis nudus, pariat. *l. 1. § 3. ff. de pact. l. Stichum 95. §. naturalis. 4. ff. de solutionib. Schneidevvin. ad principium tit. supr. de auctoritat. tutor num.* 11. Atqui infans naturâ consensum aut intellectum non habet *d. § sed quod diximus. 10 hoc tit.*

10 Nec huic adversatur *l. 1. in fine. ff. de novationibus. l. si ejus pupilli. 64. in princ. ff. ad SC. Trebellian. l. cùm illud. 25. § 1. ff. quando dies legat. vel. cedat. l. si pupillus 21. in princ. ff. ad leg. Falcid. & similes*, in quibus generaliter traditum est: pupillum sine tutoris auctoritate promittendo, naturaliter obligari. *Istas namque* leges omnes de pupillo pubertati proximo, qui consensu & intellectu non destituitur, accipiendas esse, subjecta earum materia suadet. In quibus cùm de negotiis gerendis agatur: utique is pupillus intelligi debet, in quem naturâ id, de quo agitur, cadere pos-
11 sit. Pupillus autem infantiæ proximus licèt à furioso non multùm distet, *teste Justiniano hic in d. §* 10. ex benignitate tamen & humanitate, sive potiùs utilitate (*uti dictum suprà numer. 6.*) receptum est, ut alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate possit: ipse verò non aliter, nisi eum tutoris auctoritate obligetur. Quod usque adeò verum est: ut non modò non civiliter, sed ne naturaliter quidem obligari promittendo queat. *l. quod pupillus. 41 ff. de condict. indebit. l. pupillus 59. ff. de obligationibus & actionibus.* Æquè enim ac infans consensu atque intellectu carere existimatur. *d. §. 10 vers. nam infans &c.* Nam quòd solus, etiam citra auctoritatem tutoris, rectè stipulari, sibique alium obligare potest: id ei non propter consensum, quem non habet, sed propter utilitatem permissum est: ac proinde ad obligationem naturalem, in ipsius personam introducendam, extendi non debet, nec potest, *sæpe allegato §. sed quod diximus 10.*
12 *hoc tit.* Pupillus quoque pubertati proximus, cùm non tantùm quid loquatur, sed & quid agat, intelligat; quin sine tutore auctore rectè stipuletur, nullum est dubium: si verò ipse quid promittat, haud obligatur, *hoc § nostro.* Obligationem autem civilem intelligimus. Neque enim pupillus, pubertati proximus, civiliter obligatur, nisi quatenus factus est locupletior. Hoc siquidem casu ex rescripto Divi Pii, non tam propter consensum, convenitur; quàm propterea, quòd cum alterius detrimento locupletior factus est *l. 3. §. pupillus sanè. 4. ff. de negoc. gest. l. 3. in princ. ff. commodati. l. 1. in fine principii. & l. pupillus. 5. in princ. ff. de auctoritat. tutor.*

13 Porrò cùm pupillus iste, quotiens sine tutoris auctoritate promittit, nec locupletior fit, civiliter nunquam obligetur: convenienter quæri potest, an saltem obligetur naturaliter? Et eum naturaliter obligari, apertè constat *ex d. l. 1. in fine ff. de novationib. d. l. cùm illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. d. l. si pupillus. 21. in princ. ff. ad leg. Falcid. d. l. ult. ff. de jurejur. l. si pupillus 127. ff. de verb. oblig. l. in numerationibus. 44. ff. de solutionib. & l. si ejus pupilli 64. in princip. ff. ad senatusconsult. Trebell.* Nec his legibus obstat *d.* 14
l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indebit. & d. l. pupillus. 59. ff. de oblìgat. & actionib. in quibus pupillum naturaliter obligari, perspicuè negatur. *Nam* jam supra *num.* 11. monuimus: has leges non de pupillo pubertati, sed de pupillo infantiæ proximo exaudiendas esse. Hi enim pupilli licèt etiam sine tutoris auctoritate suum incommodum rectè contrahant: cùm tamen plenum firmumque intellectum non habeant, sine tutore naturaliter obligari nequeunt, *d. § sed quod diximus 10. hoc tit. d. l. 1. §. huic proximus. 13. ff. de obligat. & actionib.* Verum eâ de re alii aliter dissentiant. *Donellus ad d. l si pupillus. 127. num. 4 cum seqq. ff. de verb. oblig. Gæil. in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 7. conclus. 12. numer. 212. cum multis seqq. Hunnius d. lib. 1. var. resolut. jur. civ. tractat 4 q. 17. & seq nec non ceteri, quos recensuimus sup. rà ad princip. tit. de auctorit. tutor. n.* 30. Quibus adjiciendus est Nicolaus Genoa *in conciliat. leg. in jure civ. contrariar. pag 211. & seqq. ubi & plures alios refert.*

Tandem *in fine dicti § sed quod diximus. 10. hoc* 15
tit indicatur differentia inter impuberem sui juris & sub tutore (qui propriè dicitur pupillus. *l. pupillus. 239. ff de verbor. signification.* Quamvis etiam interdum pupillus appelletur, qui impubes est, & in potestate patris existit, *ut in d. §. 10. in fin. & l ult. §. 2. ff. de verb. obligat.*) & inter eum, qui adhuc est in potestate parentis: quòd ille tutore auctore obligetur: hic verò parente auctore non obligetur. Differentiæ hujus ratio à plerisque Interpretibus hæc assignatur: quòd patris auctoritas non præstet rem pupilli salvam, ut tutoris. Tutor enim pupillo tenetur ex illâ cautione, *rem pupilli salvam fore:* & quidem tenetur actione tutelæ: filius verò adversus patrem nullam actionem ob rem malè gestam habet. *tot. tit. ff. de tutela. & de actionib. distrahend. l. lis nulla. 4. ff. de judiciis. l. ult §. fin autem ex alienum. 4. vers. paterna reverentia. C. de bonis, quæ liberis. & c. Wesenbec. hic n 4. Hotoman. enunciat. 6. Giphan. in fine. & Borcholt. n. 9.* Sed hæc ratio vix, ac ne vix quidem subsistere videtur: cùm per absurdū sit quærere de illâ cautione, *rem pupilli salvam fore*, ubi reverà non est pupillus, putà cùm est in potestate. *d. l. pupillus. 139. in princ. ff. de verb. signific.* Itaque ratio discriminis, cur (*inquam*) tutore auctore, 16
non item auctore patre pupillus obligetur, hæc fortassis erit verisimilior: quia nisi pupillus tutore auctore obligaretur, nemo eum eo contrahere vellet: & proinde ei velut commercio esset interdictum, *arg. l. illud quæritur. 4 in fin. ff. de evictionib.* Quod in eo, qui in 17
potestate parentis est, in considerationem non venit. Is etenim non sibi ipsi, sed patri contrahere & acquirere intelligitur, *ut dictum in §. 1. supr. de stipulat. servor. & in §. item inutilis. 6. supra hoc tit.* Quin & illa discriminis ratio inter patrem & tutorem non obscura est: quòd non pertineat ad obligationes contrahendas patris potestas, sicut tutoris auctoritas, *tradente Baldüino hic, eumque referente Ritterhusio, pag 447.*

§. Si

§. Si impossibilis. 11

Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur: nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quò minùs existat: veluti, si quis ita dixerit: Si digito cœlum attigero, dare spondes? At si ita stipuletur: Si digito cœlum non attigero, dare spondes? purè facta obligatio intelligitur: ideòque statim peti potest.

SVMMARIA.

1 *Impossibilis conditio quæ hoc loco dicatur.*
2 *Impossibilis conditio vel in faciendo consistit, vel in non faciendo: & vel naturâ impossibilis est, vel jure.*
3 *Quæ contra leges, vel bonos mores sunt, jure impossibilia censentur.*
4 *Differentia inter contractum & testamentum: ejusq; ratio.*
5 *Differentia inter conditionem impossibilem, in faciendo; & in non faciendo positam: & illius ratio.*
6 *Necessaria est negatio ejus, cujus affirmatio est impossibilis.*

STipulatio adjectione conditionis impossibilis red-
1 ditur inutilis, & vitiatur. *hoc §. nostro. l. non solùm. 31 ff. de oblig. & actionib. l. impossibilis. 7. & l. seq. ff. de verbor. obligationib.* Est autem impossibilis conditio, cui natura impedimento est, quò minùs existat, *definitore hic Iustiniano.* Inde ergo apparet: hunc §. solummodò de conditionibus naturâ impossibilibus esse accipiendum. Nam cæteræ conditiones, quæ le-
2 ge habentur impossibiles, proprium suum sortiuntur tractatum *in §. quod turpi. 23. infr. hoc tit.* Itaq; bifariàm impossibiles conditiones dividuntur. Primò enim impossibilis conditio vel in faciendo consistit, vel in non faciendo, *hic & d. l. impossibilis. 7. cum l. seq. ff. de verbor. obligat.* Deinde impossibilis conditio vel est naturâ, quæ propriè est impossibilis conditio, *de quâ hic*: vel jure & legibus: ut *si Cajum occideris, si sororem uxorem duxeris, si in foro nudus saltaveris, &c. l. si stipulor. 35 §. 1. ff. eod.* Etenim quæ
3 vel contra leges sunt, vel contra bonos mores, jure impossibilia censentur. *l. generaliter 26. & l. seq. l. continuus. 137 §. cùm quis. 6. ff. de verb. obligat. l. conditiones. 9. & l. filius. 15. ff. de conditionib. institution.* Et de hac conditione *in d. §. quod turpi 23. infra hoc tit.* Quod ad hanc divisionem naturæ & juris attinet: effectu considerato, nulla est. Vtraque enim
4 conditio stipulationem, & reliquos contractus omnes vitiat. *d. l. non solùm. 31. ff. de obligat. & action.* Testamentum autem & legatum per impossibilem conditionem non vitiatur: sed potiùs, ejus conditionis adjectione pro nullâ habitâ, valet & sustinetur. *§. impossibilis. 10 supr. de heredib. instituend.* Ratio hujus differentiæ inter contractum & testamentũ petenda est *ex d. l. non solùm 31. ff. de oblig. & act.* Quia videlicet testamentum ab uno, contractus à duobus vel pluribus celebratur. In eâ autem re, quæ ex duorum pluriumvè consensu agitur, omnium voluntas spectatur: quorum proculdubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment appositâ eâ conditione, quam sciant esse impossibilem. Ast uni testatori facilè mendum sive vitium in scribendo seu nuncupando excidere potest: ac proinde hoc eo loco impossibilis conditio detrahitur, defunctique voluntas conservatur. *l. 1. ff. de conditionib. institutionum.* Atque illa differentiæ ratio etiam est exposita *ad d. §. impossibilis. 10. numer. 13 supr. de heredib. instituend.* Cæ- 5
terùm circa priorem divisionem itidem observanda est differentia. Nam si conditio impossibilis in faciendum sit concepta; veluti hoc modo: *si digito cœlum attigero*: vel, *si in cœlum ascendero, dare spondes?* stipulatio vitiatur. Si verò conditio in non faciendo sit posita: veluti, *si digito cœlum non attigero*, aut *si in cœlum non ascendero, dare respondes?* stipulatio utilis est, pureque facta intelligitur. *hoc §. nostro. & d. l. impossibilis. 7 ff. de verb. obligationib.* Et ratio est: quia conditio impossibilis in non faciendo, oratione tantùm & figurâ verborum est conditio; reverâ autem ac vi ipsa, non item. Hæc quippe conditio non solùm possibilis est, sed etiam planè necessaria. Certissimum enim est, fieri non posse, ut non existat. Quâ de causa rectè Aristoteles *lib. 2. περὶ ἑρμηνείας, c. pen. ult.* (*prout eum refert Wesenbec. hic num. 2.*) dicit: ejus negationem esse necessariam, cujus affirmatio
sit impossibilis. Quare ejuscemodi conditio stipula- 6
tionem non suspendit: cùm certo certius sit, stipulatorem in cœlum non ascensurum, idvè attacturum esse. Extitit ergo conditio. Quod igitur eo modo promissum est; præsenti die debetur: adeòque statim peti potest: *ut Imperator hic in fine asserit.* Parvi namque refert: utrùm nulla conditio adjecta sit; an, quæ adjecta est, extiterit. Vnde scitè quoque Vlpianus ait: Qui sub conditione stipulatur, quæ omnimodo extitura est; purè stipulari videtur. *l. si pupillus. 9. §. 1 ff. de novationibus.* Eâq; de re fusiùs disserit Donellus *in d. l. impossibilis. 7. ff. de verb. obligationib.* & Gœddæus *in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap 8. conclus. 9. num. 173. & multis subseqq.*

§. Item verborum. 12

Item verborum obligatio inter absentes concepta, inutilis est. Sed cùm hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, fortè post tempus tales allegationes opponentibus, & non præsentes fuisse, vel se, vel adversarios suos contendentibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus: per quam disposuimus, tales scripturas, quæ præstò esse partes indicant, omnino esse credendas: nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos approbaverit; toto eo die, quo conficiebatur instrumentum,

mentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.

S V M M A R I A.

1 *Stipulatio inter absentes quare contrahi non possit.*
2 *Verba sunt præsentium: epistola & nuncij absentium.*
3 *Intellectus l. ea, quæ 57. ff. de donat. inter vir. & uxor.*
4 *Si instrumentum dicat, debitorem promisisse: præsumitur stipulatio intervenisse, nisi contrarium legitimè doceatur.*

1 STipulationem inter absentes contrahi non posse, liquidò constat *ex hoc §. nostro. l. 1. in princ. ff. de verb. obligat. l. 1 & 3. C. de contrah. & committ. stipulat. l. ut inter absentes. 3. C. de inutilib. stipulat.* Et ratio est: tum quia stipulationis forma sive substantia in verbis posita est. *l. obligamur. 52. §. verbis. 2. ff de obligat. & act. d. l. 1. in princ. & §. fin. l. stipulationum. 5. §. 1. l. si stipulor. 35. in fine. l. quidquid. 99. ff. de verb. obligat. §. 1. supr. de verb. obligat. l. omnes 10. C de con-* 2 *trah. & committ. stipulat.* Verba autem sunt tantùm præsentium: ut epistolæ & nuncij propriè absentium. *§. 1. vers. veluti per epistolam, vel per nuncium. infr. de obligationib. ex consensu l. 2. ibiq. Iason, Cujac. & Duaren ff de pact.* Tum quia stipulationem contrahentes se invicem exaudire, sibique congruenter coram respondere debent: quod absentes facere non possunt. *d. l. 1. ubi Bartol ff. de verb. obligat. pulchrè Gœddæus in Commentar. de contrah & committ stipulat.* 3 *c. 3. concl. 12. & 13. n. 180. & seqq.* Cui non obstat *l. ea, quæ. 57. ff de donat. inter vir. & uxor.* ubi literis facta stipulatio videtur. *Nam breviter dicendum:* literas ibi missas esse non de faciendâ inter absentes stipulatione: sed de jam antè coràm factâ. Id quod copiosius explicatum est suprà *ad princip. tit. de verb. oblig. num. 47. & notavit Theodorus Marcilius, & Rittershusius hic pag. 450 itemq. Ostermannus in suu ratienal lib. pag. 95.* Addit autem hic Justinianus: promis-4 sorem non audiendum esse, si ex eo, quòd absens fuerit, inutilem esse stipulationem contendat: cum in instrumento sive scripturæ, in quâ stipulatio continetur, tamdiu inhærendum & standum sit, quoad manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes undique idoneos, & omni exceptione majores, promissor ostenderit: toto illo die, quo confectum est instrumentum, sese, vel adversarium suum aliis in locis fuisse. Idem ait Imperator *in l. optimam. 14 C. de contrah. & committ. stipulat.* Huc que pertinet, quod Cicero *lib. 1 de invent.* scribit: *Si vos me istud eo tempore fecisse dicitis; ego autem eo ipso tempore trans mare fui: relinquitur; ut id, quod dicitis, non modò non fecerim: sed nec potuerim facere.* Quam rem pluribus persequuntur *Cujacius in l sciendum. 30. ff. de verb. oblig. Schneidevvin. Mynsinger. & Heigius in hoc §. nostro.*

§. Post mortem. 13.

Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterit: non magis, quàm post ejus mortem, à quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris, vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur: *pridie quàm moriar; vel pridie quàm morieris, dare spondes?* inutilis erat stipulatio. Sed cùm (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valeant: placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem: ut, sive post mortem, sive pridiè quàm morietur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit: stipulatio valeat.

S V M M A R I A.

1 *Stipulatio post mortem suam, cur olim non valuerit.*
2 *Stipulatio, pridie quàm moriar, cur inutilis fuerit.*
3 *Prædictæ stipulationes cur hodie valeant.*
4 *Heres cum defuncto una eademq; persona putatur.*
5 *Contrariorum dissolutio.*
6 *Actiones ab heredibus, & contra heredes hodie incipiunt.*

SI quis post mortem suam sibi dari stipulabatur, 1 vel vice versa: si post mortem suam se daturum promittebat: hanc stipulationem veteres, ad verba attendentes impossibilem; ac proinde inutilem esse, censebant. Quomodo enim vel daret, vel acciperet mortuus? Accedit & illa ratio: quòd regula fuit juris veteris, quà actiones nullæ, quæ non competiissent defuncto, ab heredibus, vel contra heredes incipere poterant. *l. unic. C. ut actiones & ab heredibus & contra hered. incipiant. Cajus in fragment. Instit. lib. 2. tit. 9. § præterea. 7.* Isthac autem stipulatione fit: ut actio ab herede, vel contra heredem incipiat. Illa igitur stipulatio, tanquam juris regulæ contraria, infirmabatur. Eâdem ratione inutilis visa fuit veterib⁹ & hæc sti- 2 pulatio, *pridie quàm moriar*: vel *pridie quàm morieris, dabis aut facies?* Cùm enim dies præcedens mortem meam, me mortuo demum appareat: hæc stipulatio re ipsa & effectu tempus post mortem meam respicit; atque ita post mortem meam facta esse intelligitur, *teste Cajo. d. lib. 2. tit. 9. §. item inutilis, &c.* Sed 3 Justinianus Imp. præcedentes duas stipulationes valere constituit. *l. scrupulosam. 11. C. de cont & committ. stipul.* Ratio, quæ movit Imperatorem, hæc est: quia in stipulationibus, ut & in aliis contractibus, voluntas ac consensus contrahentium magis, quàm verborum & formularum subtilitas aut scrupulositas spectari debet: ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur, ut Imperator loquitur *in d. l. un. C. ut actiones & ab hered. & contra hered incip.* Neque verò impossibile est juris interpretatione & intellectu, ut quis post mortem suam aliquid det, vel accipiat. Dabit enim heres promissoris: vel accipiet heres stipulatoris. Quod cùm 4 fit: ipsemet defunctus dare, vel accipere videtur: propterea quòd heres cum defuncto una eademque persona reputatur. *Novell 48 in fine præfationis l hered. 59. ibiq. Doctor. ff. de reg. jur.* & in universum defuncti jus succedit. *l. cùm heres. 11. ff. de divers. tempor. præscript. l. hereditas. 62 ff. de reg. jur.*

3 Nec huic reclamat, quòd contrahentes non de heredibus suis, sed de se ipsis stipulationem conceperint. *Nam* hanc objectionem Imperator ipse dissolvit *in l. ult. C. de contrahend. & committend. stipulat*, dum indicat, quòd nemo tam stultus existimandus sit, ut stipuletur hoc modo sibi ipsi: sed ex consensu contrahentiũ hæc verba ita exaudiri debeant, quasi quis post mortem suam heredi suo dari stipuletur: etiamsi nullam heredis mentionem faciat. Neque etiam obloquitur prædicta vetus juris regula. Eam enim Justinianus sustulit, statuitq;, ut actiones ab heredibus, itemque contra heredes incipiant. *d. l. unic. C. ut actiones & ab hered & cont. hered. incip.* Vide illâ de re accuratiùs disseltantem Polydorum Ripam *in Commentar. de Actis in mortis articulo. cap. 7.*

§. *Item si quis ita. 14.*

Item si quis ita stipulatus erat: *Si navis ex Asiâ venerit, hodie dare spondes?* inutilis erat stipulatio: quia præposterè concepta est. Sed, cùm Leo, inclytæ recordationis, in dotibus eandem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse reijciendam existimaverit: nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare: ut non solùm in dotibus: sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

S V M M A R I A.

1 *Stipulatio præposterè concepta olim invalida, hodie subsistit.*
2 *Ratio novi juris duplex.*
3 *Non subtilitas verborum; sed potiùs voluntas contrahentium & testantium spectanda.*

HVjusmodi stipulatio, *si navis ex Asiâ venerit,*
1 *hodie dare spondes?* vel (secundùm Theophilum, Balduinum, Continm, Mynsinger. & alios quosdam Interpretes) *si navis cras ex Asiâ venerit, hodie dare spondes?* apud veteres inutilis erat. Ratio juris veteris ab Imperatore hæc indicatur: *quia*, inquit, *præposterè concepta est*. Cur autem hæc stipulatio præposterè concepta sit, sive cur sit præpostera, caussa hæc est: quia datio eventum conditionis præcedit: & sic ante conditionis eventum oritur obligatio; quod est præposterum. Nam recto ordine priùs ut conditio existat, & posteriùs obligatio necesse est; *ut liquet ex § sub conditione 4. supr. de verb. obligat.* Verùm Iustinianus hanc stipulationem non reijciendam esse existimavit: hoc tamen addito temperamento, ut exactio non statim, sed post conditionis demum eventum competat. *l. præpostere. 25. in fino. C. de testamentis.* Ratio hujus novi juris hic tantùm sumitur ab exemplo. Leo namque Imperator (cujus
2 constitutio hodie non extat) stipulationem præposteram in dotibus probavit: veluti, si mulier marito dans dotem ita stipuletur: *Si sine liberis decessero, dotem mihi, cùm moriar, dare spondes?* Quare Leonis exemplo isthæc stipulatio Justiniano placuit, non solùm in dotibus, sed in omnibus alijs caussis, hoc est, tam in contractibus omnibus, quàm in testamentis. *d. l. præposteri. 25. C. eod.* Cæterùm vera novi juris ratio videtur esse eadem, quæ suprà *§. proximo* est exposita: quòd nimium non subtilitas verborum; sed potiùs voluntas contrahentium, ut & testantium, sit spectanda. *l. unic in fin C. ut actiones & ab heredib. & cont. hered. incip. d. l præposteri. 25. C. de testament. §. ante heredis institutionem. 34. supr. de legatis.* 3

§. *Ita autem stipulatio. 15.*

Ita autem stipulatio concepta: veluti, si Titius dicat: *cùm moriar, dare spondes?* vel, *cùm morieris?* & apud veteres utilis erat, & nunc valet. Item post mortem alterius rectè stipulamur.

S V M M A R I A.

1 *Stipulatio illa, cùm moriar; vel, cùm tu morieris, dare spondes? & olim, & hodie recepta est: ejusq; ratio.*
2 *Idq; procedit hodie, tam in faciendi, quàm dandi stipulationibus.*
3 *Quare stipulatio hæc, post mortem Titij dare spondes? & olim valuerit, & hodie valeat.*

ETsi stipulatio hæc, *post mortem meam dare spondes?* vel hæc, *post mortem tuam dare spondes?* 1
olim inutilis erat, *ut dictum supr. in §. post mortem. 13 hoc tit.* illa tamen, *cùm moriar*, vel *cùm tu morieris, dare spondes?* & olim valebat, & hodie multò magis recepta est, *hoc § nostro. & l. quodcunque. 45. §. non solùm. 3. ff. de verb. obligat.* Ratio diversitatis hæc redditur: quia his verbis, *cùm moriar*, vel *cùm morieris*, ipsum moriendi tempus sive momentum significatur. Hoc autem moriendi momentum, vitæ potiùs, quàm morti attribuendum esse, pluribus demonstrant *Cujacius lib. 3. observation. cap. 34. Tiraquell in tract. de jure constituti possessorij. part. 3. limitat. 2. n. 12. Hotoman. hic enunciat. 4 & Heig. n. 2.* Nõ ergo impossibilis veteribus videbatur hæc stipulatio, ut superiores. Etenim hæc vivo dari spondetur, & vivus spondet, se daturum. Quod tamen apud veteres, ut 2
exempla textûs indicant, in dandi tantùm stipulationibus procedebat. Aliud quippe erat in faciendi stipulationibus, *ut apparet ex l. ult. C. de contrah. & commit. stipulat.* Has enim, cùm non ita extremo vitæ momento sive articulo, adimpleri possint, veteres impossibiles esse putarunt. Sed tandem Imp. Justinianus hasce veterum subtilitates & altercationes amputavit; & omnes istas stipulationes utiles esse, & ad heredes, etiam nulla expressâ & speciali heredum mentione factâ, transire voluit. *l. scrupulosam. 11. l. veteris. 13. & l. ult. C. de contrah. & committ. stipulat.* Porrò dubium non est ullum: quin stipulatio hæc,
post mortem Titii centum dare spondes? & olim valu- 3
erit, & hodie valeat, *hoc §. nostro, in fine.* Siquidem illa stipulatio est in diem: qui dies non adversatur regulæ antiquæ, *de quâ expositum in d. §. post mortem. 13. suprà hoc tit.*

§. Si ſcriptum. 16.

Si ſcriptum in inſtrumento fuerit, promiſiſſe aliquem: perinde habetur, atque ſi interrogatione præcedente, reſponſum ſit.

SVMMARIA.

1 *Inſtrumento, aliquem promiſiſſe, adſtruente: interrogatio præceſſiſſe adeóque omnia ſolenniter peracta cenſentur: & quæ ſit ejus ratio.*
2 *Verba cum effectu accipienda.*
3 *Interpretatio l. 1. C. de dotis promiſſ.*
4 *An & quatenus incerta dotis promiſſio valeat.*
5 *Si inſtrumentum aſſerat, placuiſſe vel convenisse inter contrahentes: ſtipulatio ſolennis interpoſita non præſumitur.*

1 QVia jam notum eſt, hunc ſtipulationis contractum conſtare ex interrogatione & reſponſione: dubitari poterat, an valeat ſtipulatio, ſi promiſſionis tantùm ſive reſponſionis in inſtrumento mentio fiat? Et ait Imp. valere: ut interrogatio, quamvis ejus in inſtrumento non fiat mentio, interceſſiſſe tamen ſeu præceſſiſſe præſumatur. Idemque tradit Paulus *lib. 5. ſentent. tit. 7. de obligationib. unde hic locus ad verbum eſt deſumptus.* Hujuſque ratio eſt: tum quia inſtrumento hæc ineſt præſumptio, ut omnia in eo comprehenſa, cenſeantur ritè ac ſolenniter eſſe geſta, *§. ult. infr. de fidejuſſorib. l. ſciendum. 30. l. Titia. 134. §. penult. ff. de verb. obligat. l. 1. cum ibi notatis & l. optimam. 14. C. de contrah. & committ. ſtipulat. l.*
2 *cum precibus 18. ibiq; Bald. C. de probation.* Tum quia verba ex receptâ juris interpretatione cum effectu, id eſt, ut valeant, ſunt accipienda *l. 1. §. 2 ff. quod quiſque juris in alter ſtatuerit. l. penult. §. 2. ff ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat. l. ſi ſe non obtulit. 4. §. condemnatum. 6. ff. de re judicat.* Cùm ergo promiſſio ſine præcedente interrogatione ſit inefficax: interrogationem ritè præceſſiſſe præſumimus: ut ſic actus valeat potiùs quàm pereat. *l. quotiens. 12. ff. de reb. du: iis. l. quotiens. 80. ff. de verb. obligationib. Gomez tom. 2. var. reſolut. jur. civ. c. 11. num. 17.*
3 Neque hanc improbat ſententiam Alexander Imp. *in l. 1. C. de dotis promiſſ.* ubi licèt in inſtrumento ſcriptum eſſet, dotem fuiſſe promiſſam: nihilominus tamen Imperator reſcripſit, ex eâ promiſſione nullam competere actionem. Inde colligi videtur, verbum *promiſſionis* in inſtrumento poſitû, non ſolennem & perfectam ſignificare ſtipulationem. Non, *inquam,* hoc Alexandri reſcriptum noſtram improbat ſententiam. Nam reſpondere poſſumus: Imperatorem in propoſito *dictâ l. 1.* caſu nô ideo actionem denegaſſe, quòd exiſtimaverit, ad probandam ſtipulationem non ſatis eſſe, in inſtrumento contineri, quòd dos promiſſa fuerit: ſed ideirco, quòd ex inſtrumento liquidò conſtiterit, dote[illegible]tam ſine expreſſione certæ quantitatis fuiſſe promi[illegible]am. Incertæ namque
4 dotis promiſſio, quantumvis ſolenni, ſtipulatione facta, nullius momenti eſt, nullamque actionem producit, ſi extraneus eam promiſerit, *ut ex textu dictâ l. 1. evincitur.* Aliter ſe res habet, ſi dos incerta non ab extraneo, ſed à patre, vel quodam alio, qui ad dotem conſtituendam tenetur, fuerit promiſſa. Hoc ſiquidem caſu valere eam, indubitatum eſt. *l. cùm poſt divortium. 69. §. gener. 4. ff. de jure dotium.* Et hæc 5
quidem, quæ hactenus dicta ſunt, omnino militant & procedunt, quando in inſtrumento verbum *promiſit* ſive *ſpopondit* eſt poſitum. Secus autem eſſe putatur, ſi in inſtrumento ponitur, placuiſſe vel conveniſſe inter contrahentes. Hac enim ſpecie ſolennis ſtipulatio interpoſita non præſumitur: ac proinde ex eo inſtrumento, niſi alia concurrant adminicula, ſtipulatio probari non poterit, *argum. l. lectâ. 40 ff. de reb. credit. & l. qui Romæ. 122. §. 1. ff de verb. obligat.* Idq; uberiùs explicat Carolus Molineus *in rubric. ejuſdem tit. n. 31. & ſeq.*

§. Quotiens. 17.

Quotiens plures res unâ ſtipulatione cũprehenduntur, ſi quidem promiſſor ſimpliciter reſpondeat, *dare ſpondeo*: propter omnes tenetur. Si verò unam ex his, vel quaſdam daturum ſe ſpoponderit: obligatio in ijs, pro quibus ſpoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim ſtipulationibus vel quædam videntur eſſe perfectæ. Singulas enim res ſtipulari, & ad ſingulas reſpondere debemus.

SVMMARIA.

1 *Plurium rerum ſtipulatio quatenus valeat.*
2 *Non eſt neceſſe, ut in reſpondendo omnia repetantur, quæ ſtipulator expreſſit.*
3 *Conſideratio l. quidquid ast[illegible]de. 99. in pr. ff. de verb. obligat.*
4 *Quæ in præfationibus dicuntur, in ſequentibus repetita intelliguntur.*
5 *In ſtipulationibus, quæ diviſionem recipiunt, utile per inutilem non vitiatur.*
6 *Conſideratio §. præterea. 5 ſuprà hoc tit.*

AGit hîc Imperator de ſtipulatione plurium rerũ, quatenus valeat. *Exempli gratiâ*; Stipulatus 1
ſum Pamphilum, Stichum, decem, fundum, &c. Hoc in articulo videndum eſt: num promiſſor ſimpliciter reſponderit, an quaſdam ex hiſce ſe daturum ſpoponderit. Si ad plures res, unâ ſtipulatione comprehenſas, promiſſor uno verbo ſimpliciter reſpondeat, *promitto, vel dare ſpondeo*: propter omnes tenetur. *l. inter ſtipulantem 83 §. item ſi ego. 4 & l quod dicitur. 80. ff. de verbor. obligat.* Et ratio eſt: quia non eſt neceſſe, in reſpondendo omnia ea repeti, quæ ſtipulator expreſſerit. *§. præterea inutilis. 5. in fin. ſupr. h. t.*
Non obſtat *l. quicquid adſtringenda. 99. in princ. ff. de verb. obligat.* ubi à Celſo Jureconſulto reſponſum eſt; ex ſtipulatione id ſolùm deberi, ad quod promiſſor ſe palàm verbis aſtrinxit. Sed hoc loco promiſſor ſimpliciter tantùm ſe promittere dixit: nec, quid promittat, adjecit. Non, *inquam,* obſtat. Nam 3

promissor, qui uno verbo simpliciter ad ea, quæ in interrogatione posita fuerunt, respondit; ad res singulas, in stipulationem deductas, separatim & palàm respondisse intelligitur. Ea siquidem, quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita censentur. *l. Titia. 134. §. 1. ff. d. tit.*
4 Quòd si verò promissor de pluribus rebus interrogatus, ad eas res non simpliciter, *promitto*, sed ita, *Stichum promitto* respondeat: obligatio tantùm in Sticho, pro quo spopondit, contrahitur. Ratio, cur stipulatio hæc Stichi valeat, est hæc: quia perfecta est, *ut indicat hic Iustinianus in vers. ex pluribus, &c.* Constat enim interrogatione & responsione. Reliquarum verò rerum stipulationes non valent: cùm sint imperfectæ. Habent etenim interrogationem: sed non habent responsionem. Nec movet, quòd his verbis, *Pamphilum, Stichum, decem, &c. dabis? dabo Stichum:* una stipulatio contracta videatur: ac proinde inutilis: propterea quòd responsio cum interrogatione non omnino conveniat. *Istis* namque verbis non una, sed plures stipulationes continentur. *l. scire debemus. 29. ff. de verb. obligat.* ex quibus una, ad quam est responsum, perfecta est, atque ideo
5 utilis: reliquæ sunt inutiles. Siquidem in stipulationibus, quæ divisionem recipere possunt, utilis per inutilem vitiari non debet. *l. 1. §. sed si mihi. 5. ff. eod. l. sed si sibi. 11. ff. de stipulat. servor. Vngepaur. Exercit. Iustin. 16. q. 7.*
6 Huic sententiæ non adversatur *d. § preterea, 5. supr. hoc tit.* ubi promissor, qui de decem aureis interrogatus, quinque se daturum respondit, ne quidem ad quinque tenetur. Ergo non videtur, subsistere, quod dicitur stipulationem esse validam, si promissor de paucioribus rebus, quàm fuit interrogatus, respondeat. Non adversatur, *inquam.* Nam præter veram resolutionem *in d. §. pretere*[illegible] adductam, & hoc forsan non incommodè dici pote[illegible] stipulationem *in dicto isto* §. ideo dici inutilem, quòd stipulator decem aureos eâ mente, eoque animo stipulatus fuerat, ut pauciores non reciperet. Ast in proposito casu stipulator non ita animum limitatum & astrictum ad res plures habuit: sed eâ intentione, & eo animo plures in stipulationem deduxit, ut vel omnes, vel pauciores à promissore acciperet. Et ita dictum §. *preterea. supr. hoc tit.* exaudire videntur *Accursius in d. l. 1. § si stipulanti. ff. de verb. obligat. Albert. Bolognet. ad rubr. ff. d. tit. cap. 31. num. 6. & 7. Theodorus Straitman. in suis antinom. legum civil. contrariet. 9. Gabriel Mudæus in l. in venditionibus. 9. ff. de contrahend. empt. numer. 4. Ioan. Marcus Aquilinus in d. l. 1. §. si quis simpliciter. ff. de verbor. obligat. numer. 48. & Benedictus Pinel. selectar. interpretat. lib. 2. cap. 17. num. 2. & seq. aliique nonnulli, quos recitavimus in d. §. præterea. 5. num. 4. supra hoc tit.*

§. *Alteri. 18. §. sed & si. 19. & §. versa vice. 20.*

Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod suâ interest: cæterùm si alii detur, nihil interest stipulatoris. Planè si quis velit hoc facere: pœnam stipulari conveniet: ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cùm stipulatur quis: non istud inspicitur, quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur, *Titio dari?* nihil agit: sed si adjecerit pœnam, *Nisi dederis, tot aureos dare spondes?* tunc committitur stipulatio.

§. 19. Sed & si quis stipuletur alii, cùm ejus interesset: placuit, stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore: quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est (cùm obligatus futurus sit pupillo, si malè res gesserit) tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit: habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod suâ interest, ne fortè vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant: valet stipulatio.

§. 20. Versa vice, qui alium facturum promisit, videtur in eâ esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.

SVMMARIA.

1 *Stipulatio alteri facta, inutilis censetur.*
2 *Inter possessionem & obligationem, alteri quærendam, differentiæ hujusq; ratio.*
3 *Nunquid ex stipulatione, alteri factâ, naturalis saltem obligatio oriatur.*
4 *Dictio (potest) negativè, item affirmativè posita, quid importet.*
5 *Obligatio naturalis non est sine consensu.*
6 *Obligatio naturalis solâ æquitate naturali sustinetur.*
7 *Pacta & conventiones servandæ.*
8 *Quibus casibus alteri stipulari liceat.*
9 *Si stipulationi alteri factæ pœna adjiciatur, stipulatio valet.*
10 *Omnis stipulatio pœnalis est conditionalis.*
11 *Si quis alteri stipuletur, cùm suâ interest, utilis est stipulatio: & quare.*
12 *Per verbum, interest, quid hoc loco intelligatur.*
13 *Interesse quomodo definiatur.*
14 *Hominem beneficio afficere, interest homini.*
15 *Verba in propriâ significatione accipienda.*
16 *Quibus modis contingat, ut intersit nostrâ pecuniariter, alteri quippiam dari.*
17 *Promissor si de alio promittat, non obligatur: nisi pœna adjecta fuerit.*

Dictum est supra [illegible] *quis alii. 4. hoc tit.* stipulationem esse inutilem, si quis alteri stipuletur: hoc 1
loco Imperator id exactiùs decidit atque declarat, *ex l. stipulatio ista. 38 § alteri. 17. ff. de verbor. obligationib.* Nec hanc Imperatoris decisionem infringit *l. 1.* 2
C. per quas person. nobis acquirat. & l. traditio. 20. §. ult. ff.

ult. ff. de acquir. rer. domin. in quibus legibus habetur: per liberam personam omnium rerum possessionem, & per hanc dominium alteri acquiri posse. *Nam respondetur*: in eo esse inter obligationem & possessionem alteri quærendam differentiam. Ratio differentiæ hæc est: Nemo alteri obligari potest, nisi cum detrimento quodã, & incommodo sui patrimonii, quod per obligationem minuitur. Qui igitur stipulatur alteri dari, is hoc agit, ut stipulando faciat conditionem alterius (promittentis scilicet) deteriorem, non quidem ad suam utilitatem, sed illius, cui stipulatur. Hoc autem iniquum, & à ratione alienum, adeoq; minimè permittendum esse, Jurisconsulti veteres censuerunt. Cæterùm qui possessionem, alterius nomine sibi traditam, acceptat: alterum cum jacturâ & incommodo alterius locupletiorem non reddit. Haud siquidem possessio, quam alter tradit, ex eo amittitur, quod alteri, cujus nomine acceptata est, acquiratur: sed quòd ita jure provisum sit, ut quis statim possessionem amittat, cùm eam animo possidere desinit; etiamsi ea alii neutiquam acquiratur. *l. quod meo. 18. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Et hac de re, more suo, prolixè disputat Donellus *in d. l. stipulatio ista 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obligat. num. 3. & seqq. item q; Bachovius in not. ad Treutler. vol. 2. disp. 27 th. 2. lit. D. pag. 817. &*
3 *seq.* Ac sanè hæc decisio sive regula, quâ dicitur, alteri stipulari neminem posse, adeò procedit: ut ex ejusmodi stipulatione alteri facta ne naturalis quidem obligatio oriatur, *argumento dicti §. si quis alii. 4. supr. h. t.* ubi, per hanc stipulationem nihil agi, traditur. Ergò ne naturaliter quidem promissor stipulatori obligatur. Idem etiam *per hunc §. nostrum* probari posse videtur, in quo Imperator ita loquitur: *Alteri stipu-*
4 *lari nemo potest.* Quæ certè dictio, *potest*, negativè posita, *ut hic*, impossibilitatem & necessitatem importat: tametsi affirmativè posita necessitatem non inducat. *Gloss. & Dd. in c. 1. verb. non potest. de reg. jur. in 6. Bartol. in l. Gallus. 29. in princ. ff. de liber. & posth.*
5 *hered. instituend.* Adde, quòd ne naturalis quidem obligatio est sine consensu. *l. 1. § conventionis. 3. vers. adeò autem. ff. de pact.* Atqui cum eo, in quem stipulatio collata est, promissorem nihil convenisse constat, utpote cum quo nihil prorsus egerit. Itaq; sine dubio ei obligari non potest. Licet verò inter ipsum stipulatorem & promissorem consensum intervenisse certum sit: tamen, quod res ipsa docet, nullus talis est consensus, ut ei detur, qui stipulatus est. Nulla igitur cum eo pactio in hoc, ut ei detur: ac proinde de eo nulla obligatio, ne naturalis quidem.

6 Non obstat huic sententiæ *l. Stichum. 95. §. naturalis. ff. de solut.* ex quâ lege tale quidam ducunt argumentum: Naturalis obligatio solâ naturali æquitate
7 sustinetur, & in eâ tanquam radice fundatur. Sed pacta & conventiones servari, est æqvum. *d. l. 1. ff. de pact.* Ergo videtur dicendum: ex illâ promissione, quâ quis non stipulatori, sed alii se daturum promittit, naturalem obligationem produci. Non obstat, *inquam*, hæc argumentatio. Nam ad minorem respondetur; verum quidem esse in genere, quod affirmatur *in d. l. 1. ff. eod.* æqvum esse pacta servari. Ast in specie proposità nulla subest æquitas, quæ stipulationem vel pactum, quo actum est, ut alii quippiam præstetur, servandum esse dictitet. Satis enim hoc ab æquitate alienum esset, si jura aliquem sine ullo suo commodo posse alium astringere, ut alteri det aliquid vel faciat, permitterent. Et hanc opinionem, ut pote verissimam, *post alios*, defendit Zasius *num. 6. cum seqq.* & Donellus *n. 11. in d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. ff. de verbor. obligat.*

Præmissæ autem regulæ, quâ nemo alteri stipulari 8
potest, duæ exceptiones hoc loco afferuntur. Prima 9
hæc est: nisi quis pœnam huic stipulationi apposuerit, hoc modo: *Sempronio dabis fundum: & nisi dederis, mihi dabis centum?* Quo casu committitur, id est, valet stipulatio: & promissor vel fundum Sempronio dare tenetur, vel si non dederit, mihi cogitur dare centum. In hac enim stipulatione pœnali non inspicitur, intersitne stipulatoris, an non intersit, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis: hoc est,
inspicitur, quæ sit quantitas in pœnâ. Pœna etenim 10
conditionaliter adjici solet: & omnis pœnalis stipulatio est conditionalis. *§. ult. supr. de verb. obligation.* Atque ita duæ hîc videntur stipulationes: una alteri facta in fundo: altera in centum pœnalis, facta ipsi stipulatori: eaque valet & utilis est; & quasi extante stipulationis conditione, ad pœnam agi potest: quam tamen promissor effugiet, si priori stipulationi, licèt per se inutili, pareat. *Sed videantur Donellus ad d. l. 38. §. alteri 17. ff. d. tit. n. 73. & seq. Berchelt. hîc num.*
1 & 2. & Heigius num. 12. & seqq. Secunda exceptio 11
hæc est: nisi quis alteri stipulatus sit, cùm suâ interesset. *§. sed & si quis. 19. hoc tit. l. stipulatio ista. 38. § si stipuler. 20. ff. de verb. obligat.* Hujusque exceptionis ratio in promptu est: quia tunc non alteri, sed sibi ipsi obligationem actionemq; stipulator, ratione sui interesse, acquirit. *l. liber homo. 118. § fin. ff. de verb. obligat.* Vide Bachovium *in dictis not. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 2. lit. F. pag. 829.* & Knipschildt *exercitat. Acad. 6 quæst. 9 pag. 223. & seq.* Sciendum autem est: non quoquo modo cujusque interesse. *l. fidejussoris. 23. ff. de pactis.*
Intelligitur itaque hoc loco 12
per verbum *interest* id, quod pecuniariter interest.
Definitur enim interesse id, quod mihi abest, & quod 13
lucrari potui. *l. si commissa. 13. ff. rem ratam haberi.* Lucrari autem tantùm illud intelligimus, quod in pe-
cuniam patrimoniumque nostrum convertitur. Nec 14
obstat, quod *in l. servus. 7. ff. de servis exportand.* dicitur; hominem afficere beneficio, interesse hominis. *Quia* in illâ l. verbum *interesse καταχρηστικῶς* & ab-
usivè accipitur. Namque propriè id dicitur interesse, 15
quod pecuniariter interest, ut ex definitione interesse jam positâ videre licet. At verba in propriâ significatione exaudienda esse, omnibus manifestum est. *l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3. l. Labeo. 7. §. 2.*
vers. id Tubero. ff. de supellect. legat. Contingit verò 16
duobus modis: ut intersit nostrâ pecuniariter, alteri quid dari. Primò si is, cui stipulati sumus, nobis de eâdem re reddendâ sit obligatus, ut sic res ad nos revertatur. Quod procedit in eo, qui procuratori suo stipulatus fuerit. Quicquid enim procuratori datur,

id ipse dominus à procuratore actione mandati consequitur. *l. idemq́. 10. §. si cui mandavero. ff. mandati.* Secundò si nos ei, cui stipulati sumus: jam antea ex re obligati simus. Ad hanc speciem pertinent exempla, quæ hic *in d.* §. 19. de tutore stipulante pupillo, & de debitore stipulante creditori suo ponuntur. Plura hujus rei exempla extant *in d. l. stipulatio ista. 38. §. si stipuler 20. & §§. seqq. ff. de verb. oblig.* Cæterum præter istas duas, sunt & aliæ præfatæ regulæ exceptiones; quas Interpretes *hic, & in d. §. si quis alii. 4. supr. hoc*
17 *tit.* examinant. Quòd porrò de stipulatore modo expositum est: non posse quem alteri stipulari, nisi vel pœna adjecta sit, vel ejus intersit: idem ex adverso etiam de promissore dicendum, Imperator subjicit *hic in §. versa vice. 20.* eum nimirum, si non de se ipso, sed de alio promittat, non obligari (sive promiserit, alium daturum, sive facturum) nisi pœna adjecta fuerit: *de quo latiùs supra in §. si quis alium. 3. hoc tit. & d. l. stipulatio ista. 38. §. at si quis. 2. ff. de verb. obligat.*

§. *Item nemo.* 21.

Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.

SUMMARIA.

1 *Inutilis est stipulatio, si quis rem alienam, suam futuram, in eum casum, quo sua fit, stipuletur: ejusq́. ratio.*
2 *Quod nostrum est, amplius nostrum fieri non potest.*
3 *Quibus casibus quis rem propriam rectè stipuletur, remissivè.*

1 Docuit Imperator suprà *in §. idem juris. 2. hoc tit.* stipulationem rei suæ esse inutilem: hic adjicit, inutilem quoque esse stipulationem, si quis rem alienam, suam futuram, in eum casum, quo sua sit, stipuletur: ut si dicat, *Fundum Caii, cùm meus erit, dabis?* Idem tradit Paulus *in l. nemo. 87. ff. de verb. obligat.* Ratio, cur non valeat hæc stipulatio, est illa: quia tempore conditionis existentis, quo obligatio nasci-
2 tur, fundus iste dari non potest. Quid ita? quia quod nostrum est, ampliùs nobis dari, magisque nostrum fieri nequit. *§. sic itaq́. discretis 14. infr. de actionib. §. sed si rem. 10. supra de legat.* Quamobrem nihil refert, utrùm res initiò, id est, tempore contractûs mea sit; an postea, hoc est, tempore præstationis. Hic enim locum regula vulgaris habet: stipulationem incidisse in eum casum, à quo incipere non potest, *de quâ explicatum supra in d. §. 2. hoc tit. num. 17.* Cæ-
3 terùm aliquot casus, quibus rem propriam rectè stipulatur, exponit diligenter Mynsingerus *hic num. 4. & seq.*

§. *Si de alia re.* 22.

Si de alia re stipulator senserit, de aliâ promissor: perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset: veluti, si hominem Stichum à te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

SUMMARIA.

1 *Stipulatio propter errorem rei, ac dissensum contrahentium vitiatur.*
2 *Error nominis & materiæ non vitiat stipulationem.*
3 *Secus est in emptione: & quæ sit ratio differentiæ.*

Si erraverint stipulator & promissor in re sive corpore: nulla contrahitur stipulatio, *hoc §. nostro. l. inter stipulantem. 83. §. 1. & l. continuus 137 §. 1. ff. de verbor. obligat.* Ratio est perspicua: tum quia diversitas responsionis stipulationem annihilat: quam rationem indicat Imperator hic in verbis: *perinde nulla contrahitur obligatio, &c.* Tum quia contractus omnes consensum desiderant: ac proinde dissensu & errore vitiantur. *l. 1. §. conventionis. ff. de pact. l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. §. 1. l. in omnibus rebus. 55. & l. in omnibus negociis. 57. ff. de oblig. & actionib.* Atque hæc quidem 1 de errore corporis tantùm intelligenda sunt. Nam error nominis stipulationem non vitiat: ut, *dabis mihi servum tuum Pamphilum? dabo:* utilis est stipulatio; etiamsi servus non Pamphilus, sed Mævius vocetur. *l. si in nomine. 32. ff. de verb. obligat. l. in venditionibus. 9. §. 1. ff. de contrah. empt.* Error quoque materiæ sive qualitatis non vitiat stipulationem. *Verbi gratia*; si stipuler à Sempronio nummum aureum, ut putabam, cùm reverà esset æreus: stipulatio valet: quoniam in corpore consensimus: quamvis Sempronius promissor, si sciens me fefellerit; de dolo teneatur. *l. si id, quod aurum. 22. ff. de verb. obligat. ibiq. Zasius, Duarenus, Alciatus & Donellus.* Quocirca error non nominis, non materiæ seu qualitatis, sed corporis, stipulationem vitiat: velut, si stipuletur quispiam à Titio Stichum, & promissor habeat duos Stichos, nigrum & album: & nigrum intelligat stipulator, promissor album: non subsistit stipulatio: quia, *ut antè monitum*, stipulatio exemplo cæterorum contractuum utriusque consensu perficitur. *d. l. inter stipulantem. 83. §. 1. & d. l. continuus. 137. §. 1. ff. de verb. obligat.* At non consentiunt, qui errant. *l. si per errorem. 15. ff. de jurisdict. l. 2. in princip. ff. de judic. l. nihil consensui. 116. ff. de reg. jur.* Quâ in re stipulatio ab emptione & venditione nonnihil discrepat. Etenim in emptione contrahenda nihil profuerit, contrahentes in corpore consensisse, si in materiâ vel qualitate seu substantiâ erratum sit; putà si quis æs emat pro auro, vel plumbum pro argento. *d. l. in venditionibus. 9. §. ult. & legibus aliquot seqq. ff. de contrah. empt.* Ratio differentiæ, cur (*inquam*) error in materiâ venditionem vitiet, stipulationem non item, hæc est: quia in stipulatione interest stipulatoris, ut æs saltem sit in obligatione. Ast in emptione interest emptoris, qui vicissim ad precium obligatur; ne ullo modo in ære vel plumbo, quod pro auro, vel argento venditum est, emptio consistat. *Ita sentiunt Cujac. in d. l. si id, quod aurum. 22. ff. de verb. obligat. & lib. 2. observat. c. 4. Petr. Augustin. Morla in empor. jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n. 18. & seqq. Gœddæus in Comment. de contrah. & commit. stipulat. c. 3. conclus 4. num. 20. cum seqq. Borcholt. hic n. 4. & in Comment. de verb. obligat. cap. 5. num. 74. & multis seqq. & nonnulli alii, quos citavimus infra ad principium tit. de empt. & vendit. num. 18.*

§. Quod

§. *Quod turpi. 23.*

Quod turpi ex causa promissum est: veluti, si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat: non valet.

S V M M A R I A.

1 *Stipulationes turpes, & contra bonos mores, nullius momenti sunt.*
2 *Turpia in jure comparantur impossibilibus.*
3 *Quæ stipulationes dicantur turpes.*
4 *Turpe est, pro eo pecuniam accipere, quod facere gratis aliquem oportet.*
5 *Inhonestum est, vinculo pœnæ matrimonia obstringi.*
6 *Alterius hereditatem stipulari non licet.*
7 *Advocatus ex eventu litis certam partem lucri stipulari nequit.*
8 *Ex stipulatione turpi, nec obligatio, nec actio oritur.*
9 *Stipulatio turpis adeo vitiatur: ut, licèt appositum sit juramentum, tamen non subsistat.*

1 GEneraliter stipulationes turpes, vel contra bonos mores, nullius momenti sunt, *l. generaliter. 26. cum l. veluti. seq. ff. de verb. obligat. l. ex eo. 4. C. de inutilib. stipulat. & hoc §. nostro.* Ejusque ratio est: quia turpia in jure comparantur impossibilibus. *l. filius. 15. ff. de condit. institut. l. non solum. 31. ff. de oblig. & act. l. si stipulor. 35. & l. si flagitii. 123 ff. de verbor. obli-*
2 *gat.* Turpes autem & contra bonos mores, adeòque inutiles & nullius momenti, sunt primò hæ stipulationes, quibus quid, quod per se & naturâ turpe est, promittitur: veluti, si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat: quæ sunt exempla *hu-*
3 *jus § & dicta l. veluti. 27. ff. d. tit.* Deinde turpis hæc est stipulatio, cùm alicui promittitur pecunia, ne maleficium designet. *l. jurisgent. 7. § si ob maleficium. 3.*
4 *ff. de pactis.* Hujus ratio est: quia hoc ipsum turpe est, pro eo pecuniam accipere, ut à maleficio temperes: quod facere suâ sponte & gratis unumquemque oportet, *arg. l. 2. & ult. ff. de condict. ob turp. vel inju-*
5 *stam causam.* Præterea & illa stipulatio turpis non sine ratione censetur: cùm quis pœnam ab aliquo stipulatur, si illam uxorem non duxerit, aut si ab eâ, quam duxerit, diverterit: siquidem inhonestum visum est, vinculo pœnæ matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta, inquit Paulus *in l. Titia. 134. in fine principii ff. de verb. obligat.* Quò etiam pertinet *l. 2. C de inutilib. stipulat.* Denique turpes existimantur stipulationes, quæ quidem per se turpes non videntur: sed tamen per accidens in se delicti illecebram
6 habent. Talis stipulatio est, quâ quis sibi alterius hereditatem deferri stipulatur. *l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verbor. obligat.* Quæ si valere cœperit, quia ejus emolumentum ex morte promissoris pendet, etiam votum & captationem mortis promissoris afferet, quò citiùs hereditate potiri liceat. *arg. l. fin. C. de pact.*
7 *& l. de fideicommisso. 11. C. de transactionib.* Talis item habetur stipulatio advocati, qua is ex eventu litis certam partem lucri sibi à cliente suo dari stipulatur *l. salarium. 7. ff. mandati. l. sumptus. 53 ff. de pact.*
8 *l. 1. § si cui. 12 ff. de var. & extraordinar. cognit.* Cùm igitur ejusmodi stipulationes non valeant, *per hunc §. nostrum.* & inutiles, nulliusque momenti sint. *d. l. generaliter. 26. & d. l. stipulatio. 61 ff. de verb. obligat.* consequens est, nec actionem aut obligationem inde oriri. *d. l. jurisgentium. 7. §. si ob maleficium. 3. ff. de pact. l. non dubium. 5. C. de legib. & d. l. ex eo. 4. C. de inutilib. stipulat.* Quapropter erronea videtur Cujacii *in d. l. generaliter. 26. ff. de verb. obligat.* & aliorum quorundam opinio, existimantium; turpes stipulationes non ipso jure inutiles esse: sed mero jure valere, & ope tantùm exceptionis infirmari. Quos copiosissime refutat Donellus *in d. l. generaliter. num. 3. & 4. ff. eodem.* Arumæus *disput. 22. ad præcipuas ll. Pand. lib. 8. Pacius Cent. 7. ἀντιφανῶν. quæst. 28.* hosque referens D.D. Besoldus *in delibatis jur. ex lib. 43. ff. quæst. 5. pag. 169.* Adeò autem ratione turpitudinis 9
stipulatio vitiatur: ut, etiamsi appositum sit juramentum, nullas omnino vires stipulatio recipiat. *d. l. jurisgentium. 7 § & generaliter. 16. ff. de pactis. c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. Schneidevvin. hic num. 3.* Nulla etenim religio est, quâ turpiter facere obstringamur: estque hic Deo gratior prævaricatio, quàm obedientia: vel, *ut ait Iustinianus*, hujusmodi transgressio magis placet Deo, quàm jurisjurandi observatio. *Novell. 51. in præfatione, post medium.*

§. *Cùm quis. 24.*

Cùm quis sub aliquâ conditione stipulatus fuerit: licèt ante conditionem decesserit: postea existente conditione heres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.

S V M M A R I A

1 *Stipulatio conditionalis ad heredem transit: legatum conditionale non item.*
2 *Quæ sit differentiæ istius ratio.*

IN conditionali stipulatione, si ante conditionis eventum sive stipulator, sive promissor moriatur: nihilominus eorum heredes & convenire, & conveniri possunt, hoc §. *nostro & l. si quis 57. ff. de verbor. obligat.* Aliud est in legato conditionali. *l. legata. 41. ff. de conditionib. & demonstrat. l. is, cui. 42. ff. de obligat. & actionib. l. 4. & 5. ff. quando dies legator. vel fideicommissor. cedat. l. quæ legata. 18. ff. de reg. jur.* Ratio 2
differentiæ inter legatum & stipulationem hæc est: quia stipulatio conditionalis jam ab initio est aliquid: legatum conditionale non item. Rationem rationis exposuimus suprà *in §. sub conditione. 4. de verbor. obligationibus. numer. 10. 12. & seq.*

§. *Qui hoc anno. 25. & ultimus.*

Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est: nisi omnibus partibus anni, vel mensis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem: non poteris continuò agere: nisi tantum spacium præterierit, quo traditio fieri possit.

S V M M A R I A.

1 *Si tempus stipulationi sit adjectum differendæ solutionis gratia, ante tempus elapsum agi nequit.*
2 *Promissum in annos singulos, in principio cujusque anni peti potest.*

3 Quan-

3 *Quamvis stipulatio pura sit: tamen tantillum temporis inest, quanto traditio fieri possit*

4 *Quid de stipulatione dandi hoc loco statuitur: idem etiam de stipulatione faciendi intelligendum est.*

1 HIc locus ad verbum ex Pomponii responso est descriptus. *l. qui hoc anno. 42. ff. de verb. oblig.* Cujus sententia hæc est: si tempus stipulationi adjectum sit, differendæ so:utionis gratiâ: ante totum tempus elapsum agi non posse. Et quòd hîc dicitur: eũ, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est; nisi omnibus partibus anni, vel mensis præteritis non rectè petere: idem quoque procedit, si in annum, aut in duos, tres vel plures annos, item si proximo mercatu dari stipulatus fuerit. *l. si in annos. 49. ff. de cōditio-*
2 *nib. & demonstrationib l. eum, qui. 138. ff. de verbor. obligat.* Secus est, si quotannis, vel in annos singulos, vel annuum aliquid quis promiserit. Nam ab eo in principio statim cujusque anni peti poterit: *ut uberiùs explicatum est in §. at si ita stipuleris 3. suprà. de*
3 *verb. obligat.* Quæ autem huic §. contrariari videntur, abundè diluit Mynsingerus *hic num. 2. 3. & 7.* Tandem Justinianus Imp. in calce hujus tituli subnectit: eum, qui fundum vel hominem dari stipulatur, non continuò agere posse. Quamvis enim hæc stipulatio pura sit: & ideo confestim agi posse videatur. *§ omnis stipulatio. 2. suprà de verbor. obligat.* id tamen benignè, & cum aliquo temperamento temporis intelligendum est. Neque enim cum facco statim creditor venire debet, *auctore Paulo in l quod dicimus. 105. ff. de solutionib.* Illud igitur tempus expectandum est quo executio stipulationis, id est, traditio commodè fieri possit. *l. interdum 73. ff. de verbor. obligation. §. loca. 5. suprà dicto jam tit. ubi id declaravimus fusiùs.* Quod porrò hîc de stipulatione dandi afferturr idem etiam de stipulatione faciendi statuendum, Venulejus IC respondit: ut videlicet tantum temporis illi stipulationi inesse intelligatur, quo factum promissum præstari queat. *l. continuus. 137. §. cùm ita stipulatus. 2. & §§. seqq ff. de verborum obligationibus.* 4

DE FIDEIUSSORIBUS,

TITULUS XXI.

Principium Tit.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentiùs sibi cautum sit.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Dispositio tituli: eaque à D. Boceri reprehensione vindicatur.*
3 *Fidejussor quis dicatur.*
4 *Inter sponsorem & fidejussorem differentia: item prius unde dictus.*
5 *Expromissor quis.*
6 *Constitutor quis.*
7 *Mandator quis.*
8 *Fidejussor quid promittat.*
9 *Factum alienum promittitur inutiliter.*
10 *An fidejubere omni jure sit licitum.*
11 *Pignus, pro securitate cujuscunque contractûs, nectere permittitur*
12 *Sine commerciis Respublica subsistere vix potest.*
13 *Contractus & commercia jure gentium introducta.*
14 *Fidejussionis actum pium, & cum humanitate conjunctum esse, exemplis sacris docetur.*
15 *Vnusquisque non minùs proximũ, quàm seipsum, diligere jubetur.*
16 *Explicantur quædam sacræ Scripturæ loca.*
17 *Syracides quid de fidejussionibus sentiat.*
18 *Abusus rei substantiam non tollit.*
19 *Nemo re suâ abuti debet.*
20 *Quilibet rerum suarum moderator & arbiter.*
21 *Fidejussorem confidis in carnem, adeóq; in hominem instabilem.*
22 *Omnis spes in solo Deo collocanda.*
23 *Quam solicitudinem Deus prohibeat.*
24 *Nemo cum suo damno alteri benefacere cogitur.*
25 *Domesticorum cura habenda.*
26 *Fidejussores in causa dotis non rectè accipiuntur.*
27 *Pupilli & præsides provinciarum mutuò dare non possunt.*
28 *Quod non est prohibitum, censetur permissum.*
29 *An is, qui juravit, se nolle fidejubere, deinceps absque perjurio fidejussionem subire queat.*
30 *In necessitatibus proximo semper subveniendum.*
31 *Iuramentum temerarium non est obligatorium.*
32 *Iuramentum ad casum omissum & incogitata non extenditur.*
33 *Iurans, se ampliùs mercatorem esse nolle, quatenus nihilominus mercaturam exercere possit.*
34 *Iurans, se non fore magistratum, nihilominùs magistratu fungi poterit.*
35 *Iurans non revelare arcanum sibi commissum, quando illud detegere teneatur.*
36 *Qui lege permittente aliquid facit, peccare non censetur.*
37 *Quæ personæ fidejubere possint, vel non.*
38 *Pupilli & minores quando pro aliis rectè intercedant.*
39 *Milites cur fidejubere nequeant.*
40 *Clerici quatenus ad fidejussionem idonei: ibiq; D. Boceri objectiuncula refutantur.*
41 *Fœminæ an pro aliis intercedere possint.*
42 *Mulier exceptione senatusconsulti Vellejani uti potest bonâ conscientiâ.*
43 *Contra juris prohibitionem factum, non debet esse ratum.*
44 *Leges prohibitoriæ, in foro etiam conscientiæ, servandæ.*
45 *Deus politias, & earum ordinationes rationabiles approbat.*
46 *Vtrùm beneficio senatusconsulti Vellejani mulier renunciare possit.*
47 *De isto beneficio mulier in specie certioranda.*
48 *Vnicuique favori pro se introducto renunciare permittitur.*
49 *Fœmina naturâ tenax & avara.*
50 *Donatio mulieris loco miraculi habetur.*
51 *Quæ publici juris sunt, pactis privatorum tolli nequeunt.*
52 *Qui contra legem facere dicatur. ibiq; nonnullæ instantiæ occurruntur.*

53 Quæ

53 *Quæ in fraudem senatusconsulti Vellejani excogitata probari possunt, rata haberi non oportet.*
54 *Quid dicatur in fraudem legis fieri.*
55 *Quæ sit tacita sententia legis.*
56 *Ad objectionem respondetur.*
57 *Alii objectioni occurritur.*
58 *Mulier, mediante juramento, renuncians beneficio senatusconsulti Vellejani, non juvatur.*
59 *Iuramentum est loco certiorationis.*
60 *Mulier enormiter læsa contra venire potest renunciationi, non obstante juramento.*
61 *Quibus casibus mulieri, pro alio fidejubenti, non succurratur.*
62 *An minùs idoneum fidejussorem recipiens, eum approbasse videatur.*
63 *Minùs idoneus fidejussor unde æstimetur.*
64 *Si fidejussor ab initio locuples datus, ex post facto non solvendo effectus fuerit: num debitor alium idoneum fidejussorem dare teneatur.*
65 *An is, qui fidejussores dare tenetur, dando pignora liberetur.*
66 *Aliud pro alio creditori invito præstari nequit. & num. 65.*
67 *Plus cautionis in re, quàm in personâ.*
68 *Illud, quod mihi non nocet, & alteri prodest, benignè præstandum.*
69 *Ordinata charitas incipit à se ipsa.*
70 *An creditor fidejussorem acceptum dimittere, & alium æquè idoneum acceptare cogatur.*
71 *Consideratio l. si mandatu. 45. §. 2. ff. mandati.*
72 *Debitor aliud pro alio solvendo non liberatur.*
73 *Quatenus creditor dimittere debitorem teneatur.*
74 *Quatenus creditor debitori gratificari debeat.*
75 *Regula (quod tibi non nocet, & mihi prodest, faciendum tibi incumbit) quando locum non habeat.*
76 *An & quatenus fidejussor oblatus sit idoneus, in facto consistit, & tractu demum temporis explorari potest.*
77 *Mens & intellectus l. 2. §. locum. 8. ff. de religios. & sumpt. funer.*

1 CVm Obligatio fidejussionis non aliter, quàm verbis contrahatur, nec sine stipulatione fiat, etiamsi obligatio principalis, cui accedit, re, aut literis, aut consensu ineatur. *l. 1. §. verbis 7. cum §. seq. ff. de obligat. & actionib. l. blanditus. 12. C. hoc tit.* meritò ea ad verborum obligationes, de quibus superioribus
2 titulis expositum, refertur. Primo autem explicat Justinianus Imp. quid sit fidejussor, quæve sit causa fidejussionis finalis, *in hoc principio.* Deinde de materiâ, circa quam versetur, & quibus obligationibus accedere possit fidejussor, tractat. §. 1. Tertiò formam & effectum fidejussionum, quomodo nimirum contrahantur, & quaten' ex his fidejussores obligentur, promiscuè explanat. §. 2. 3. 4. *& seqq.* Dominus Collega Bocerus *hic num. 23. pag. 304.* aliam hujus Tituli dispositionem tradit, eamque pro suo more mirè commendat, quasi hujus tituli complexum uberiùs, & perspicuè magis explanet. Equidem, si proposita hujus tituli dispositio à me esset inventa atq; excogitata: eam nullatenus laudarem: cùm probè sciam, eos tantùm se ipsos collaudare consuevisse, quos gloria vexat inanis. At quoniam ea est ipsius Justiniani Imperatoris; sicuti ex singulis Paragraphis ad oculum demonstrari potest: omnino eam, ceu satis perfectam & sufficientem, retinendam puto. Contrà, non video, quî arrogantiæ & temeritatis opinionem effugere valeant ii, qui ipsius Imperatoris operam culpare atque damnare audent. Fidejussor largâ
3 significatione omnis is dicitur, qui alterius obligationem suscipit, & fide suâ (hoc est, periculo & præstatione. *l. Lucius. 24. ff. hoc tit.*) esse jubet: unde & fidejussor dictus, sive sit fidejussor simplex, sive mandator, sive constitutor, sive expromissor, *ut tradit disertè Wesenbec. in Paratitl. ff. eod. num. 2.* Sed propriè loquendo fidejussor appellatur ille, qui per solennem stipulationem, ad majorem creditoris securitatem, pro principali debitore ita se obstringit, ut obligatio principalis nihilominus duret, salvaque maneat, *argumento hujus principii. §. ult. infr. de replicat. d. l. 1. §. sed aut proprio. 8. ff. de obligat. & act. l. Titius. 54. in fin ff. ad SC. Trebellian. l. reos. 23. & l. seq. C. hoc tit.* Qui & sponsor, maximè à veteribus, & in jure nostro adpromissor vocatur. *l. stipulationum. 5. §. satis acceptio. 2. ff. de verb. obligat. l. in omnibus. 43. ff. de solutionib. l. si verò. 64. §. sed & si. 4 ff solut. matrim. Cicer libr. 1. & 12. & 16. ad Attic. Quintilian. declamat. 273. Seneca lib. 3. de benefic. cap. 15. Cujac. in Nov. 4 circa finem, Pardulph. Prattaus in Lexic. verb. sponsio & verb. sponsores. Guilielm. Forner. in l. sponsio. 7. ff. de verb. signif. c. Gœdd. in Commentar. de contrah. & commit. stipulat. c. 5. conclus. 5 nu. 16. 24. & 31. Arumaus Exercit. Iustin. 13. sub thes. 11. Rober. disput. ad Institut. 16. th. 1. lit. b. Heigius hic num. 2. Anton. Heringius in tract. de fidejussorib. c. 3. num. 30. & c. 4. n. 65. Vide Döringiũ in Bibliotheca Iurisconsultorũ. tom. 1. in verb. adpromissor. num. 1. cùm seq. fol. 679. & seq.*
Tametsi plerique opinentur, inter sponsorem & fidejussorem hanc esse differentiam: ut sponsor dicatur, qui suâ sponte, & non rogatus pro alio intercedit: 4
fidejussor verò, qui rogatu sive mandatu alterius intercedere solet. *Accurs. in d. Novel. 4. Andr. Barbat. consil. 87. numer. 14. vol. 3. Ioan. Brechæus in d. l. sponsio. 7. ff. de verb. signif. Alciat. lib. 1. Parerg. c. 2. Forcatul. in Necyomant. dialog 58. num. 5. Barthol. Bertazolius in tractat. clausul. instrum. claus 39. glos 1. num. 5. Valentin Franc. in tract. de fidejussorib. c 1. num. 21. & 23 Mynsinger. hic num. 5. Schneidevvinus numer. 7. aliiq. quos refert & refutat Heringius. d cap. 3. num. 32. & seqq.* Præs quoque idem valet, quod fidejussor, dictus quasi præsens, ut innuit Cujacius *in Paratit. C hoc tit.* vel â præstando: quia tam debet præstare, quod promisit, quàm is, pro quo præs factus est. *Varro lib. 4. & 5. de ling. Latinâ.* Hinc illud vulgatum; prædibus & prædiis cavere. *Rittershus. hic pag. 453.* Quanquam porrò fidejussori similes sunt expro- 5
missor, constitutor, & mandator: ab illo tamen hos differre certum est. Nam expromissor (qui aliâs etiam repromissor dicitur) ille nominatur, qui alienæ obligationi non accedit, ut fidejussor: sed novam principalem init, & reo liberato, se solum ejus loco astringit. *l. & eleganter. 7. §. servus. ff. de dol. mal. l. qui libertinus. 37. §. ult. ff. de operis libertor l. ut res. 53. ff. de contrah. empt. l. si quis. 4 ff. de condict. caus. dat. l. fin ff. ad SC. Macedon. Francis. Connan. libr. 6. Commentar. jur. civil. c. 6. numer. 2. Vultejus in hoc princip. num. 5. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 15 cap. 48. lit. a. Idq; copiosissimè differit Heringius d. cap. 4. n. 21. & multis seqq.* Constitutor nuncupatur, qui per 6
nudum pactum vel epistolam constituit, se soluturum, quod alius jam debet. Semper enim obligati-

onem principalem sequitur. *l.1.§ an potest.5.& §.seq. l.quidam 26.ff.de pecun. constitut. Duaren. ad tit.ff. de fidejussorib.cap.1 in fin. Schneidewvin. hic num.6.*
7 *Franous d.tract.de fidejussorib.cap.1. num.24.* Mandator denique is propriè est, qui alteri mandat, vel ut fidejubeat pro se, aut alio *l. si mandavero. 22. in princ.ff. mand.* velut pecuniam alicui alteri credat, vel negotia gerat. *l.si quis alicui.27. in princ.ff. d. tit. Hippolyt de Marsil.in Rubr.de fidejussorib.num.3.& 6 latè Gœddaeus in d.Commentar. de contrahe & committ stipulat.c.5.conclus.5. num.19. & seqq.* Vide de prædictis exquisitius agentes, Barhovium *in suis not.ad Treutler.vol.2 disput.28.th.1. lit. A.pag. 387. cum seqq.* Philippum Knipschildt *exercitat. Acad.7. th. 2. & 3. pag. 242. cum seq.* Richtetum *in tract. de contractib.disput 8.th.1 sub lit.a.pag. 190.cum seq.* & Hunnium *inibi in suis resolut. quæst. 2. 3. 4. & 5. pag 275.& seqq.* itemq; Pyrrhum Maurum Arretinum *in tract.de fidejussorib.cap.1.2.3.& seqq.*

8 Sed huic principio nostro, ex quo patet, fidejussorem appellari, qui pro aliis promittit & obligatur, adversari videtur. *l.sicut.65.ff.hoc titul.* ubi dicitur, fidejussorem promittere debere, *se quid daturum vel facturum*. Ergo fidejussor non alieno, sed suo nomine obligatur. *Verùm respondetur:* fidejussorem quidem ita promittere debere, *se daturum vel facturum*; sed subintelligi, si reus principalis non det, non faciat. Itaq; fidejussor sic promittens, nihilominus obligatur nomine alieno. *d.l.1.§ sed aut proprio.8.ff. de obligationib.& actionib.* Cur autem fidejussor promittere debeat, *se daturum, vel facturum*; non verò, *reum principalem daturum vel facturum*, aut cur sic inutiliter sive frustra promittat, *d.l sicut.65.ff.hoc tit.* ratio hæc est: quia fidejussor promittens, *reum principalem daturum vel facturum*, promittit factum alienum.
9 Id autem inutiliter promittitur, auctore Hermogeniano *in d.l. 65. in fine. ff. eod.* At promittit fidejussor utiliter, se rei principalis nomine soluturum. Sic etenim factum suû promittit. *l.si ita stipulatus.97.§.1. ff.de verb.obligat.Theodor.Marcil.hic, pag.489.*

Cæterùm priusquam ad explicationem §. 1. & se-
10 quentium descendamus: dispiciendum est, & inquirendum; an fidejubere, adeòque fidem suam pro alio interponere, jure tum divino, tum humano permissum sit? Et non obstante Conradi Pellicani, Theologi Tigurini, *ad cap. 6. proverb.* & quorundam aliorum delirio, utroque jure fidejussionis actum licitum esse, omnino statuendum est. Etenim vel ex hoc ipso, cujus interpretationem modò in nomine Domini aggressi sum*, titulo (*cui respondet tit. ff.& Cod & Novell. 4.de fidejussorib.*) evidentissimè constat: fidejussionem non solùm actum honestum & licitum, verùm etiam in usu commerciorum & vitâ communi valde necessarium esse. Si enim aliter res se haberet: Sacratissimi Imperatores, & Iurisconsulti omnes omnem operam lusissent, qui tam varias constitutiones & leges de hac fidejussionis materiâ, diligentiâ & vigilantia incredibili promulgarunt: tot tamque salutaria fidejussoribus remedia, quibus adversus importunam, & plusquàm sanguinolentam creditorum exactionem sese tueri nonnunquam possent, concesserunt. Sed & idem jus Canonicum confirmat. *t.tit. de fidejussorib.* Nam quamvis ibi Clerici ex speciali ratione fidejubere prohibeantur, *ut dicetur infrà nu. 40.* laicis tamen id omnino permissum esse, liquet *ex cap. fin. eod.* ubi tres ponuntur casus, quibus fidejussor contra debitorem agit, antequam solvat, ut à fidejussione liberetur. Vnde manifestum fit, quòd fidejussio quædam valida præcesserit, à qua istis casibus fidejussor liberetur. *Knipschildt d. exercitat. 7. quæst 1.pag 252.* Deinde dubium non est ullum, 11
quin pro securitate cujuscunque contractûs pignus nectere permittatur. *l.res hypotheca.5. ff. de pignorib. & hypothec l.legata.9.§.u t.ff.de supellect legat.* Ergo & fidem pro securitate cujuscunque obligationis nectere interponique posse, non dubitandum est. *§.1. infr. hoc tit.l.1 & l. Græcè.8 § generaliter.6. ff. eod.* Nulla 12
quippe ratio luculenta dictat, cur fidejussionis contractus non æquè, ac pigneratitius permitti sustinerique debeat. *Præterea* absque Reipublicæ ruinâ & interitu commercia tolli aut impediri nequeunt utpote sine quibus ipsa Respublica subsistere vix, ac ne vix quidè potest, *argu. l. quod si minor.24.§.1. ff. de minorib l.cum plures.12.§.1.ff.de administrat.& peric. tutor.* Vnde contractus atque commercia non solum 13
utilitate suadente, sed & necessitate exigente, jure omnium gentium introducta esse, *post Hermogenianum IC.in l ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur.* astruit Justinianus Imper *in §.sed jus quidem.2.vers.jus autem gentium: supr.de jur. natur. gent. & civ.* Atqui tollerentur è medio, aut certe impedirentur contractus & commercia, si fidejussio omnis tolleretur. Si- 14
quidem nemo facilè reperiretur, qui egenti & inopi homini sine fidejussore crederet, sive in commerciis fidem haberet. *Adhæc* exemplis, ex Sacrâ Scripturâ petitis, satis docemur: fidejussionis actum & pium & cum humanitate conjunctum esse. Nam *Genes. cap. 42.v.37.& c.43.v.9.* cùm Josephi fratres, Iacobi Patriarchæ filii, fratrem suum natu minimum (Benjamin) prout jussi erant, Josepho sistere & secum abducere vellent, Iacobus verò repugnaret: Ruben. & Judas fidem suam pro Josepho interposuerunt, seque Iacobo patri sponsione obligârunt. Sic & Timotheus captus Dositheo & Sosipatri fidejussorem dedisse perhibetur. *libr.2.Maccabæor.c. 12.v. 24.& 25.* Sic quoq; Samaritanus ille *apud Lucam c. 10. v.35.* pro eo, qui in latrones inciderat, ab iisque vulneratus erat, fidem suam apud hospitem interposuisse censetur, inquiens: *curam illius habe, & quodcunq, supererogaveris, ego, cùm rediero, reddam tibi.* Similiter Divus Apostolus Paulus *in Epistola ad Philemonem. v. 21.* fidem suam pro servo fugitivo Onesimo interposuit. Quod sanè vas illud electionis neutiquam fecisset: si id vel à pietate alienum, vel verbo Dei contrarium fuisset. *Deniq,* unusquisq; non minus proximum, quàm se ipsum diligere, eique in angustiis & 15
necessitatibus succurrere jubetur. *Levit 19. v. 18.*

Matth.

Matth.22.v.30.Marc. 12.v.31.Roman.13.v.9.Galat. 5 v.14 Iacob.2.v.8.Proverb c.24. v. 11. & 12. Si itaque proximus à creditoribus urgeatur vel prematur: aut verò pecuniâ indigens, sine sponsoribus mutuam accipere nequeat: charitas utique & dilectio proximi suadet, eum necessitate & egestate pressum juvari. Atque hanc,ceu verissimam sententiam, amplectuntur Carolus Molineus *in tract.commerciorum, & usurarum, &c. quæstion.* 32. *num.*253. Franeus *d. tract. de fidejussorib.in prolegom.numer.*11. *& seq.* Petrus Augustin Morla *in Emperio jur. part.* 1. *titul.* 8. *quæst.*25.*numer.*34. hosque laudans Antonius Hering. *d.tract. de fidejussorib.cap.*1. *numer.* 20. *& novissimè Helfricus-Virlens Hunnius libr.*3. *variar. resolut.jur.civil.tractat.*5.*quæst.*1.*item in dictis resolut. ad Trentler, vol.*2. *disput.*28.*th.* 1. *quæst.* 1. *pag.* 173. *& seq.*

16 Cui primò non obstat, quòd sapientissimus Rex Salomon fidejussionem disertè prohibere videtur, *Proverbior. cap.* 6. *vers.*1. *&* 2.*cap.* 17. *vers.* 18. *cap.*22. *vers.*26 *&* 27. Etenim allegatis in locis Rex Salomon veræ charitatis & fidejussionis officia haud omnino improbat: sed incommoda solummodo sponsionum temerariarum & inconsultarum exaggerat; monetque imprudentes & rerum imperitos patresfamilias, ut sponsuri pro alio, nihil temerè aut inconsideratè agant, ne se suosque in præsentissimum facultatum suarum periculum præcipitent: *quemadmodum rectè illic ex Patre suo, Luca Osiandro, annotavit Andreas Osiander, Vniversitatis Tubingensis olim Cancellarius.*

17 Secundò minus obstat, quod legitur apud Syracidem *cap.*29. *vers.*24 *&* 25. his verbis: *Repromissio nequissima multos perdidit dirigentes, & commovit illos, quasi fluctus maris. Viros potentes gyrans migrare fecit, & vagati sunt in gentibus alienis.* Nam & Syracides fidejussione homini christiano nequaquam interdicit: sed de immaturis tantùm, nimis frequentibus, & inconsultis fidejussionibus loquitur. Quòd enim fidejussionem in universum non tollat: satis clarè ex eo liquet, quod pulcherrimo encomio *in d.cap.*29.*vers.*19. ornat illum, qui pro amico & proximo fidem suam interponit, virum bonum illum vocans, & monens debitorem, ne gratiæ fidejussoris obliviscatur, cùm pro ipso dederit animam suam. Et quanquam aliquando fidejussio cum summo rei familiaris detrimento conjuncta est: id tamen potius debitoris vel perfidiæ, vel inopiæ, sicque casui fortuito, quàm vitio hujus contractûs est tribuendum.

18 Abusum autem rei substantiam non tollere, tralatitium est, *teste Ioanne Goropio Beccano in Beccesilanis.libr.*1.*pag.*117.*eumq; citante Heringio d. c.* 1. *num.* 39. Nihil igitur aliud Salomoni & Syracidi propositum fuit, quàm ut deterrerent homines à nimis frequenti & inconsultâ fidejussione:

—— quam semper adhærent
Infelix humili gressu comitatur egestas.

Vt canit Claudian. *lib.* 1. *in Rufinum.* Et elegantissimè Ausonius *pag* 49.

—— Sponde, noxa tibi præsto est:
Per mille possum currere exempla, ut probem,
Prædes vadesq; pœnitudinis reos:
Sed nolo quenquam nominatim dicere.
Sibi quisq; vestrum dicat, & secum putet:
Spondere quantus fuerit & damno & malo.

Tertiò non obstat, quòd nemo re suâ abuti, camve dilapidare debeat: & Reipubl interfit, ne quis patrimonium suum abliguriat, nevè rem suam culpâ aliquâ minorem faciat. §.*sed & major. supr. de his, qui sui vel alieni jur.sunt l.sed & si* 25.§.*consuluit.tr. ff.de petit. heredit.* Sed pro aliis fidem suam obstringere & obligare, nihil aliud est, quàm dilapidare, reque suâ abuti, ut, *post alios,* scriptum reliquerunt *Robert. Marant.disput.*6.*num.* 13. *Cephalus consil.* 219. *num.* 26. *lib.*2.*Gail.lib.*2.*observ.* 83. *numer.* 15. *& Fulvius Pacianus lib.*1. *de probat. cap.* 54. *numer.* 81. *& sequent.* Nam respondetur primò quòd falsum sit, eum, qui fidejubet, donare aut dilapidare. *l.*1. §. *si fidejussit.* 19. *ff. si quid in fraudem patroni factum sit.* Quin, etiamsi quid solvit, actione mandati repetere poterit, *ut patet ex* § *si quid autem.*6. *infr.hoc tit. ubi id explicabitur fusius.* Deinde cùm quilibet rerum suarum sit moderator & arbiter, etiam abutendo. *l.in re mandata.*21. *Cod.mandati.* idcirco licèt Reipubl. intersit, ne quis re suâ malè utatur: inde tamen non sequitur, ei re suâ malè uti prorsus non licere. Præterea, is demum fidejubendo re suâ malè uti censetur, qui temerè, inconsultè & imprudenter pro eo, quem novit solvendo non esse, fidem suam interponit. Denique pro fratre & amico etiam perdere pecuniam nostram jubemus. *Syracid. c.* 29. *v.*13. 19 20

Quartò non obstat, quod objicitur: petentem fidejussorem non solum confidere in carnem & sanguinem, atq; adeò hominem instabilem: sed etiam sibi ipsi nimiũ tribuere, pollicendo nimirum sibi certitudinem de contingentibus & plane dubiis, quæ ex solâ Dei providentiâ pendent: cùm tamen Deus præcipiat, ne simus soliciti de crastino: sed toti ex ipso pendeamus. *Matth.cap.*6.*vers.*31 *& seqq.* Etsi enim soli Deo Opt. Maximo est fidendum, in eoque omnis spes collocanda: inde tamen inferendum non est, quòd is, qui amico suo pecuniam credens, plenam ipsi fidem habere recusat, sed fidejussorem ab eo exigit, se à Deo avertat, ipsiusque providentiæ voluntatem suam præferat. Neque enim Deus omnem solicitudinem prohibet: sed eam duntaxat, quæ cum diffidentia erga divinam ipsius providentiam conjuncta est. Nam quemadmodum mandat, ne quis fratrem suum in negocio circumveniat. 1. *ad Thessalon. c.*4. *vers.* 6. ita etiam permittit, ut quilibet rem suam familiarem honesto modo augeat, & solicitè partam tectam tueatur & conservet. Siquidem nemo cum suo detrimento & damno, & ut sibi sit afflictio, alteri benefacere aut commodare cogitur. 2.*Corinth.cap.*8.*vers.*13. *l. sed si quis.* 7. *ff. test. quemadm. aperiãt.* Vnde Salomõ fontes nostros ita foràs derivari, & 21 22 23 24

ri, & misericordiam proximo exhiberi vult, ut nos do-
minium illorum retineamus: & ne nobis desit, extra-
neiq; fortè impleantur proventibus nostris. *Proverb.*
25 *cap.5. vers.16. & 17.* Imò si quis suorum, & maximè
domesticorum, curam non habet; fidem negavit, &
est infideli deterior, pronunciante Divo Paulo *1. Tim.*
5. vers.8. Cui convenienter ait Seneca: *Dabo egenti,*
sed ut ipse non egeam: succurram perituro, sed ut ipse
non peream. lib.2. de benefic. c.15.
26 Quintò & ultimò non obstat, quòd in causa dotis
fidejussores non rectè accipiantur. *tot. tit. Cod. ne fide-*
jussores dot. dentur. & quòd pupillis, minoribus, fœ-
minis, militibus, & nonnullis aliis fidejussione sit in-
terdictum. *l. dodie. 8. §. 1. ff. qui satis dare cogantur. l.*
milites.31. Cod. de locato. Wesenbec. in Paratit. ff. hoc
27 *tit. n. 3.* Sicut enim propterea, quòd pupilli, præsides
provinciarum, & alii mutuò dare non possunt. *l. non*
omnis. 19. §. 1. l principalibus. 33. ff. de reb. eredit. non
sequitur, mutui contractum illicitum esse. *Syraeid. c.*
29. vers. ita etiam haud consequens est, ob id in uni-
versum fidejubere non licere: quòd quædam perso-
28 næ à fidejussionibus arceantur. Quinimò fortiùs in-
de colligitur: id, quod aliis prohibitum non est, per-
missum esse censeri, *argum. l. eum prætor. 12. in princ.*
ff. de judic. l. mutus. 43. §. 1. ff. de procuratorib. He-
ring. d. cap. 1. num. 31. Remanat itaque: omnino li-
citum esse, propter summam necessitatem & utilita-
tem fidejubere: si modò cautè agamus, nec nimiâ
& frequenti fidejussione nobis nostrisque bonis da-
mnum inferamus.
29 Illud quoque hoc loco in disquisitionem vocan-
dum est: ecquid ille, qui jurejurando suo confirma-
vit, se pro nemine fidejubere velle, fortè ne repentinis
rei familiaris damnis implicetur, si postea ab amico e-
gente rogatus fidem interponat, obligetur? Et licèt
multi existiment: eum, qui juravit, se nolle fidejube-
re, deinceps absque perjurio nullo modo fidejussio-
nem in se suscipere posse. *Hippolyt. de Marsil. in rubr.*
de fidejussorib. num 204. Fernand. Vasq. de success.
creat. §. 158. Antonin. Tessaur. decis. 123. num 19. An-
tonius de Padilla in l, ne passim. 13 num. 12 in fin Cod.
de jur. & fact. ignor. attamen æquitati veritatique
propius accedunt, statuentes: fidejussionem istam,
quæ pro amico inope interponitur ab eo, qui pro ne-
mine se jurare velle juravit, omnino valere. *Ioan. An-*
drea in addit. ad Specular. rubr. de jurejur. Bartholo-
maus Brixiensis in quæstionibus dominical. lib. q. 33. Do-
minic. de S. Geminiano in c. fin. de foro compet. Ioan.
Saixen in consuetud. Turon. tit. 35. art. 1. glos. 2. in fin.
Stephan. Aufrer. in addit. ad Capell. Tholos. decis. 130.
Robert. Marant. in speculo suo aur. p. 6. actu. 9. n. 50.
Petr. Peck. in c. non est obligatorium. num. 4. de reg.
jur. in 6. Covarruv. in c. quamvis part. 1 §. 6. num. 7.
eod. tit. Rutger. Rulandt. in tract. de Commiss. part. 4.
lib. 6. cap. 4. num. 9. eosq; cum aliis referens Anton.
30 *Hering. in d. tract. de fidejussorib. c. 1 n. 64.* Siquidem
in necessitatibus semper proximo nostro subvenien-
dum est. *can. sicut. 8 Distinct. 47. & can. pasce. 21. Di-*
stinct. 86. nec per juramentum nostrum ab isthoc offi-
cio nos subtrahere debemus, aut possumus. *c. si dili-*
genti. 12. de foro competenti. can. innocens. 23. post me-
dium. vers. juramentum itaq; ibi, indigenti misericor-
diter non subvenire caus. 22. quæst. 4. Ioannes de Selva
in tract. de jurejur. part. 3. n. 22. & seqq. Adhæc jurans 31
non fidejubere, aut cogitavit hunc casum tempore ju-
ramenti, quòd videlicet amicum suum, in extremis an-
gustiis constitutum, si modò fidem suam pro ipso ob-
liget, liberare possit: & hoc casu juramentum non so-
lum est contra bonos mores, & dilectionem proximi:
verùm etiam est temerarium, quod nullum obligatio-
nis vinculum inducit. *c. intimavit. 18. de testib. & atte-*
stat. c. pervenit ad audientiam. 4. de testib. cogend. c.
non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. d. c. si diligenti.
12. in fine. de foro compet. l. non erit. 5. §. sed si quis. 3. ff.
de jurejur. Aut verò non cogitavit: & tunc juramen- 32
tum illud ad casum omissum non extenditur. Regula-
re quippe est, juramentum non extendi ad ea, de qui-
bus tempore interpositi juramenti non fuit cogitatũ.
c. veniens. 16. & ibi glos. in verb. præscivisset. & c.
Quinta vallis. 23. ibiq; glos. in verb. exheridaret. de ju-
rejurand. Hucq; confert, quod alibi in similibus ter- 33
minis Doctores tradunt: illum, qui juravit, se ampliùs
mercatorem esse nolle, non obstante isto juramento,
nihilominus posse mercaturam exercere, si aliter vi-
vere nequeat. *Archidiacon. Guido de Baysio, in can. a-*
nimadvertendum. 22. quæst. 2. Panormitan. in c. si ve-
rò. 8. col 3. de jurejurand. Benvenutus Straccha in tra-
ctat. de mercatura part. 3. n. 37. Sic illum, qui juravit, se 34
non fore magistratum, vel suscepturum officium, etiã-
si millies eligatur, posse nihilominus, non attento illo
juramento, magistratu fungi, decidit Ludovicus Ro-
man. *sing. 517. incip. quid si unus jurat. per l. final. in*
princ. ff. ad municipal. Similiter illum, qui jurejurando 35
promisit alicui non revelare arcanum sibi privatim
commissum, si postea super isto facto in testem pro-
ducatur, nihilominùs teneri testimonium ferre & illud
detegere, responderunt *Maranta consil. 53. n. 18. Capel.*
Tholos. decis. 240. ubi latè Aufrer. Menoch. de arbitrar.
judic. lib. 2. cent. 4. cas. 355. n. 4. Mascard. de probatio-
nib. vol. 1. in princ. quæst. 5. n. 50. Gail. lib. 1. observat.
100. num. 4. cum seqq. & Bernard. Gravius in conclus.
pract. Cam. Imper. conclus. 100. considerat. 1. argum. l. 1.
§. 1. ff. de testibus. Quorum omnium nulla alia reddi so-
let ratio, quàm quòd juramentum illud partim est illi-
citum, partim etiam contra bonos mores & temera-
rium: id quod explicatiùs persequitur Heringius *d. c.*
1. n. 72. & aliquot seqq. ubi *num. 82. cum seqq.* non si-
ne ratione subjicit: eum, qui non observato juramen-
to, vel etiam non impetratâ absolutione, pro amico in- 36
ope & egenti fidem interponit, à perjurio excusatum,
nec ipso jure absolutione opus esse. Qui enim lege per-
mittente, & gratiam jurisjurandi faciente (quod loco
absolutionis cedit) aliquid facit, pejerasse non cense-
tur. *l. ult. ff. qui satisdare cogantur. d. l. fin. in princ. ff. ad*
municipal. l. Gracchus. 4. Cod. ad leg. Iul. de adult. c. an.
cui est illata. 43. caus. 11. q. 3. Gail. d. lib. 1. observ. 100.
num. 3. Mascard. d. quæst. 5. num. 35 & seqq. Krip-
schildt d. exercitat. Acad. 7. quæst. 2. pag. 254. & seq.
Porrò & illud non abs re explicandum venit, quæ 37
personæ fidejubere possint. Frustra namque sequen-
tium

tium tractatio instituetur, nisi prius exploratum perspectumque habeatur, quinam pro fidejussoribus in jure nostro admittantur, & qui vicissim à contractu fidejussionis repellantur. Quà in re observanda est regula hæc generalis: Omnes fidejubere possunt, qui stipulari & obligari possunt. *l. qui satisdare. 3. ff. hoc tit.* tam patres, quàm filiifamilias *l. si dubitet. 10. §. filiusfamilias ff. eod. l. lucès tamen. 3. §. sed si filius. 9. ff. de pecul. l. filiusfamilias. 8. Cod. hoc. tit.* nisi specialiter prohibeantur, *argum. l. mutus. 43 §. 1. ff. de procurator. l. cùm prætor. 12. ff. de judic. & l. qui accusare. 8. ff. de accusationib. Azo in summa C. hoc tit. n. 4. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 7. num. 68.* Itaque fidejubendo obligari nequeunt infantes. *l. 1. in princ. ff. de verbor. obligat.* furiosi. § *furiosus. 8. supr tit. proxime. l. 1. §. furiosum. 12. ff. de obligat. & actionib. l. si à reo. 70. §. si à furioso. 4. ff. hoc tit. l. in negociis. 5. & l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* prodigi. *l. 1. ff. de curatorib. furiosi. & aliis, &c. l. is, cui. 6. ff. de verb. oblig.* muti & surdi *d. l. 1. § penult. & ult. ff. de obligat. & act. d. l. 1. in princ. ff. de verb. obligat. Borcholt in Commentar. de verb. obligat. cap. 3. num. 2. cum seq. Gœdd. in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 7. conclus. 15. num. 282. & seqq.*
38 Cæterùm pupilli & minores tum demum, si tutorum curatorumvè auctoritas accesserit, pro aliis rectè intercedunt: quamvis in integrum restitui possint *l. ait prætor. 7. §. non solùm. 3. ff. de minorib. l. si Titius. 48. §. 1. ff. hoc tit. l. si curatorem. 3. Cod. de in integr. restitut. minor l. t. Cod. de filiofamil. minore. tot. tit. C. si tutor vel curat. intervenerit.* eòque pro idoneis fidejussoribus non habeantur. *l de die. 8. §. 1. ff. qui satisdar. cogant. Wesenbec. in paratit. ff. hoc tit. n. 3. latè Richter. d. disp. 8. th. 1 sub lit. e pag. 196. &*
39 *seq.* Similiter servi extra rem peculiarem. *l servus. 19. ff. hoc tit. l. cùm quis 38. §. de peculio. 2. ff. de solutionib.* & milites, fidejussores idonei haud censentur. *d. l. de die. 8. § 1. ff. qui satisdar. cog. l. milites. 31. C. de locato.* ubi ratio hujus rei hæc assignatur: ne milites, quæsito negociorum forensium colore, à studio militiæ avocentur; neve exactionibus, dum militandum est, vexentur. Quæ ratio cùm adhuc in nostri seculi militibus locum habeat: ad eos quoque privilegia juris Rom. pertinere, verisimilius est, *argum. l. illud quæsitum. 32. in princ. ff. ad leg. Aquil & l præcipimus. 32. in fine. Cod. de appellationib. Bachovius in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 2. lit. C. pag. 899. cum seq. & Hunnius ibidem in resolut. quæst. 10. pag. 182 & seq.* Idque copiosiùs explicuimus supra *ad principium tit. de mi-*
40 *litari testament. nu. 4. & aliquot seqq* Præterea licèt clerici ad fidejussionem non satis idonei reputentur: dari tamen fidejussores obligantur. *c. 1 ext. hoc tit. can. te quidem. 26. caus. 11. q. 1. & utrobiq; Gloss. & Canonistæ communiter. Angelus de Clavasio in sua sum. verb. fidejussor. num 6. Hippolyt. de Marsil. in repetit. Rubr. de fidejussor. n. 309. & seqq. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 13. nu. 18. Petr. de Raven. singul. 200. Ludovic. Rom. consil. 400. n 7. Ioan. Iac. à Canib. in tract. de execut. ult. volunt. part. 1. quæst. 3. num. 22. Valent. Francus in tractat de fidejussor cap. 2. n. 234. Gœdd. d. cap. 7. conclus. 18. nu. 306. aliiq; plures relati ab Heringio d. tract. de fidejussorib. cap 7. nu. 249. & seqq. ubi hanc rem pluribus limitationibus accuratè declarat.* Tametsi ab hac communi sententiâ divortium faciant Bachovius *in dictis not. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 2. ad lit E. pag. 904. cum seq.* & Hunnius *d. resolut. quæst. 12. pag. 185. & seq.*

Sed & novissimè Do. Collega Bocerus *hic nu. 79. pag. 313.* singulari errore ductus, hanc communem sententiam erroneam, ejusque assectas omnes errore duci scribit. *Qui enim (inquit) lege quid facere prohibetur, factum ejus pro nullo & pro infecto habetur. l. non dubium. 5. C. de legib. Et qui facit, quod facere non debuit, nihil fecisse dicitur. l. si pupillorum. 7. §. si prætor. 3. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt. &c. Et non nisi absurdè dicitur: Clericus fidejubere non potest: si tamen fidejusserit, tenetur. Qui enim teneri potest ex eo, quod facere non potest? &c.* Has rationes Dn. Bocerus (cui aliàs religio est, alienam operam suis Commentariis apponere: sicuti suprà quoque attigimus *ad § præterea 3. quib. mod. re contrahit. obligat. num. 20.*) ex Antonio Heringio *d. tract. de fidejussorib. cap. 7. numer. 251. & duobus seqq.* repetiit; nec eum tamen allegavit. Mihi sane religio esset, operâ aliorum Auctorum uti, & eosdem præ nimio fastu non dignari, ut eorum debitam mentionem facerem. Verùm, ut ad rem ipsam perveniamus: prædicta argumenta, licèt ob ea etiam Heringius *d. loco*, nonnihil de veritate nostræ sententiæ dubitet: non tamen tanti sunt momenti, ut nobis contrarium persuadere queant. Nam omnia uno ictu concidunt, si modò animadverterimus: clericum non simpliciter prohiberi fidejubere. Etenim quantum quidem ad Ecclesiam, vel res Ecclesiæ, quas obligare non potest, fidejubere prohibetur. *c. quod quibusdam. 4. extr. de fidejussor.* ne scilicet per hanc occasionem sanctis domibus damnũ fiat. *Novell. 123 cap. 6* Sed quantum ad res patrimoniales, vel alias, quas obligandi facultatem habet, nuspiam ipsius fidejussio prohibita reperitur: sed saltem officii sui admonetur clericus, quòd non facilè negociis secularibus se immiscere, aut fidejubere, verum omnes hujus vitæ occupationes abjicere debeat: ne præsentibus hominum curis, verbo Dei vacare non possit. *d. can. te quidem. 26. caus. 11. quæst. 1.* Cæterùm si quandoque contigerit, ut clericus fidejussor extiterit: nulla ratio firma dari potest, cur fidejussio non valeat.

De fœminis, an fidejussionis munus obire, & pro 41
aliis intercedere possint, quæritur: Et, propter senatusconsultum Vellejanum, efficaciter non posse, respondetur. *l. 1. l. 2 & tot. tit. ff. & Cod. ad SC. Vellejan. l. qui satisdare 3. & l. si Titius. 48. in princ. ff. hoc tit. Duaren. ad eundem titul. cap. 4 Gomez. d. cap. 13. numer. 8. & 16. Horatius Carpanus ad statut. Mediolan. part. 1. cap. 44. numer. 29. Hering. d. cap. 7. num. 389. & seqq. Matthias Berlichius part. 2. conclusion. practicabilium. conclus. 19. numer. 2. & seqq.* Idque 42
adeò verum esse credendum est, ut non solùm in foro fori sive soli, *uti loquuntur*; sed foro etiam poli procedat: hoc est, ut mulier istâ Senatusconsulti Vellejani exceptione seu beneficio possit uti, non tantum

tùm ratione politicâ, verùm etiam bonâ salvaque conscientiâ, sicque denegare solutionem ejus, quod intercedendo promisit: imò condicere etiam, quod errore tum facti, tum hujus juris solvit: cùm indebitum omnino sit, infirmatâ à Senatusconsulto obligatione. *l. quamvis.* 8 §. *interdum* 3. *ff. ad SC. Vellejan.* & *l. quamvis.* 9. *C. eod. l. qui exceptionem.* 40. *in princ. ff. de condict. indeb. Novell.* 134. *cap.* 8. Et illud receptum censetur, tum ob naturalem quendam defectum ac imbecillitatem, sive lubricum & temerarium consilium mulierum. *l.* 2. *ibiq. Dd. ff. de reg. jur. d. l.* 1. & 2. & *passim ff. ad SC. Vellejan.* 1. *Petr.* 2. *v.* 7.

43 Tum quòd ab homine contra juris prohibitionem factum, ratum esse non oportet. *l. non dubium.* 5. *Cod. de legib.* & *inibi Iason. num.* 9. & 18. *item in l. post dotem.* 40. *numer.* 32. & 33. *ff. solut. matrimon.*

44 Ejusmodi namque leges & constitutiones prohibitorias, quæ publicâ auctoritate ob justam rationem factæ sunt, in foro etiam conscientiæ servandas esse, nec sine peccato ab iis recedi posse in judicando, hæc ratio

45 suadet: quòd Deus politias, earumque ordinationes rationabiles approbat, sancitque, ut violatores non impuniti dimittantur, *Roman.* 13. *Philipp. Melanth. in loc. commun. de magistr. civ* & *Wolff. Muscul. in loc. commun. de magistr. q. ult. in fin. vers. disputant nonnulli,* &*c. quos refert* & *sequitur Gæddæus d. capit.* 7. *conclus.* 16. *numer.* 290. *Et huic adstipulatur Paul. Berens Disput. ad Instit.* 10. *them.* 2 *q.* 1. Sed videatur Valentinus Francus *d. tract. de fidejussorib. c.* 2. *num.* 147. & *seqq. ubi an* & *quatenus mulier fidejubere possit, variis ampliationib.* & *exceptionib. illustrat.* Videatur quoque eâ de re Pyrrhus Maurus *in tract. de fidejussorib. part.* 2. *cap.* 3. *pag.* 095 & *subseq.* Quando autem ipso jure nulla sit mulieris fidejussio, & quando ejus nomine exceptio detur, liquet *ex l. antiqua* 23 §. *ult. C. ad SC. Vellejan.* & fusiùs explicat D. Boecerus *hic num.* 28. & *seqq. pag.* 305. & *seq.*

46 Cæterùm utrùm beneficio senatusconsulti Vellejani renunciare mulier valeat, diu multùmque agitata quæstio est? Et quanquam illud complures negant. *Bartol. Alberic. de Rosat. Paulus Castrens. Salicet.* & *alii in l. ult.* §. *ultim. ff. ad SC. Vellejan. Cynus* & *Angel. ad l. ult. C. eod. Bolognetus consil.* 45. *n.* 6 *cum seq. Ioan. Vincent. Hondedeus consultat.* 45. *n.* 18. *volum.* 1. *part.* 3. *Ioan. Zanger. in tract. de except. part.* 3. *cap.* 9 *num.* 47. *ed.* 1. *Covarruv. in c. quamvis de pact. lib.* 6. *p.* 2. §. 3. *num.* 5. *Gomez. d. tom.* 2. *var. resolut. cap.* 13. *num.* 17. *ibiq. Soarez in addit. Conan. lib.* 6. *Commentar. jur. civ. c.* 8. *numer* 9. *Duaren.* & *Wesenbec. num.* 9. *ad tit. ff. ad SC. Vellejan. Donell. lib.* 12. *Commentar. de jur. civ. c.* 32. *vers. quartum factum,* &*c. pag.* 128. *ibiq. Hilliger. in not. lit. d. Ant. Faber. in rational. ad l.* 8. §. 1. *ff. qui sat ad cog. Vetus Polant. quæst.* 99. *Dominic. Card. Tusch. tom.* 5. *practic. concl. lit. M. c.* 421. *numer.* 4. *cum seqq. Tessaur. decis. pedem.* 222. *numer.* 3. & *seq. Francus d. tract. de fidejuss. cap.* 7. *numer.* 189. & *seqq. Grammatic. decis.* 96. *num.* 20. *Ayrer in suo process. historic. part.* 1. *cap.* 11. *observ.* 3. *numer.* 17. *Berlich. d. conclus.* 19. *numer.* 16. & *seqq. Arumæus Disp.* 12. *Pandect. th.* 7. *Knipschildt d. exercitat.* 7. *quæst.* 4. *pag.* 257. *cum seqq.* & *Hunnius lib.* 3. *variar. resolut. jur. civ. tractat.* 5 *quæst.* 2. *vers. sed mihi illorum,* &*c.* affirmantium tamen sententia 47
(dummodo priùs de isthoc beneficio mulier in specie per Notarium certioretur, quale nimirum sit, & quâ prærogativâ suffultum, *Bald ad l.* 1. *C. ad SC. Vellejan. Fulgos. in d. l. ult.* §. *ult. ff. eod. Ant. Gabriel. lib.* 2. *commun. conclus. tit. de jurejur. conclus.* 3. *Hippolyt. de Marsil. ad rubr. de fidejussor. num.* 31. & 37. *Decis. Capell. Tholos.* 37. *Gail. lib.* 2. *observ* 77. *num.* 3. *Soarez in thesaur. recept. sent. lit. V. n.* 5. *Francisc. Bursat. consil.* 149. *num.* 42 *lib.* 2. *Henric. Brealaus in tract. de renunciat. filiar. caus.* 3. *c.* 8. *num.* 4. & 5. *Hertag. d. cap.* 7. *n.* 473. & *seqq. ubi id explicatius persequitur.*) mihi magis probatur: eaque & consuetudine & legibus niti firmarique videtur, non modò si mulier renunciet in judicio, tutelam suorum liberorum suscipere volens. *Auth. matri.* & *l. ult. C. quando mul. tutel. officio fungi pot. Novel.* 94. *cap.* 2. & *Novell.* 118. *cap* 5. sed & si extra judicium, atque extra causam illius tutelæ, huic beneficio renunciet. *l. quamvis.* 8. §. *si mulier post* 10. *l. penult.* & *l. ult.* §. *si mulier pro eo.* 4. *ibique Accurs.* & *Gothofred. ff ad SC. Vellejan. l. jubemus.* 21. *Cod. eod. tit.* Hucque facit & hæc ratio: quia Senatusconsulto Vellejano succursum est tantùm simplicitati, imbecillitati, credulitati & ignorantiæ sexûs muliebris. *d. l.* 2. §. 2. & 3. *ff. ad SC. Vellejan.* Sed quæ scit, illud Senatusconsultum esse in favorem suum introductum, & tamen eo uti non vult, vel paciscitur, se eo non usuram: non videtur esse decepta: ac proinde ad illam prædictum Senatusconsultum non pertinet. *l. quod autem.* 6. § *præterea.* 9. *ff. quæ in fraud. creditor.* & *l. nemo.* 145. *ff. de reg. jur.*
Accedit quoque generalis regula: quòd unicuique 48
beneficio ac favori pro se introducto renunciare permittatur. *l. si judex.* 41. *ff. de minorib. l. penult. C. de pact. l. si quis in conscribendo.* 51. *C. de Episcop.* & *cleric. l. quæritur.* 14. §. *si venditor.* 9. *ff. de ædil. edict. Nov.* 136. *c.* 1. *vers. cùm aut videantur,* &*c. cap. ult. in fine. de crimine falsi.* Qui autem pro se habet regulam, illius intentio satis fundata intelligitur. *l. fnus quæque.* 4. §. 1. *ff. de heredib instituend.* Non igitur videtur velle Senatus, ut mulier omnino utatur exceptione; sed ut possit uti, si velit: quandoquidem invito beneficium non datur. *l. invito.* 69 *ff. de reg. jur. hoc jure.* 19. §. *non potest.* 2. *ff. l. de donationib.*

Neque huic assertioni refragatur, quòd mulier eâdem levitate & facilitate ad renunciandum exceptioni senatusconsulti induci possit, quâ pro aliis intervenit, *argu. l. doli.* 19. *vers. diversum. ff. de novationib.* 49
Nam primò verisimile haud est: fœminam, de privilegio suo priùs ritè certioratam, atque aliàs naturâ valde tenacem & avaram, facile renunciaturam esse: propterea quòd renunciatio ista donationem sapit. *arg. l. si mulier.* 10. *ff. de condict. caus. dat. caus. non sec. l. si quis delegaverit.* 12. *ff. de novat. Andr. Raachbar. in quæstionib. jur. civil.* & *Saxon. quæst.* 39. *num.*
7. Donatio verò in muliere usque adeò non præsumitur, ut Baldus mulieris donationem miraculi loco habendam esse asserat, *in l. si à sponso.* 16. *in fin. C. de donatio-* 50

nationib. ante nupt. eumq; referens Decianus *in resp.* 32. *n.7 vol.3.* Deinde respondetur: pertinaciam mulieris & privilegii contemptum, non fragilitatem aut imbecillitatem censendam esse, quando edocta de jure suo, nihilominùs beneficio sive privilegio sibi competenti renunciavit.

51 Similiter non refragatur, quòd ea, quæ publici juris sunt, pactis privatorum tolli nequeunt. *l. jus publicũ. 38. ff. de pact. l. nec ex pratorio. 27 ff. de reg. jur.* Sed beneficium Senatusconsulti Vellejani, fœminis competens, jus publicu[illegible]tinet. *l. 2 ff. d. t. junctâ l 2 §. verba. 2 ff. ad SC. Vellejan.* Ergo mulier huic beneficio renunciare nequit. Non, *inquam*, refragatur: quoniam major propositio intelligitur de his, quæ jus commune, id est, leges aut mores nominatim vel præcipiunt, vel vetant fieri; & ostendit, contra hasce leges aut mores conventione privatorum aliud induci haud posse, tradente Cujacio *ad d. l. jus publicum. 38. ff. de pact.* Atqui nullâ lege, nullisq; moribus mulier nominatim prohibetur renunciare beneficio Senatusconsulti Vellejani. Ergo renunciationem illam non impedit sententia dictæ *l. jus publicum. 38 ff. eod.* aut dictæ *l. nec*
52 *ex pratorio. 27 ff. de reg. jur.* Ille enim contra legem quid facere dicitur, qui id facit, quod lex prohibet. *l. contra legem. 29 ff. de legib.* Non autem prohibet Senatusconsultum Vellejanum, ne mulier suo privilegio renunciet. Ideoq; renunciatio mulieris isti senatusconsulto contraria non censetur. Nec bene regeritur, quòd arctius sit vinculum inter maritum & uxorem, quàm inter extraneos. *l. 1 ff. de rit. nupt.* Sed uxor pro marito, ut maximè consentiens, intercedere non possit. *arg. principii tit. supr. quibus alien. lic. vel non.* Ergo multò minùs intercedet pro extraneo. *Nam respondetur*: ibi periculosiorem & suspectiorem esse intercessionem, ubi species amoris major; quâ specie quid non in animum uxoris induci poterit? quod damnũ ea non suscipiet? Atq; hæc fuit causa, quòd primùm edictis Divi Augusti & Claudii mulieribus tantùm interdictum fuerit, ne intercederent pro viris. *l. 2. in princ. ff. ad SC Vellejan.* Quæ utiq; ratio in extraneis non valet. Ast instare quis posset ulteriùs: senatusconsultum Vellejanum plenissimè succurrere fœminis: ac proinde eas nullo modo renunciare posse *l. 1. in princip. ff. eod tit.* Verùm respondetur: vocem (*plenissimè in d. l. 1.*) non significare, quòd fœminæ privilegio suo renunciare non possint: sed quòd Senatus non solùm uxoribus, verùm etiam omnibus omnino fœminis subveniat. *l. 2 §. 1. ff. eod.* prohibeatq; eas tam pro viris, quàm pro fœminis intercedere: quod primitus non ita erat. *Paul. lib 2. sentent. tit. 11. ad senatusc. Vellejan.* Neque movet quicquam, quòd specialis renunciatio permittitur in casu, ubi mater vel avia liberorum suorum tutelam suscipit. *d. Auth. matri. C. quando mulier tutel. offic. fungi pot. & d. Novell. 118. c. 5.* ac ea propter regulariter illi non permittitur renunciare: alioquin frustrà illud specialiter concessum fuisset. *Breviter* enim dicendum: renunciationem non permitti matri & aviæ; sed, si onus tutelæ subire velint, injungi.

53 Non quoq; refragatur: quòd ea, quæ, in fraudem Senatusconsulti Vellejani excogitata probari possunt, rata haberi non oportet. *l. quidam. 29. in fine. ff. ad SC. Vellejan* At renunciatio illa fieri putatur in fraudẽ Senatusconsulti Vellejani. Proinde rata haberi non debet. Hoc, *inquam*, argumentum non refragatur. Quia 54
negatur, & pernegatur, istam renunciationem in fraudem illius Senatusconsulti fieri: cùm illud tantùm in fraudẽ legis fieri dicatur, quod legis sententia fieri noluit, tametsi verbis apertè non vetuerit, sive quamvis non verbis fieri noluerit. *d. l contra legem 29. & l. seq. ff de leg* Sed quòd Senatusconsulti illius sententia noluerit, ut mulier renunciaret isti beneficio suo, non apparet *ex d. l. 2 §. 1 ff ad SC. Vellejan.* ubi Senatusconsultum illud proponitur: nec ex ulla alia lege ejusdẽ tituli constat. Sententia autẽ legis tacita est illa, quæ ex in- 55
terpretatione legis inducitur, non tamẽ à quovis, sed à legum conditoribus, ut arguit textus *in tit. supr. de legitimâ patronor. tutel. & § ult. infr. tit. de lege Aquil.*

Præterea non refragatur, quòd si mulier post primã 56
intercessionẽ intra biennium denuo intercesserit, illave intercessionẽ novâ cautione aut pignore firmaverit, non teneatur ex novâ illâ & repetitâ intercessione sive cautione: ac proinde nec teneri debeat, licèt beneficio Vellejano renunciaverit. *l. si mulier perfecta. 22. C. ad senatusconsult. Vellejan.* Etenim respondetur: hoc argumentum à comparatis hic non procedere: propterea quòd major sit ratio renunciationis certiorationem sequutæ, quàm intercessionis repetitæ. Certioratio quippe illa mentem mulieris excitat, eamque plenâ cognitione beneficii istius instruit & informat. Quo exactè cognito, si nihilominus ei renunciet: non profectò amplius digna est, cui subveniatur: cùm ultrò beneficium illud, quo frui potuisset, contempserit. Intercessio autem illa repetita & geminata ejusdem efficaciæ non est: sed mulierem magni beneficii illius ignaram relinquit.

Deniq; non refragatur, quòd solutio ejus, quod mu- 57
lier intercedendo promisit, sit instar renunciationis: siquidem quæ solvit, satis apertè significat, se uti non velle beneficio Senatusconsulti Vellejani. Atqui quæ solvit ex intercessione suâ solutum repetere potest. *l. quamvis. 8. §. interdum. 3. ff ad senatusconf. Vellejan.* Quare etiam poterit mulier isthoc beneficio uti, & creditori solutionem denegare, licèt expressè isti beneficio renunciaverit. Non, *inquam*, refragatur illud. Mulier enim, quæ ex fidejussione solvit, quod debet, beneficium Vellejanum sibi competere ignorat: ac ea propter meritò repetit solutum. Quæ verò huic beneficio, certior de eo prius facta, expressè renunciat: intelligit probè, se omnino tutam esse adversus creditorem: ac idcirco ad solvendum, quod intercedendo promisit, non injuriâ compellitur. Atq; ita docent & sentiunt. *Odofredus & Fulgos. in d. l. ult. § ult. ff. ad SC.* 2
Vellejan. Azo in summâ C. eod. n. 4. Bartolus (sibi contrarius) in l. qui satisdare. 3. ff. hoc t. n. 10. Hostiens. in summa. de fidejussorib. n. 3. §. mulier, &c. Gail. d. lib. 2. observ. 77. Fridericus Pruckman. in repetitione l. in multis. 9 part. 2. artic. 15. n. 11. ff de stat. hom. Sichard. ad rubr. C. de fidejussor. n. 6. Oleman. ad Giphan. lib. 3. disp. 27. n. 20. & seqq. Borch in Comment. de verb. obl c. 1. n. 28. Gœdd. in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 7. conclus. 16, n. 298. Cujac. lib. 19. observ. c. 34.

post

post.princ.vers. nisi huic beneficio renunciassent. Georg. Acac. Enenk. lib.3. de privileg. jur. civ.c. 16.num. 26.cum seq. Ægid. Hortens. ad l. Paulus. 31. ff. ad SC. Vellejan. Vugepaur. exercit. Instin. 15 quest.8 pag.560. cum seqq edit. ult. Specul. lib.2 part.7. tit. de renunciat. & conclus. §.unic. numer.16. in med. Fachin. lib. 2. contrevers. jur. cap.59. part. 1. Brenchorst. cent.1. ἐναντιοφανῶν, assert.80. edit.1. Petrus Fab. & Philipp. Matthaeus numer.22. & seqq in l.2. ff. de reg. jur. D. Collega Becer class.2. disp 16. thes.5 ed. 2. & plenius in hoc tit. num.37. cum multis seqq. pag 307. & seqq. item Reber. disput. 16. ad Instit. coronid. 1. Hucque pertinent, que annotavimus in § illud proprie. 7. num.19. & seq. infrà. tit quid cum eo, qui in alienâ potestate est, &c. Et de isthac quæstione vide copiosè dissertantem Antonium Merendam lib.2. contrevers. jur. cap.36. pag. 129 & seq.

58 Imprimis autem renunciatio isthæc mulierem beneficio senatusconsulti Vellejani privat, si mediante juramento renunciaverit, etiamsi certior de illo reddita priùs non sit. c. ex rescripto. 6 ubi gloss. in verb. & uxorem. extrà, de jurejurand. Tiraquell. in l. si unquam. in prefat. num.136. C. de revocand. donat Wesenbec. consil 23. num.52. vers. nam hoc tempore. item consil.38. num. 22. & cons 52. num.33 & 34. Ant. de Padilla in l ne passim. 13. num. 12. Cod. de jur. & fact. ignorant. Gœdd. Commentar. de contrah & committ. stipulat. cap.7. conclus.16 num. 198. Fachin. d. lib. 2.
59 cap. 60. Hujusque ratio hæc affertur: quia juramentum est loco certiorationis; cùm ad jurisjurandi interpositionem majori deliberatione, quàm ad renunciandum, perveniatur: censeturque mulier virtute juramenti omni legum & juris auxilio renunciasse, si non in specie, attamen in genere. Atque sic Doctores communiter tenent. per text. in auth. sacramenta puberum. C. si adversus vendit. & l. si dne patroni. 13. § idem Julianus ff. de jurejurand. Eberhard. à Middelburg. in Topicis loco, à vi, energ. seu efficac. jurament. num 36. Hartman. Hartmanni in practic. observat. 1. de fidejussorib. observ. 2. Andr. Rauchbar. quest. 34. n. 5 part. 1. Domin. Cardinal. Tuschus d. tom. 5. practic. conclus lit M. conclus.421 num. 21. & seqq. Berlich. d. part.2 d. conclus 19. num. 24. & 27. Mascard. de probationib. vol.2. conclus.1080. num.21. Matthaeus Cune lib. 1. de pactis. cap. 10. numer. 16. & seqq. Franciscus Turzan. conclus 132. numer. 1. & 2 Soarez. in Thesaur. recept sent lit. V. numer. 8. & Gail d. observat 77. n.
60 10. Vbi tamen num. 12. subjicit: mulierem enormiter læsam posse contravenire renunciationi, non obstante juramento: eò quòd ex enormi seu enormissimâ læsione dolus præsumatur. l. omnes 17. § 1 ff. quæ in fraud. creditor. & l. si superstite. 5. in fin. C. de dol. mal. idem Gail d lib. 2. obs.147. numer.8. & juramentum non debeat esse vinculum iniquitatis. c. quanto. 18. de jurejur. & c. 1. § quia verò eod. tit. in 6 pariaque sint, dolum intervenire re ipsa, vel ex proposito. l. 2 ff. de dol. mal. & met. except & l. si quis, cùm aliter 36. ff. de verbor. obligat. Decius consil.180. num. 7 & consil. 181. num. 1. & 2. Alexand. consil. 42. num.6. lib 1. M. Anton. de Amatis decis.46. n.3. & decis.62. n.14 & 15.

Præterea mulieri non succurritur, pro alio fidejubenti, si reverâ rem suam gesserit: vel ex eâ re locupletior facta: aut callidè & dolo malo in hac re versata fuerit: vel quæsito colore contraxerit: vel precium eo nomine, quòd intercederet, acceperit: aut post biennium eandem intercessionem renovaverit. l. 2. § sed ita demum. 3. l. sed si ego 4. l. nec interest 5. l. si mulier. 11. l. aliquando. 13. l. si mulieri. 15 l. si pro aliquo. 21. l. bona fide 27. ff ad senatusconsult. Vellejan. l. si decipiare. 12. l. si mulier. 22 l. antiqua. 23. cum similibus. C. eod. tit. Gœdd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 7. conclus. 16 num. 299 Ant. Tessaur. decis. 223 Menoch. de præsumpt. lib. 5. præs. 21. Æmylius Ferrettus in Paratitl ad tit. ff. ad SC. Vellejan. Frid. Pruckmã. in repetitione d l. in multis. 9. part. 2. artic. 15 ff. de stat homin. Berlich d. concl 19 & 28 & 44. Wesenbec. in Paratitl. ff ad SC. Vellejan. num. 6. & seq. Marat. Carpan. ad statuta Mediolan part. 1. cap. 44. num. 29. Dn. Becer. in hoc. tit. num. 66. cum seqq. pag. 312. Anton. Hering. d tract. de fidejussorib. cap. 7. num. 412. 416 423. 424. 430. 433. & multis seqq. ubi plures casus, quibus mulier per exceptionem sese tueri nõ potest; non minùs eleganter, quàm prolixe recenset. Quibus adjiciendus quoque est Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restit disput 3. quest. 9. puncto 2. num. 2. pag 628. nec non D. Marta tom. 3. digestorum novissimorũ. tit. fidejussio. cap. 10. cum seqq fol. 171. itemq; Johannes Sichardus ad tit. Cod. ad SC. Vellejan. num. 10 & pluribus subseqq. ubi decem casus, quibus non juvetur mulier per illud Senatusconsultum, accuratè explicat. Eosque casus complexi sunt veteres, memoriæ juvandæ gratiâ, his versiculis: 61

Casibus in denis mulier spendendo tenetur:
Pro libertate; pro dote; renunciet & si;
Decipiat; precium capiat; caveatq; secundò.
Debenti si succedit: si debita cepit:
Si minor est credens: si commoda propria gessit.

Cæterùm cùm ad fidejussoriam obligationem 62
constituendam, tàm creditoris, quàm fidejussoris consensus requiratur, & quandoque usuveniat, ut minus idoneus fidejussor recipiatur: meritò vocatur in dubium, an minùs idoneum fidejussorem recipiens, eum approbasse videatur? Et approbasse videri, constat ex l. qui satisdare. 3. ff. hoc tit. in cujus fine ita loquitur Vlpianus: *Planè si quis non idoneum fidejussorem dederit: magis est, ut satisfactum sit: quia qui admisit eum fidejubentem, idoneum esse comprobavit.* Cui assentitur Paulus in l si ab arbitro. 10 § 1. ff. qui satisdar. coguntur. *Qui ex causa*, inquiens, *improbat ab arbitro probatos, aliâs improbatos probat: multoq; magis, si suâ voluntate accepit fidejussores, contentus his esse debet.* Accedit textus in l. si is, à quo 3. § ultim. ff ut in possess. legator. vel fideicom. servand. causs esse lic. ubi idem Vlpianus in hac verba respondit: *Se semel fuerit satisdatum: quæsitum est, an etiam rursus cavendum sit, si fortè dicatur, egenos fidejussores esse datos? Et magis est, ut caveri non debeat. Hoc enim divus Pius rescripsit Pacuvia Liciniana: ipsam enim facilitati sua expensum ferre debere, qua minùs fidejussores idoneos accepit. Neq; enim oportet per singula mo-*

la momenta onerari eum, à quo satis petitur. Eodem quoq; confirmat textus *in l.1. §. illud sciendum. 10. ff. de separationib. & in l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur. Trentler. vol. 2. disp. 28. th. 2. lit. F. ibiq; videatur Bachovius in suis not. pag. 905 cũ seq. & Hunnius in resolut. quæst. 14. pag. 187.*
63 Minùs autem idoneus fidejussor non tantùm ex re & opibus; sed etiam ex fide & facilitate conveniendi æstimatur *l. 2. in princ. ff. qui satisdare coguntur. &c.* Proinde licèt quis sufficiens habeat patrimonium: verùm alias ob causas difficulter conveniri queat; putà si privilegio fori sit tutus, vel potens, aut tyrannus, sive rixosus, &c. minùs idoneus fidejussor censebitur. *l si fidejussor. 7. in princ. ff d. tit. l. Imperator. 11. in fine principii ibi. vel solvendo fuit, quo tempore conveniri potuit ff. ad municipalem. l. si quis stipulatus. 112. ad fin. & ibi Iason. ff. de verb. obligat. l. 1 2. & 3. ff. de alienat. judic. mutand. caus. fact. Mynsinger. hic num. 5. & cent. 2. obs. 15. Schneidevvin. in § si plures. 4. numer 6. infr. hoc tit. Glos. Bart. Castral. & alii in d. l. 2. ff. qui satisd. cogant. Hippolyt. de Marsil. in Rubr. de fidejussorib. numer. 10. 281. & seqq. Suarez in thesaur recept sentent. sub lit. F. num. 131. & seqq Gail. lib. 2. observ. 27 n. 25. Antonius de Gamma Lusitanus decis. 21 num. 3. Menoch. consil. 2. numer. 212. vol 1. Herat. Carpan. ad statuta Mediolanens part. 1. cap. 44. numer. 18. eccq; referens Heringius d tract. de fidejussoribus. c 8 n. 129. & seqq.*
64 At quid, si fidejussor ab initio locuples & idoneus datus, ex post facto inops adeòque non solvendo effectus fuerit: nunquid debitor rursum satisdare, aliumque idoneum fidejussorem præstare debebit? Et sanè si fidejussor datus fuerit ex legis dispositione, mediante judicis officio: debitor principalis iterum satisdare, aliumque idoneum fidejussorem præstare tenebitur, *per textum in d. l. si ab arbitro. 10 in fine. ff. qui satisdar. cogant. l. prætoria. 4. ff. de prætor. stipulat. l. prætor. 20. §. & si satisdatum. 14. ff. de operis novi nunciat. & d. l si u, à quo. 3. §. fin. cum l. seq ff ut in poss. legatorum. &c.* Si verò fuerit datus fidejussor ex voluntate & conventione partium, creditorque recipiens fuerit eo contentus fit: licèt postea ille facultatibus labatur, atque efficiatur non solvendo: tamen non cogetur debitor iterum satisdare, novàmve fidejussionem constituere. Quia fidejussio hoc casu debetur jure conventionis seu obligationis: quâ fidejussione constitutâ, jam creditori satisfactum est, & obligatio expiravit, *arg. l pupill 96. § feror. 2 ff. de solutionib. & l. si nemen. 4. ff de heredit. vel act. vendit.* Et ita, *post Bartolum in d. l. 3. ff. hoc tit. Angelum & Paulum Castrens. in l. quotiens. 6. ff. qui satisdare cogant.*
65 hoc resolvit Gomezius *tom. 2. variar. resolut. cap. 13. numer. 7.* Eâdem de re videantur Valentinus Franc. *in tract. de fidejussorib. cap. 4. conclus 7 nu. 163. & seqq.* Bachovius & Hunnius *dictis locis: ille pag. 907. hic verò pag. 187. quæst. 15.*

Major dubitatio est: an is, qui fidejussores dare tenetur, dando pignora, quæ in fidejussorum locum surrogentur, liberetur? Et quidem Bartolus *in l. prætoria. 7. ff. de prætor stipulat.* eumque citans Decius, *in l. plus cautionis 25. numer. 3. ff. de reg. jur.* affirmativæ sententiæ suffragantur. Sed negativam, tanquam magis communem & veriorem, defendunt *Franciscus à Ripa ad rubr. ff. de pignorib numer. 8. Alciat in l. 2. §. mutui datio. numer. 10. ff. de reb. cred si cert pet Hippolyt. de Marsil. d. rubr. de fidejussorib. n. 296. cum seq. Neguzant. in tract. de pignorib. 5. part. princ. memb. 1. numer. 1. & 2. Petr. Nicol. Mozz. in tract. de contractibus. tract. de pignore & hypoth in cap. 1. pignus. numer. 21. Cagnolus in d. l. plus cautionis 25. num. 4. ff. de reg jur. Gœdd. in l. satisdationis. 61. numer. 2 ff. de verb. significat. & in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 21. num. 298. & seq. Pacius cent. 1. ἰσαλλοφανῶν quæst. 67. Demin. Collega Bocer. class. 2. disp. 16 th. 9. ed. 2. Suarez in thesaur. recept. sent. lit. F. numer. 154. Franciscus d. tract. de fidejussorib. cap 4. conclus. 7. numer. 143. cum seqq. Hering. d. tract de fidejussor. c. 18 numer. 68. cum seqq. Hænon. disputat. 15. contro vers 2. Matth. Steph. cent. 3. quæst. 46. Hackelman. illustr. quæstion disp. 22. thes. 14. & novissimè Paulus Berens. disput. 10. ad Instit. them. 2. quæst. 2.* Hujusque sententiæ rationem hanc 66 potissimùm adducunt: tum quia aliud pro alio invito creditori dari vel præstari nequit. *d. l 2. in fin. ff. de reb. credit.* etiamsi melior conditio efficiatur, *arg. l. ult. ff de usu & habitat.* Tum quia creditor suscipere onus atque periculum custodiendi pignora haud tenetur: quorum damna, si quæ medio tempore acciperent, sufferre cogeretur *l. quemadmodum. 29. §. penult ff. ad leg. Aquil.*

Nec urget quicquam, quòd plus cautionis in re 67 sit, quàm in personâ *d. l. plus cautionis. 25 ff. de reg. jur.* & melius sit pignori incumbere, quàm in personam agere *l. 1. § 1. ff. de superficiebus.* Illa namque regula locum habet, quoties convenit de pignore dando, & aliis quibusdam casibus, *ut docent Gœddæus & Berens dictis locis.* Nec etiam movet, quod objicitur: illud, quod mihi non nocet, & alteri prodest, 68 benignè præstandum esse, *arg. l. in creditore 38. ff. de evictionib. l. 2. §. item. Varus. 5 ff. de aq. & aquæ pluv. arcenda. l. rescripta. 7. C. de precibus Imp. offerend.* Haud enim suo cum periculo quispiam alteri bene- 69 facere tenetur: cùm officio contrarium non sit, ita alium juvare, ut te serves indemnem *l. sed si quis. 7. ff. quemadm. testamenta aperiant. l. sancimus. 25. C. de administr. & peric. tut.* & ordinata charitas incipiat à se ipsa, *arg. l. præses. 6. ubi Glos & Dd. C. de servit. & aqua. can. si non licet. 8. caus. 23 quæstion. 5. Franc. d. c. 4. conclus. 7. num. 144. & seq.*

Succedit tandem & illa parùm dissimilis excu- 70 tienda quæstio: an creditor fidejussorem jam acceptum dimittere, & alium æquè idoneum admittere sive accipere cogatur? Et sanè (nil temorante contrariâ opinione *Decii num. 4. & Cagnoli num. 2. in d. l plus cautionis 25. ff. de reg jur. Angeli in l. si Titio. 22. ff. de pignorib. & hypothec. Neguzantis in a. tract. de pignorib. part. 5 memb. 1. num. 21. & aliorum*) negativam sententiam veritati omnino consonam esse, judicant *Iason in l. debitorem. 25. num. 5. C. de pact. Alciat. ibid. numer. 3. Hippolyt. de Marsil. in tract. de fidejussorib. numer. 313. Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit*

vendit.part.2.cap.1. numer.21. & seq. hosq; referens
Trentlerus vol.2.disp.28.th.2.sub lit.F.ibiq; Bachovi-
*us in suis not.pag.908. & Hunnius in resolut quæst.*16
71 *pag.188.& seq.* Pro quâ sententiâ primùm apprime
facit textus *in l.si mandata.45.§.item si 2.ff.mandati.*
ubi cavetur: creditorem obligationi semel cõstitutæ
insistere posse: adeòq; fidejussorem acceptum mu-
tare vel dimittere non compelli, quantumvis alius æ-
72 què idoneus fidejussor offeratur. Accedit deinde,
quod aliud pro alio solvendo debitor non liberetur.
per princip.tit.infr. quib. mod.tollit.obligat. d. l. 2. in
fin.ff.de reb. credit. si cert.pet. Atqui si teneretur cre-
ditor alium fidejussorem accipere, & priorem dimit-
73 tere: aliud pro alio ipsi solveretur. Præterea quan-
do obligatio fidejussoria jam consistit: non cogitur
creditor aliter dimittere debitorem, quàm si is credi-
tori satisfaciat: quoniam obligatio fidejussoria est ju-
ris vinculum, quo quis necessitate adstringitur assecu-
randi creditorem, idoneo fidejussore dato, *initio tit.*
supr.de obligat. Atqui oblatione fidejussoris æquè
idonei si liberaretur debitor: sanè non adstringere-
tur necessitate ad id præstandum & faciendum, quod
convenit: sed, invito creditore, & quidem aliter, quàm
solutione ejus rei, ad quam se obligavit, obligatione
se eximere & liberare posset.

74 Non obstat; quòd l. si ex illiusmodi mutatione fi-
dejussorum creditor nullum sit passurus damnum;
utiq; necesse habeat gratificari debitori, si æquipol-
lenter assecuratio ab ipso præstari queat, *per notata*
Iasonis in l.2.numer.31.ff.solut.matrim. Etenim non
statim quicquid gratificationis est, idem etiam ne-
cessitatis aut coactionis esse intelligitur, *arg.l. donari.*
29.ff.de donationib.& l.donari.82 ff.de reg.jur. Pro-
inde etsi videtur, debitori alium fidejussorem, æquè
idoneum offerenti gratificandum esse: haud tamen
ad hoc necessitate quadam obstrictus est creditor:
sed eius voluntati liberum relinquitur.

75 Minùs resistit regula ista juris & æquitatis natu-
ralis: ut, quod tibi non nocet, & mihi prodest, facien-
dum tibi incumbat, *argum.l.in fundo 38 vers.consti-*
tuimus ff. de rei vindicat. Certo autem certius sit,
quòd mutatio fidejussoris non noceat creditori, plu-
rimùm verò prosit debitori: ac proinde creditor eam
admittere teneatur. *Nam respondetur:* regulam istam
(quòd id, quod nobis non nocet, alteri verò prodest,
admittendum sit) locum non habere eo casu, quo
conventio sive contractus præcessit, qui legem præ-
scripsit, *arg.l contractus 23.vers.nam hoc servabitur.*
ff. de reg.jur. Iason & Bartol.in d.l.2.ff.solut.matrim.
*Vincent.Carot.decis.4.num.*11. Sed & hoc observan-
76 dum: quòd in continenti apparere non possit: num
oblatus & præsentatus fidejussor æquè, vel minùs sit
idoneus, atq; priori quandoquidem hoc in facto con-
sistit, & tractu demum temporis potest explorari.
Quis autem temporis illius molestias æquo animo
ferret, & patienter devoraret, nec potiùs priorem fide-
jussorem retineret? *tradente Hunnio loco præallegato.*

Multò minius adversatur *l.2.§ locum.8.ff.de reli-*
77 *gios.& sumpt.funer.* ubi servitus viæ, quæ semel as-
signata est, immutari potest, si via æquè commoda
alibi præstetur. *Id namq;* solùm religionis favore
ibi permittitur: cùm ejusmodi proponatur casus, quo locus, per quem servitus viæ constituta erat, religiosus effectus est: & dicitur, si non minùs per alium locum servitute viæ quispiam commodè uti possit; locum priorem, in quem mortuus illatus est, effici religiosum. Quocirca firmiter concluditur; debitorem audiendum non esse, si pro fidejussore, jam constituto & accepto, alium æquè idoneum fidejussorem creditori dare satagat. *Idq; fusius exponit Hunnius loco superius notato.*

§. *In omnibus. 1.*

In omnibus autem obligationibus adsumi possunt: id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contractæ fuerint. At nec illud quidem interest, utrùm civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeò quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem à servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.

SVMMARIA.

1 *Finis fidejussionis quis.*
2 *Quibus obligationibus fidejussor accedat.*
3 *Accessio sine principali consistere nequit.*
4 *Servus, cum aliquo contrahens, naturaliter tantùm obligatur.*
5 *Fidejussor non debet duriùs obligari, quàm principalis.*
6 *Conciliatio l. Marcellus. 25. ff. hoc tit. cum l. 6. ff. de verb. obligat.*
7 *In quibus causis fidejussioni non sit locus*
8 *Pro conservatione dotis non rectè fidejussor à marito exigitur.*
9 *Dos pro oneribus matrimonii potissimum datur.*
10 *De appendicibus idem esse solet judicium, quod de principali.*
11 *An pro conservandâ dote fidejussor à marito volente dari possit.*
12 *Mulier se suamq; vitam marito committit.*
13 *Sententia l. unica. C. Theod. de fidejussorib. dotium.*
14 *Constitutiones Theodosiana licet non sint authenticæ: tamen ad explicandos juris textus plurimùm momenti habent.*
15 *Rejicitur & refellitur interpretatio quorundam ad l. 1. & 2. C. ne fidejussor. dot. dent.*
16 *Mariti novi in uxorum gratiam nihil non facere solent.*
17 *Pignus à marito uxori pro dote dari potest.*
18 *Differentia inter pignus & fidejussorem.*
19 *Intellectus l. cùm dotis 55. ff. de jure dot.*
20 *Mens & sententia l. si constante. 24. §. 2. ff. solut. matrimon.*
21 *Favori pro se introducto quilibet renunciare potest.*
22 *Quæ ad renunciationem alicujus juris necessario requirantur.*
23 *Utrùm obligationi, quæ ex delicto descendit, fidejussor accedere valeat.*
24 *Iudicium fidejussoris datione non eluditur, nec executio impeditur.*
25 *Summa l. 1. vers. hoc autem ff. de custod. & exhibit. reor.*
26 *Sensus l. si à reo. 70. §. ult. ff. hoc tit.*
27 *Pœnas ob maleficia solvi, magna ratio suadet.*
28 *Intellectus l. si confessus 5 ff. de custod. & exhibit. reor. & num. 28.*
29 *An cautioni fidejussoria sit locus, si pœna corporalis reo venit in-(fligenda.*
30 *Nemo membrorum suorum dominus*
31 *Interpretatio l. divus Pius. 3. ff. de custod. & exhibit. reor.*
32 *Consideratio d. l. si confessus. 5. ff. d. tit.* (stringere queat.
33 *Num ad carceres pro debitore principali, fidejubendo aliquis se ad-*

34 *Omne*

1 FINIS fidejussionis idem perhibetur, qui pignoris, putà securitas sive cautio creditoris: de quo fine Imperator dixit initio hujus tituli: jam de mate-
2 riâ videndum est. Materia igitur circa quam, & cui fidejussor accedere potest, sunt omnis generis obligationes, ex quibuscunq; contractibus ortæ; non solùm primæ vel principales, sed etiam secundariæ sive accessoriæ, *hoc §. nostro. l. 1. d. 2. l. Graecè. 8. §. 1. & §. fin. ff. hoc tit. ibiq; Wesenbec in Paratit num. 4.* Quare ubi nulla adest obligatio, ibi non valebit fidejussio. *l. qui contra. 11. l. fidejussor obligari. 16. in princ. l. si mihi 23. l. si quis 56. § 2. l. si à reo. 70 §. si à furioso 4. ff. eod. l. is, cui 6 ff. de verbor obligat.* Hujusque ratio manifesta est: quia fidejussio est quædam accessio. *§. fidejussores. 5. infr. hoc tit. d. l. 1 l. generaliter. 5 ibi, ex caussa ac-*
3 *cessionis. & l. hi, qui accessionis. 34. ff. d. tit.* Accessio autem requirit principalem, cui innitatur, *arg. §. cùm in suo. 29. supr. de rer. divis. l. 2. ff. de pecul. legat. l. 2. ff. de superficieb. l. nihil dolo. 129. §. 1. & l cù principalis. 178. ff de reg. jur. c. accessorium. 42. eod. in 6.* Nec refert, utrùm civilis, an naturalis sit obligatio, cui fidejussor adjicitur: adeò quidem, ut pro servo quoque (qui naturaliter olim obligabatur. *l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur.*) fidejussor tam domino, quàm extraneo obligari possit, *hoc §. nostro. vers. at nec illud l. stipulat. 6. §. ult. & l. seq. l fidejussor. 16. § fidejussor. 3. l. Marcellus. 25. l. cùm fidejubeat. 35. d. l. si à reo. 70. §. adeò 3 ff. hoc tit.*

4 Cui non adversatur, quòd servus cum aliquo contrahens, naturaliter tantùm obligetur: fidejussor verò pro hoc servo ita naturaliter obligato, obligetur etiam civiliter. *l. cùm fidejubeat. 35. ff. hoc tit.* Non
5 debeat autem fidejussor duriùs obligari, quàm principalis. *d. §. fidejussores. 5. infr. eod. d. l. Graecè 8. § illud. 7. d. l. hi, qui accessionis. 34. ff d. tit.* Hoc, inquam, non adversatur. Sibi enim imputet fidejussor damnum, quod ex hac obligatione sentit: cùm à fidejussione abstinere potuerit. Nam quòd servus non civiliter, sed naturaliter tantùm obligetur: id fit ex defectu personæ: qui defectus cùm in fidejussore non sit, meritò etiam civiliter obligatur. Non igitur durior, sed tantùm firmior est obligatio fidejussoris; uti, *post Bodeum, notat Rittershusius hic pag. 455.*

6 Similiter *dicta l. Marcellus. 25. ff hoc tit.* (ex quâ evincitur, eum, qui pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigòve vel furioso fidejusserit, ex suâ fidejussione teneri) non repugnat textus *in d. l. is. cui bonis. 6. ff. de verb. obligat.* ubi disertè asseritur, quòd pro furioso & prodigo intervenire fidejussor non possit. *Etenim* aut fidejussor intercessit pro furioso vel prodigo jure obligato, utputà ex quasi contractu, vel delicto obligato: quibus casib⁹ ipsi jure obligantur: & tunc fidejussor efficaciter tenetur. *l. furiosus. 46. ff. de obligat. & act.* Aut fidejussor intercessit pro furioso vel prodigo, jure non obligato, utputà quando stipulanti sine auctoritate curatoris promiserunt: & tunc nec fidejussor pro iis adstringitur. Ita distinguitur *in d. l. si à reo. 70. §. si à furioso. 4. ff. hoc tit.* Quoties verò fidejussor pro debitore, naturaliter tantùm obligato, utputà pro pupillo, sine tutoris auctoritate promittente, intercedit: efficaciter potest conveniri: quamvis principalis debitor actione pulsari non possit. *l. ubicunq; 60. ff. eod. l. si pupillus. 127. ff. de verb. obligat. Atq; ita tenent Cujacius ad d. l. is, cui. 6. ff. d. tit. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 93. edit. 1. & Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 5. quæst. 11. itemq; in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 3. q. 20. pag. 197. & seq.* Tametsi alii aliter *dictam l. Marcellus.* interpretentur. *Contius lib. 2. lection. subcisivar. c 3. Ravard. lib 2. varior. cap. 9. Duaren. & Donell in d. l is, cui. 6. ff. de verb. oblig. Robert. lib 2. receptar. lection. c. 37. Fernerius lib. 3. select. c. 23. Francisc. à Caldas in l. si curatorem. 3. verb. cùm non absimilis. num. 23. C. de in integr. restit. Treutler. select. disp. d. vol. 2. disp. 28. th 3 lit. b. ibiq; latè Bachovius in suis not. pag. 915. cum aliquot seqq. Aut Fab. lib. 8. conject. c. 6. Gœdd. in Comment. de contrah. & committ stipulat. c. 7. conclus. 10. num 131. cum seq. & noviter Heringius in tract. de fidejussor. cap. 5. n. 335. & seqq.*

Quòd porrò dicitur: fidejussorem omni obli- 7
gationi accedere posse: id in quibusdam causis non procedit. Namque pro actione populari. *l. si quis pro eo. 56. §. ult. ff hoc tit.* pro re turpi & inhonestâ. *d. l. si à reo. 70 in fin. ff. eod. l. si remunerandi. 6. §. rei turpis. & l. si verò. 12. § si adolescens. ff. mandati.* itemque pro dote conservandâ fidejussor à muliere accipi nequit. *tot. tit. C. ne fidejussores dot. dent. & ibi Bartol. Bald & Salicet. Cujac. ad African. tract. 4. ad l. si vir uxori 17. § si mulier dixisset. ff. ad SC. Vellejan. & in Paratit. Cod. ne fidejuss. dot. dent.* Etsi enim mari- 8
tus, soluto matrimonio, ad restitutionem dotis regulariter tenetur, ejusque restituendæ causa fidejussor accipi potest. *l. exceptiones. 7 in princ. vers. sic mariti. ff. de exceptionib l unic. §. cùm autem. 7. vers. cautione videlicet. C. de rei uxor. act.* tamen pro ejusdem conservatione, sive pro servandâ dote, constante matrimonio, non rectè à marito fidejussor exigitur. *l. 1. & 2. C. ne fidejussor. dot. dent. Gœdd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 6. conclus 23 numer. 360. cum seqq. Hering d. tract. de fidejussorib. cap. 6. n. 104. & seqq.* Idque eâ maximè ratione introductum est: ne fidejussio illa, quam uxor, vel ejus pater à marito pro dote conservandâ exigeret, ansam præberet odii & dissidii inter conjuges. Nam metuendum esset, ne maritus ægrè molestèque ferret, se ab uxore vel socero non fuisse idoneum habitum, ut ipsi dos sine fidejussore crederetur. *l. 2. C. ne fidejussor. dot. dent.* Absurdum quoque foret & turpe: plus alienæ, id est, fidejussoris extranei fidei & amicitiæ tribuere, quā proprii mariti: cū quo uxor omnis vitæ consortiū; divini humaniq; juris communicationem, ac supremū lōgeque arctissimū amicitiæ vinculū copulasset, *juxta*

l.1. ff. de rit.nupt.l. si cùm dotem. 22. §. si maritus. 7.
vers. quid enim tam humanum. ff. solut. matrimon.
9 Adhæc dos potissimùm matrimonii causa datur pro
oneribus ejus, tanquam accessio quædam. l. pro oneribus. 20. Cod. de jur. dot. Sicut ergo pro hoc princi-
pali, nempe pro ipso conservando matrimonio, &
maritali obsequio, & amore præstando, fidejussor in-
tercedere non debet: cùm in matrimonio contrahen-
do propria ipsorum contrahentium fides, eaque sola
versetur: ita etiam iniqvum est, ut ejus accessorio fi-
dejussor ejus conservandi causa accedat: cùm in eo
par sit fides, nec tantum momenti, quantum in ipso
principali. Bald. & Dd. in l. etiam si non dot. 8. C. de
10 jur. dot. Et de appendicibus plerumque idem esse so-
let judicium, quod de principali: quippe accessorium
naturam sui principalis imitatur. l. cùm principalis.
178. ff. de reg. jur. & c. accessorium. 42. de reg. jur. in 6.
11 Sed disceptatio non levis est: an à marito volente
pro conservandâ dote fidejussor dari possit? Et da-
ri posse, affirmant Iacobus de Raven. Cynus, Ioan.
Andrea, & Rom. quos recenset Alexand. in l. si
constante. 24. §. quotiens. 2. col. 2. v. tertiò limita. ff.
solut. matr. illosq; secuti Baldus Novell. in tract. de do-
te, part. 6. privileg. 21. n. 5. Ioann. Boschems in tract. de
nupt. lib. 4. n. 56. Duar. in method. tract. de jure dot. c.
4. Connanus lib. 8. Commentar. jur. civil. c. 9. num 8.
Menochius de præsumpt. lib. 4. præs. 190. n. 43. ad fin.
& lib. 6. præs. 1. n. 17. Hartmigus Dasselius in Com-
ment. ad statuta Lunaburg. art. 10. numer. 4. Vnge-
paur. exercit. Instit. 11. quæst. 7. pag. 424. cum seq.
edit. ult. Antonius Pichard. in hoc §. nostro. num. 11. &
12. Hænonius disp 15. controvers. 4. Arumæus Exer-
cit. Inst. 13. th. 12. Iohan. Copp. lib. 2. obser. pract. 29.
ad fin, D. Besoldus vol. 2. consil. 72. num. 4. & seqq.
pag. 303. Knipschildt. exercitat. Acad. 7. quæst. 6. pag.
260. & Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract.
5. quæst. 3. & in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 28. th.
3. quæst. 17. pag. 190. & seqq. Verùm plerique alii exi-
stimant: non solùm prohiberi fidejussorem accipi,
constante matrimonio, à marito volente idoneo: sed
& adversâ fortunâ ad inopiam inclinante. Bartolus,
Baldus. Iason, Salicetus, Cujacius, hosq; referens Gæd-
dæus d. c 6. num 369. Azo in summa tit. C. ne fidejus-
sor. dot. dent. Petr. Vanderan. de privileg. creditor. cap.
4. n. 13. & seqq. Fachineus lib. 8. controvers. jur. cap.
76. Alciat lib 4. parerg. cap. 26. Andreas Gerhardi
decad. 14. quæst. 1. Matth. Stephani cent. 3. quæst. 47.
Roberus disp. 16. ad Instit. thes. 10. Anton. Matthæus in
hoc. §. Treutler. vol. 2. disp 7. th. 4 lit. H. ibiq; in suis
not. & animadvers. Bachovius, pag. 342. cum seq. &
P. Barbos. in l. si cùm dotem. 22. §. transgrediamur.
12. numer. 39. ff. solut. matrim. Ant. Merenda lib. 6.
controvers. jur. cap. 13. numer. 17. & seq. pag. 425. He-
ringius d. cap. 6. numer. 156. ubi plures citat. Moven-
tur hi Interpretes tum rubricæ dicti tit. C. ne fidejus-
sores dot. dent. generalitate, eàque prohibitoriâ: tum
l. 1. & 2. Cod. eod. & suprà adductarum rationum per-
petuitate. Siquidem eadem absurditas, eadem turpi-
tudo, idem fidei & amoris conjugalis contemptus hic
12 versatur. Sive enim à volente, sive ab invito marito
fidejussor detur: mulier (quæ se suamque vitam ma-
rito committit. l. hac lege. 8. C. de pactis convent.)
fidei mariti diffidere, plusque fidejussoris, quàm ma-
riti, fidei tribuere videtur, contra d. l. 2 Cod. ne fide-
juss. dot. dent. Et hæc sententia apertiùs confirmatur
ex l. unic. Cod. Theodos. de fidejussoribus. dot. lib. 3.
tit. 15. ubi iidem Impp. Valent. & Theodosius, quo- 13
rum est d. l. 1. C. ne fidejussor. dot. dent. qui adeò opti-
mi sui ipsorum possunt esse Interpretes, in hæc verba
rescripserunt: Omnium sponsorum vel fidejussorum
deinceps in cavendâ dotis sponsione promissiones absol-
vimus. Et frustrâ hujus legis auctoritatem dissentien- 14
tes elevant: quia ut maximè istæ constitutiones Theo-
dosianæ non sint authenticæ: eas tamen ad explican-
dos juris nostri textus plurimùm momenti habere,
nemo sanus facilè negaverit. Quòd præterea Adversa- 15
rii respondent: dictas ll. 1. & 2. C. ne fidejussor. dot.
dent. de marito coacto sive invito, non verò ultrò of-
ferente fidejussores, accipiendas esse: ad rationem ju-
ris nostri si exigatur, nullius omnino est ponderis:
quia nemo ultrò hoc facere, & hoc onere, quod in ju-
re nostro non grave tantùm, sed famosum penè habe-
tur. l. testamento datos. 17. in fine. ff. de testamentar.
tutel. se obstringere velle præsumitur. Et aliàs sanè 16
nullo negocio constitutionibus illis fraus fieret: imò
illæ eluderentur penitùs: quòd semper mulieres ob-
latos ultrò sibi fidejussores dicerent: neque mariti,
qui in uxorum nihil non initiò gratiam facere amant:
citra turpitudinis propriæ allegationem sese ab uxo-
ribus coactos esse, excipere & prætendere possent.
Ac proinde frigidè Antagonistæ captant verbum, exi-
gendi, in d. l. 2 C. ne fidejuss dot. dent. positum: quo-
niam ex ratione juris omnis fidejussor intelligitur ex-
actus. Idq; accuratiùs explanat Bachovius loco suprà
designato.

Non adversatur huic sententiæ, quòd cùm pignus 17
à marito uxori pro dote dari possit. l. quod autem. 7.
§. si uxor. 6. ff. de donat. inter vir. & uxor. eâdem
ratione etiam fidejussor dari queat: cùm fidejussio pi-
gnoris dationi par similisq; esse censeatur. l. promissor.
21. §. ult. ff. de constit. pecun. Nam respondetur: evi-
dentem esse inter pignus & fidejussorem diversitatis
rationem: quoniam pignore dato dos ponitur tan-
tùm in tuto: non etiam committitur alterius perso-
næ, quàm mariti ipsius, fidei. Fidejussor obtinet lo-
cum debitoris: pignus locum rei debitæ. Non quæ- 18
ritur aliena fides, si quæritur pignus: secus, si fidejus-
sor. In eo siquidem mulier fidem alienam sequitur:
quod inter conjuges fieri absurdum esse, & perfidiæ
occasionem generare, Justinianus Imp. rescripsit. d. l.
2. C. ne fidejussor. dot. dent. ibiq; Cujac. Fachin. d. lib. 8.
capit. 76. versic. secundum argumentum, &c. Vide
aliter sentientem Antonium Merendam. d. lib. 6. con-
troversiar. jur. cap. 12. numer. 1. cum seqq. pag. 421.
& seq.

Sic quoq; non refragatur l. cùm dotis. 55. ff. de jure 19
dot. ubi cùm fidejussor, pro muliere dotem promit-
tente intercedens, teneatur: ex eo consequens vide-
tur, eum & pro marito intercedentem obligari. Di-
versa namque sunt: causa dotis expromissæ dare fi-
dejus-

dejussorem, & dare causa dotis servandæ vel restituen-
dæ. Expromittere, est novandi animo suscipere alienā
obligationem, & se facere reum principalem pro alio,
soluto ab omni obligatione alio: quia novatio libe-
rat debitorem priùs obligatum. Igitur *dicta l. 35.* sen-
tentia hæc est: si quis dotem debitam ab uxore pro-
miserit viro, novandi animo, & fidejussorem dederit:
utiq; fidejussor tenebitur. Neque enim ab uxore, sed
ab extraneo expromissore, datus est. *Ita rectè ex Cu-*
jacio explicat istam legē Fachineus d. c. 76. ad finem.
20 Nihil item resistit *l. si, constante. 24 §. quotiens. 2. ff.*
solut. matrimon. ubi Vlpianus. *Quotiens*, inquit, *mu-*
lieri satisdandum est de solutione dotis post certū tem-
pus: si maritus satisdare non possit: tunc, deducto
commodo temporis, condemnatio residui repræsenta-
tur, &c. Satisdare autem, est propriè fidejussoribus
cavere. *l. 1. in fine. ff. qui satisdare cogantur.* Et quòd
de marito Vlpianus loquatur, qui constante matrimo-
nio ad inopiam vergit, ex responsi principio patet. Ni-
hil, *inquam*, lex illa resistit. Quandoquidem *in allegato*
§. quotiens. non agit Jurisconsultus de dotis repeti-
tione, quæ fit constante matrimonio ob inopiam ma-
riti imminentem: sed de dotis repetitione, quæ fit
matrimonio jam soluto. Idq; colligitur ex his verbis:
de solutione dotis post certum tempus. Tempus sanè
hîc intelligitur, non, quod constante matrimonio est:
quia ut ob inopiam emergentem dos repetatur certo
tempore, concludi non potest: sed tempus intelligitur
pacto conventum, intra quod, soluto matrimonio, dos
reddi debebat, aut caveri *l. de die. 14. & l. Atilicinus.*
17. ff. de pactis dotalib. Præterea idem convincunt illa
verba: *tunc deducto commodo temporis, &c.* Etenim si
constante matrimonio dos repetatur: nulla fit tem-
poris deductio: cùm omne illud commodum cedat
lucro mariti in compensationem oneris matrimonia-
lis. *l. pro oneribus. 20 Cod. de jure dot.* Et licet in prin-
cipio *dicta l. si, constant.* de dotis repetitione, quæ fit
constante matrimonio, tractetur: non tamen protinùs
consequens est, de eâdem quoque agi *in d. § quotiens.*
quia directò cum principio legis non cohæret. Sed &
(citra veritatis præjudicium) concesso, quòd *ex d. §.*
quotiens. colligi possit: Vlpiani ætate licuisse pacto
cònvenire, & ultrò uxori fidejussorem dare dotis cau-
sa, constante etiam matrimonio: id tamen nunc meri-
tò sileret propter recentiores constitutiones, jus vetus
istud & consuetudinem prohibentes atque tollentes.
Auctores siquidem *dicta l. 1 & d l. 2. C. ne fidejuss. dot.*
dent. tempore posteriores esse, & auctoritate majores
Vlpiano, nemo non perspicit, *docente D. Gœddæo, d.*
tract. de contrah. & committ. stipul. st. cap. 6. conclus.
23 n 385 & seqq. ubi & alia argumenta, non multùm
21 *ad rem facientia, elidit.* De intellectu *dicta l si, con-*
stante. 24. §. quotiens. 2. ff. solut. matrim. videatur quo-
que Heringius *d. tract. de fidejussor. c. 6. n. 188. & seqq.*
22 Denique nihil obest, quòd favori pro se introducto
quilibet renunciare queat. *l. penult. Cod. de pact. l. pa-*
ctum 46. ff. eod. l. sed & si. 4. §. quositum. 4. ff si quis
cautionib. in judicio sistendi, &c. l. si judex. 41 ff. de mi-
norib. l. petest heres. 71. ff. ad leg. Falcid. ac proinde et-
iam maritus prohibitioni *dicta l. 2, C, ne fidejussor. dot.*
dent. sponte obviare possit. *Nam* ut renunciatio ali-
cujus juris, pro aliquo introducti, obtineat: necessa-
riò hæc tria intervenire & concurrere debent. I. Vt sit
tantùm jus positivum, merè in alicujus solius favorem
introductum, non simul concernens publicā utilita-
tem. *l. jus publicum. 38 ff. de pact. l. nemo potest. 15. ff. de*
legat. 1 l. nec ex prætorio. 27. ff de reg jur. II. Vt renun-
ciatio non inducat aliquid contra bonos mores, nec
det occasionem ad delinquendum. *l. alia causa. 14. §.*
1. ff. solut. matrimon. III. Vt renuncians sit talis, qui si-
bi præjudicare possit. Cùm igitur *d. l. 2. Cod. ne fidejuss.*
dot. dent. in publicâ utilitate, in morum reverentiâ,
& vitandâ delinquendi occasione, apertissimè sit
fundata: manifestum fit, ejus renunciationem mari-
to permissam non esse. *juribus præallegatis, & bene*
tradidit Heringius d. cap 6. n. 182. Quibus ita breviter
discussis: meritò concluditur, à volente etiam marito
fidejussorē, pro dote conservandâ, dari minimè posse.
Vtrùm obligationi, quæ ex delicto descendit, fide-
jussor accedere possit, vehementer controvertitur? Sed 23
cùm delicta quædam pecuniariam solummodo pœ-
nam contineant: quædam verò pœnam capitalē seu
corporalem mereantur: idcirco de iis distinctè, more
aliorum Interpp. tractabimus: prout etiam fecimus *ad*
§. sed hodie 2. n. 26. & seqq. infr. de satisdationib. Quod
igitur ad delicta, propter quæ pœna tantùm pecunia-
ria irrogari solet, attinet: de illis non dubium videtur,
quin reus, ob hujusmodi delictum in carcere detent',
datis fidejussoribus, custodiâ & carcere sit relaxandus,
quantumvis in flagranti crimine deprehensus, aut et-
iam delictum judicialiter confessus fuerit. Nam primò 24
manifesto manifestius est, quòd per datum fidejusso-
rem certior sive securior fiat accusator vel fiscus de so-
lutione pœnæ istius pecuniariæ: adeoq; judicium, fi-
dejussoris datione, non eluditur; nec executio impedi-
tur: sed promovetur potiùs. Si enim ipse principalis,
quòd vel absens & fugitivus, vel solvendo non sit, pœ-
nam non solvat: eam fidejussor solvere compellitur.
Deinde nihil quicquam interest actoris vel fisci, uter
pœnam illam pecuniariam solvat, ipsemet reus, an fi-
dejussor, vel quis alius, *arg l. solutione. 23. & l. solvere.*
53 ff. de solution. Quare etsi carcere liberatus reus au- 25
fugiat; pœnam tamen non evitat: nec etiam actor aut
fiscus, cui pœna applicanda venit, eâ defraudatur. Præ-
terea huc confert textus *in l. 1. vers. hoc autem vel pro*
criminis, quod objicitur, qualitate. ff. de custod. & ex-
hib. reor. ex quo indistinctè evincitur, quòd si delictū
non sit ita grave, ut corporis habeat pœnā afflictivam,
sed solùm pecuniariam, reus non sit in carcerem con-
jiciendus: vel, si eo detineatur captivus, dato fidejus-
sore, dimittendus. Eódem insuper facit *l. si à reo 70. §.* 26
ult. ff. hoc tit. ubi Cajus JC. simpliciter respondet:
quòd in crimine furti (cujus pœna jure Justinianeo
pecuniaria est. *§ pœna manifesti. 5. & § ult. infr. de ob-*
ligat. quæ ex del. nascunt l. dobis. 13. & l. falsus. 19. Cod.
de furtis.) fidejussor accipi possit à reo furti: propterea 27
quòd magna ratio suadeat, pœnas ob maleficia solvi:
id quod fidejussoris datione efficiatur. Et ita quamvis
in d. l. 70. de furti crimine certò constaret: tamen fi-
dejussorem admitti, Jurisconsultus statuit.

28 Nec hanc sententiam offendit *l. si confessus. 5. ff. de custod. & exhibit. reor.* ubi Venulejus, *si confessus*, inquit, *fuerit reus: donec de eo pronuncietur, in vincula publica conjiciendus est.* Nam præterquam quòd (ut aperte liquet ex inscriptione ejus, quæ sic habet: *Venulejus Saturninus lib. 2. de judiciis publicis*) lex illa loquitur de criminibus gravioribus capitalibus, vel corporis coërcitionem habentibus: commodè sic accipi poterit, quod reus confessus, donec de eo pronuncietur, in vincula publica sit conjiciendus: nisi velit fidejussorem dare, & de judicio sisti, deq; pœnâ ipsi decernendâ cavere. Atq; ita scribunt & docent *Iacobus Menochius lib. 2. de arbitrar. judic. cent. 4. cas. 303. n. 6. 7. 8. & 12. Gæddæus d. Commentar. de contrah. & commut. stipulat. c. 6. conclus. 23. n. 408. cum seqq. Arumæus Exercitat. Iustin. 13. thes. 13. Andr. Gerhardi d. decad. 14. quæst. 4. & Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 5. q. 4.* Tametsi Interpretes alii in diversa opinionum divortia abeant, *Hippolyt. de Marsil. in pract. crimin. § attingam. n. 3. & seqq. Petrus Follerius in pract. crimin. in verb. examinatis liberentur, &c. Iodoc. Damhouder. in praxi rer. criminal. cap. 20. nu. 2. Colerus in decis. Germaniæ. decis. 29. num. 18. & rursus decis. 107. num. 5. cum seqq. Heringius d. tract. de fidejussorib. cap. 10. num. 396. & seqq. & cæteri.*

29 Atq; hactenus de eo casu, quo pro crimine commisso pœna pecuniaria est præstanda. Si verò corporalis, sive sanguinis, sive alicuius alterius gravioris coërcitionis pœna reo carcerato infligenda sit, puta quia commisit homicidium, vel crimen læsæ majestatis, aut cudit falsam monetam, vel quid simile fecit: hoc casu, oblatam à reo cautionem fidejussoriam acceptari non debere, etiamsi vellet mille dare fidejussores, Doctores communiter tradiderunt, *Bald. in l. 2. col. 1. in fine. Cod. de exhibend. & transmitt. reis & l. eos. 6. §. super his. Cod. de appellationib. Angel. Aretin. in tract. malefic. in verb. fama publica. vers. decimò quarto. nu. 66. Gomez. tom. 3. var. resol. cap. 9. num. 8. Clarus lib. 5. sent. §. fin. quæst. 46. nu. 7. Covarr. lib. 2. var. resol. cap. 8. nu. 8. Nevizan. cons. 61. num. 22. Iohan Saixon. in consuetud. Turon. tit. 1. §. 24. Gloss. 3. vers. quare decimo sextò. Ant. Cordub. de Lara, in repetit. l. si quis à lib. 5. § sed utrùm. 1. n. 23. ff. de liber. agnoscend. Freibard. consil. 66. nu. 5. part. 1. Eman. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. F. n. 144. Valent. Franc. in tract. de fidejussorib. cap. 3. n. 201. cum seqq. Farinac. in praxi crimin. t. de carcer. & carcerat. quæst. 33. reg. 1. n. 151. & seq. M. Anton. de Amatu decis. 101. incip. secutâ carceratione. n. 9. & 10. Rutger. Ruland. de Commiss. part. 4. lib. 6. cap. 4. n. 46. hocq; laudans Heringius d. cap. 10. num. 408. & seqq.* Cæterùm alii intrepidè concludunt; & isthoc casu fidejussorem admittendum, eoque dato reum à carcere relaxandum sic tamen, ut arbitrio & discretioni judicis relinquatur dijudicare, consideratis diligenter delicti circumstantiis, & personæ conditione ac qualitate, quando fidejussor admitti & reus custodiâ relaxari possit. *d. l. 1. 2. 3. ff. de custod. & exhibit. reor. l. eos. 6. §. super his. 3. Cod. de appellation. Menoch. d. lib. 2. de arbitr. jud. cas. 303. n. 16. & 17. Wesenbec. in paratit. ff. hoc tit. n. 4. vers. sed an in criminalibus, &c. Gædd. d. c. 6. conclus. 23. n. 416. cum seqq. Arumæus d. Exerc. Iustin. 13. th. 13. Guilielm. Forster. lib. 3. tractation. Iustin. disp. 17. th. ult. Hænon. disput. 15. ad Instit. sub controvers. 5. Gerhard. d. decad. 14. quæst. 4. & Hunnius d. lib. 3. tract. 5. quæst. 5. nec non in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 28. th. 3. quæst. 18. pag. 192. & seqq.* Idque & nos explicatiùs probavimus *in d. §. sed hodie. 2. n. 33. & aliquot seqq. infr. de satisdat.*

Non obstat huic conclusioni *l. liber homo. 13. in* 30
princ. ff. ad leg. Aquil. ubi dum Ulpianus ait, neminem esse dominum membrorum suorum: inde dicendum videtur, quòd fidejussor in causis capitalibus pro reo intercedens, ad pœnam corporalem se obligare non possit. *Nam respondetur*: fidejussorem in causis capitalibus admitti, non ut pœnam corporalem promittat, ad quam reus tenetur: sed ut in se recipiat, reum judicio sistere & præsentare. Enimverò si eveniat, ut reus ille aufugiat, ita ut fidejussor nequeat eum exhibere aut præsentare: hoc utiq; casu fidejussor non eâdem pœnâ, quâ reus criminis convictus afficiendus foret, sed extraordinariâ arbitrio judicis plectitur. *l. si quis reum. 4. ff. de custod. & exhibit. reor. Bachovius hic num. 1. pag. 781.*

Minus obstat *l. Divus Pius. 3. ff. dicto tit.* ubi Ulpia- 31
nus ex epistolâ Divi Pii refert: non esse in vincula conjiciendum eum, qui fidejussores dare paratus est: nisi iam grave scelus admisisse eum constet, ut neq; fidejussoribus, neque militibus committi debeat, verùm hanc ipsam carceris pœnam ante supplicium sustinere. *Etenim* in istâ lege non quodvis intelligitur capitale crimen, quod grave sit; sed illud duntaxat capitale crimen, quod ita sit grave, ut hanc ipsam carceris etiam pœnam reus ante supplicium sustinere debeat: cujusmodi est crimen majestatis, parricidii, latrocinii, raptûs cum incestu, &c. Et cùm saltem hoc criminis genus atrocissimum excipiat Jurisconsultus: censetur in cæteris omnibus capitalibus criminibus arbitrio judicantis relinquere, utrùm fidejussorem admittere velit, *arg. l. cùm prætor. 12. in princ. ff. de judic. Gædd. d. cap. 6. num. 418.* Adhæc *dicta l. 3.* non loquitur de fidejussore dando, ob relaxationem carceris ob custodiam, sed propter relaxationem carceris ad pœnam, hoc est, ejus carceris, qui pœnæ causa decretus est. A carcere, quo pœnæ loco reus detinetur, fidejussoris datione non relaxari aut liberari reum, facilè conceditur. *Hunn. d. quæst. 5. vers. denique & ideo. &c.*

Multò minùs obstat *supra adducta l. si confessus. 5.* 32
ff. de custod. & exhib. reor. ubi absque ullâ distinctione dicitur, quòd reus crimen confessus, donec de eo pronuncietur, in vincula publica sit conjiciendus: adeoque pro reo criminis capitalis fidejussor non admittendus. *Nam* illud procul dubio temperamentum accipit *ex d. l. eos. 6. §. 3. Cod. de appellat.* & ita limitatur: nisi reus, crimen confessus, fidejussorem dare paratus sit, *ut explicatum supra num. 24.* Etenim textus cum textu conferri debet, ita ut id, quod in uno textu generaliter dictum est, ex alio restrictionem & declarationem accipiat, *argum. l. incivile. 24. & l. non est novũ. 26. ff. de legib.* Vel certè *dicta lex 5.* sic limitanda erit: nisi tam grave sit scelus, ut reus neq; fidejussoribus, neque

neque militibus committi debeat, *juxta d. l. 3. ff. de cust. & exhibit. reor. & notata Hunnii d. quaest. 5. in fine.* Plura noviter istâ de quaestione comportavit Dn. Collega Bocerus *in hoc tit. num. 92. cum multis sub seqq. pag. 315. & seqq.* Bacchovius *in not. & animad vers. ad Treutler. d. vol 2. disp. 28. th. 3. lit. A. pag. 910. & seqq.* Balthasar Amescua *in tract. de potestate in se ipsum. lib. 1. cap. 14. num. 6* huncque referens Antonius Merenda *lib. 5. controvers. jur. cap. 33. pag. 369. & seqq.*

33 Expeditae modo quaestioni vicina illa controversia est: utrum ad carceres pro debitore principali fidejubendo quispiam sese adstringere possit; adeò, ut si non solvat principalis, tum fidejussor in carcerem detrudatur? Et licet multi negativè respondeant, *Speculator in tit. de renunciatione & conclusione. §. item est beneficium. num. 29. Bartol & ad eum Albanus, Imol. Alexand. Angel. & Roman. in l. alia. 14. § eleganter. ff. solut. matrim. Salicet. in l. 1. C. qui bon. ced. poss. & Felin. in c. ex rescripto. 9. de jurejurand. Bacchovius in dictis not. ad Treutler vol. 2. disp 28 th. 4. lit. F. vers. hinc & ad carceres. pag. 937. & seqq.* contrarium tamen hisce potissimum defendi solet argu-
34 mentis. I. Omne factum licitum & honestum in stipulationem deduci, & stipulatione promitti potest. *l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verb. obligat.* Atqui aliquem pro debito per magistratum carcerari, est factum licitum & honestum, *arg. l. nemo carcerem. 2. vers. vel certè si quis, &c. C. de exactorib. tributor. Berlich. part. 2 conclusion. practicabil. conclus.*
35 *27. num. 28.* II. In *d. c. ex rescripto. 9. de jurejur.* habetur: obsides dari posse pro debito pecuniario; & valere pactum, ut si creditori satisfactum non fuerit, tum in obstagio esset debitor, vel ipsius fidejussor, hoc est, in loco convento sese sisteret, nec recederet, donec
36 promissa adimpleverit. Obstagium autem censetur species carceris, *arg. l. succurritur. 9. & l. nec non. 28. § 1. ff. ex quib. caus. majores, &c. Vide Bacchovium in dictis not. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th 4. lit. F vers. hinc obstagii poenam. pag. 939. & ibidem Hunnium in resolut. quaest 30. pag 213. item q; D. Besoldum in thesauro pract. lit. L. num. 36. pag. 513. & seq.* Igitur conventio, quâ libet homo se ad carcerem obligat, valere videtur. III. Vlpianus *in l. quod & lex. 3. §. si quis. 5. ff. de homine lib. exhibend.* apertè scribit: Si quis volentem retineat, non videri dolo malo retinere. Jam verò qui ex conventione debitorem in carcerem auctoritate magistratus detrudit, donec solvat, detinet volentem: cum semel is in hoc consenserit: nec attenditur, quòd nunc dissentiat, *arg. l. sicut 5. Cod. de oblig. & actionib.* Ergò, qui in carcerem debitorem, vel ipsius fidejussorem conjicit, cùm ad hoc priùs ille conventione sese obligârit, dolo non facit, sed jure suo
37 utitur. IV. In *l. Titius servum. 9. ff. de servis export. vend. & l. si quis sub hoc pacto 56 ff. de contrah. empt.* traditur: quòd, accedente pacto de manûs injectione, regulariter permissa sit detentio. Nec moveris hosce textus loqui de servis: ac proinde, cùm dicantur esse in bonis nostris, *§ 2. & seqq supr. de jure personar. §. item ea, quae ex hostibus. 17. supr. de rer. divis.* de illis faciliùs hujusmodi valere conventionē: at nihil quicquam agere textus illos de hominibus liberis, qui hominum commercio exempti sunt *§ nls. supr. de empt. & vendit.* Etenim nihil diversitatis subesse videtur, quare manûs injectio ex pacto non ita debeat contra debitorem concedi, prout tribuitur adversus alienum servum: cùm, in proposito, servus venditus & traditus emptori, tam quoad dominium, quàm etiam quoad possessionē, in nostrâ potestate esse desierit. *§. per traditionem. 40. supr. de rer. divis. & l. traditionibus. 20. Cod. de pactis.* Atq; hisce, & similibus rationibus hanc sententiam defendunt *Vdalricus Zasius lib. 2. singularium responsor. c. 8. Henning. Goed. consil. 2. lib. 9. n. 59. & seqq. Mynsinger. cent. 6. observat. 51. n. 3. & seqq. Andr. Glud. de sequestrat. cap. 1. n. 106. Coler. in process. execut. part 1. cap. 6. num. 44. cum seqq. Treutl. vol. 2. disput. 28. th. 4. sub lit F. eosq; citans Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur civ. tractat. 5. quaest. 6. Vbi, in vers. ego in hac Interpretum, &c.* non ineptè sic statuendum censet: debitorem principalem sese obstringere posse ad carcerem, si statuto die non solverit, pro eoq; etiam fidejussorem consimiliter ad carcerē se obligare posse: at cùm debitor principalis se ad carceres non obligavit; fidejussorem ita sese obligare non posse, ut si principalis non solverit, ipse fidejussor satis sit facturus, aut in carcerem iturus: quia hac ratione fidejussor in duriorem causam obligaretur: quod fieri non posse, ostenditur *in § fidejussores. 5. infra hoc tit. Huc q; pertinere videntur, quae de obligatione ad carceres prolixè scripsit Berlichius d. part. 2. conclus. 27. per tot. & conclus. 28. num. 56 & seqq.*

Non obloquitur aienti sententiae, quòd Vlpianus 38
JC. *in praedictâ l. liber homo. 13 ff. ad leg. Aquil.* scribit: neminem esse dominum membrorum suorum. *Hoc namq;* exaudiendum est de extinctione vel amputatione membrorum, ad quam nulla conventio, nullum pactum extendi potest. Diversum verò obtinet in pacto carceris, de quo hoc agitur loco: quia carcer non affligit membra, aut extinguit: sed arctat solummodo debitorem, absq; omni periculo corporis, ad haerendum certo in loco, donec solvent. Neq; hanc solutionem impedit, quòd plurima & maxima sint carceris incommoda, haud cum levi corporis & valetudinis periculo conjuncta: veluti, foetor, squalor, tenebrae, solitudo, & id generis alia. *Quia* haec locum habent in carcere noxiorum subterraneo, in quo custodiuntur poenae, propter admissum aliquod flagitium, destinati. *d l 2. vers. carcer poenalium. C. de exactorib. tributor.* Non autem procedunt in carcere debitorum, qui reis in causis pecuniariis assignatur, & plerunque in locis editioribus, super portis Civitatum, aut in Curiâ, habetur; ita ut nec lumen coeli & solis, nec usus salubris aeris carceratis adimatur. *Ioan Köppen decis. 29. num. 20. Coler. d. part 1. cap. 6 num 111 & seqq. Rutger. Rulandt. de commiss. part. 2. lib. 4. c. 1. num. 7. Berlich. d. conclus. 28. num. 66. & seq.*

Nec quicquam obstat textus *in l. Titio centum. 71.* 39
§ 2. ff. de conditionib. & demonstrat. ubi Papinianus, *Titio,* inquit, *centum relicta sunt ita, ut à monumento meo non recedat, vel uti in illa civitate*

domi-

domicilium habeat: potrst dici, non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur. Ibi enim hoc expresè actum erat, ut Titius perpetuò & purè ac præcisè maneret adstrictus ad commorandum in loco monumenti, vel ad habendum domicilium in illa civitate, & non alibi. Ideoque rectè ibidem deciditur, quòd talis appositio conditionis seu modi non valeat: quia infringat jus libertatis. Secus est in nostrâ quæstione, ubi qui obligavit se ad carcerem, non perpetuò vel præcise tenetur: sed quandocunque pecuniam vel interesse solvendo liberatur.

Nullum præterea nobis negocium facessunt il-
40 li textus, quibus cavetur, quòd liber homo, ne quidem volens, servus alterius fieri, aut pignori capi & obligari possit. *l. qui filios. 6. C. quæ res pignori obligari poss. l. ob æs alienum. 12. Cod. de obligat & actionib. l. nec si volens. 6. Cod de liberal. caus & similes.* Siquidem per hanc conventionem sive pactionem, ut debitor certâ die solvat, aut non solvens in carcerem eat, non efficitur debitor creditoris servus: nec hoc agitur, ut creditori serviat, aut pignori capi queat: sed solùm ut solvat, & ad solvendum arctiùs adstringatur, & coarctetur. Nec concedendum est; carcerem, de quo hic tractatur, in servilem statum debitorem deducere, & speciem servitutis esse: quoniam id nullibi in jure fundatum reperitur. Sed & in proposito debitor non simpliciter se ad carcerem obligat, verùm ita, si non solverit: proinde, solutione ad diem factâ, carceris custodiam facilè evitabit. *Idq; fusiùs paulò expli-*
41 *cat D. Hunius d quæst. 6. ubi & alia dissentientium fundamenta perspicuè refellit.* Idem ad verbum ferè (pro more) repetit *in resolut. ad Treutler. d. vol. a. disp 28. th. 4. lit. F. quæst. 29. pag. 209 & seqq. Ad de Philippum Knipschildt exercit. Acad. 7. quæst. 8. pag. 262.* Adde item D. Martam, *tom. 3 digestorum novissimor. tit. obligatio. cap. 7. fol. 233.* ubi subjicit: cùm magnus in Germania obstagiorum abusus sit factus, illaq; extremo debitorum malo, & multo creditorum commodo fiant; sed multa inde publica scandala oriantur: ideo novissimmâ Imperii politicâ constitutione, & sic lege publicâ hujuscemodi obstagia interdicta in posterum, & prorsus abolita esse; *ex decisione Cameræ Imperialis 45. part. 2. Andreæ Gail. & decisione Gratianopolitana 61. Guidonis Papæ.*

§. Fidejussor non tantùm. 2.

Fidejussor non tantùm ipse obligatur: sed etiam heredem relinquit obligatum.

SUMMARIA.

1 *Obligatio fidejussoris ad heredes ipsius transit.*
2 *Omnis obligatio ex contractu ad heredes transmittitur.*
3 *Actiones, ex delicto descendentes, quando in heredem competant.*
4 *Ex alterius contractu nemo obligatur.*
5 *Heres & defunctus una eademq; persona reputantur.*
6 *Ex personâ heredum, conditio obligationis non mutatur.*
7 *Quibus casibus obligatio fidejussoria non transeat in heredes.*
8 *Conventio & pacta dant legem contractui.*
9 *Si convenit inter creditorem & debitorem de substituendis aliis fidejussoribus. tunc fidejussio, mortuo fidejussore, exspirat.*

HOc loco de effectu fidejussionis disserere incipit Imperator, & ostendit: quòd fidejussoris obligatio etiam ad heredes ipsius transeat. 1 Quemadmodum ergo, reo principali mortuo, heres ejus obligatus remanet: ita & mortuo fidejussore, ejus heres tenetur, *hoc §. nostro. l potest. 4. in fine ff hoc tit. l fidejussoris 24 Cod. eodem. l. veteres. 13. Cod. de contrah & commit. stipulat.* Ratio, cur etiam heres fidejussoris 2 teneatur, non obscura est: quia omnis obligatio ex contractu ad heredem transmittitur. *l ex contractib. 49. ff de obligat & actionib l hoc jure. 152 §. ult. ff. de reg. jur §. non autem omnes. 1. infr. de perpet. & temporalib. actionib. l. unica. C. ut action. & ab heredib & cont. heredes incip.* Quin & si obligationi ex delicto fidejussor accesserit, heredem suum obligatum relinquit: si modò ante rei mortem lis contestata, vel pro maleficio certa pœna promissa fuerit. Sicut enim a- 3 ctiones, ex delictis descendentes, in heredem tum demum competunt, quando lis contestata, vel heres inde locupletior factus sit. *d. §. 1. vers. aliquando tamen. infr de perpet. & temp. act. l. omnes. 26 l constitutionib 33. l. sciendum. 58 ff. de obligat. & act l. si plures. 17. in fin. ff de dol. mal. l. sicuti. 38 & l. totiens. 44. ff. de reg. jur.* ita etiam heres fidejussoris non quidem pro ipso maleficio, sed pro pœnâ, quam pro maleficio commisso fidejussor spopondit, obligatus manet, atque ad eam solvendam conveniri potest, *uti tradunt hic Glossa, Sylvester Aldobrandin. Angel. Faber. Mynsinger. Heigius, & cæteri: item Bartol. Iason & Costal. in l. si cum. 10. §. qui injuriarum. 2. ff si quis cautionibus in judicio. &c. Albertus Brunus in tract de interitu & perempt. conclus. 10. numer. 36. Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejussorib. n. 160. & singul. 159. Sebastian Medic in tract. Mors omnia solvit. part. 2. conclus. 45. numer 125 Bertazol. in tract. claus. instrũ. claus 39. glos. 6 numer. 1. & 2 Roland. à Valle consil. 58. numer. 5 & seqq. vel 1. hosq; laudans Antonius Hering. in tract. de fidejussorib. cap. 20. §. 10. numer. 29. Beust. ad l admonendi. 31. numer. 343. ff. de jurejur. Berlichius. part. 2. conclusion. practicabil. concl. 26. n. 7. & seq.*

Nec adversatur *l. cum te possessiones. 3. in fine. C. ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore, &c.* ubi di- 4 citur, ex alterius contractu neminem obligari. *item l. unic. C. ut nullus ex vicaneis &c.* ubi deciditur, grave esse non solùm legibus, verùm etiam æquitati naturali contrarium, pro alienis debitis alios molestari. *Etenim* cùm heres & defunctus una eademque perso- 5 na esse censeantur. *Novell. 48. circa finem præfationis.* heresque in universum ius defuncti succedat. *l. hereditas. 62. ff. de regul. juris.* meritò heres defuncti debita solvere cogitur: siquidem ex personâ heredum, conditio obligationis nõ immutatur. *l. 2. §. ex his. 2. ff.* 6 *de verb. obligat. l totiens. 6. in fine princ. ff. de pollicitationib l. 1 & ultim. Cod. de heredit ar. actionib.* deinde frustrà

frustrà recusat heres id, quod retractare non potuit ille, cujus hereditatem suscepit. *l. postulante. 44. in princ. vers. caeterum. ff. ad senatusconsultum Trebell. Hering. d. cap. 20. §. 10. num. 31. & seqq.*

7 Etsi verò obligatio fidejussoria in heredes transeat: hoc tamen intelligendum, nisi aliter conventum sit, vel aliud actum appareat à contrahentibus. *l. si finis. 22. § si in stipulatione. 7. ff. rem ratam haberi. l. semper in stipulationibus. 34. ff. de reg. jur.* Conventio

8 quippe & pacta dant legem contractui. *l. 1 §. si convenit. 6. ff. depos. l. contr. 23. ff. de reg. jur. c. contract. 85. eod. in 6.* Actum autem aliud censetur, si in instrumento cautionis expressum sit, quòd fidejussor duntaxat, vel solus fidejussor, non etiam ipsius heres, obligari debeat. Quotiescunque enim aliquid additum est, ex quo apparet, contrahentes ad propriam ipsorum personam respectum habuisse, & ad semetipsos contractum coarctare voluisse: toties obligatio, quae ex sui naturâ etiam heredes comprehendit, propter verba illa restrictiva, ad heredes non transit. *l. juris gentium. 7. § pactor. 8. l. & heredi. 21. § ult. junctâ l. seq. l. si unus. 27. §. pacta. 4. vers. ante omnia. ff. de pact. l. si necessarias. 8 § de vendendo. 4 ff. de pignorat. act. l. non solum 8. §. tale. 3. ff. de liberat. legat. Tiraquell. de retract conventi. §. 1. gl. 6. numer. 2. & seqq. Ioan. Iacob. Plebst. disp. nov. antiq. 1. th. 53. sub lit. a. Haerman. Pisteris part. 2. quaest. 26. numer. 3. ubi ad hoc plures allegat.* Eandem sententiam in terminis amplectuntur. *Matt. Coler. in tr. de process. execut. part. 1. c. 10 num. 318. Francus in tr. de fidejuss. c. 5. num. 87. & seq. Bachovius in not. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th 5. lit. B. vers excipe tamen, &c. pag. 942. & ibidem Hunnius in resol. vers limitatur, &c. pag. 217.*

9 Tametsi contrariam opinionem longè veriorem esse, judicet, *post alios*, Berlichius *d. conclus. 26. numer. 19. & seqq.* Idem statuendum est, si conventio inita proponatur inter creditorem & debitorem, de substituendis sive subrogandis in locum demortuorum aliis fidejussoribus. Nam haec conventio similis est priori: quoniam & in eâ id tacitè actum fuisse videtur, ut fidejussio illa tantum ad vitam fidejubentis duraret, & post mortem ipsius statim exspiraret, adeòque heres ejusdem conveniri nequiret, *argum. §. at si ita. 3. verb. quoad vivâ. supr. de verb. obligationib. & l. penult. ff. hoc tit. Hetgius hic num. 5. Wesenbec. consil. 14. num. 85. & 86.* Atque ita in Dicasteriis Lipsensi & Ienensi jam dudum de jure uniformiter responsum fuisse, testatur Coler. *de process. execut. part 1. cap. 10. num. 280 in fin. & decis. German. 30. n. 6. & seqq.* eumque referens Heringius, *d. cap. 20 §. 10. num. 63. ubi plura observatu per digna diligenter declarat.* Idem refert Berlichius *d part. 2. conclus. 26. num. 14. & seqq. ubi & alias nonnullas restrictiones adducit.* Adde Dn. Collegam Besoldum *consil. 35. num. 4. & seq. vel. 2. pag. 50. item consil. 72. numer. 34. & seqq. pag. 904.*

§. Fidejussor & praecedere. 3.

Fidejussor & praecedere obligationem, & sequi potest.

SUMMARIA.

1 *Fidejussor & sequi & praecedere principalem obligationem potest.*
2 *Fidejussoria obligatio est accessio quaedam.*
3 *Accessio rem principalem sequitur.*
4 *Fidejussor sub conditione accipi potest.*
5 *Servitus quatenus futuro aedificio constituatur.*
6 *Explicatio & consideratio l. si debitori. 47. §. 1. ff. hoc tit.*
7 *Mens & sententia l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb. oblig.*
8 *Differentia inter fidejussorem, & mandatorem atq; constitutorem.*
9 *D. Beceri dissentientis instantia diluitur.*

FIDEJUSSOREM & sequi & praecedere principalem obligationem posse, non solùm Justinianus hoc loco disertè adstruit: verùm etiam liquidò constat *ex l. potest. 4. in princ. & l. stipulatus sum. 6. § ult. ff hoc tit. item q; l. non quemadmodum. 35. ff. de judiciis. & l. eo tempore. 50. in princ. vers. sed fidejussorem. ff. de peculio.* ubi etiam futurae obligationi fidejussor rectè adhibetur. Nec obstat, quòd fidejussoria obligatio sit accessio quaedam principalis alicujus obligationis. 2 *§ fidejussores. 5. infrà, hoc tit. l. generaliter. 5. ibi, ex causa accessionis. & l. hi, qui accessionis 34. ff eod.* Accessio autem naturâ rem principalem sequatur, non 3 praecedat. *l. cùm principalis. 178. ff de reg. jur. c. accessorium. 42. eod. in 6.* Nam respondetur: fidejussoriam obligationem praecedere quidem posse principalem obligationem ordine temporis, & conceptu verborum: sed effectu & re ipsâ non item. Quia antequam reus principalis debeat, fidejussor conveniri nō potest. *l. fidejussor, antequam. 57 ff hoc tit.* hoc est, ista haec futurae obligationis fidejussio tum demum effectum habet, cùm obligatio subsecuta fuerit. Fidejussorem siquidem etiam sub conditione accipi posse, 4 apparet *ex d. l. stipulatus sum. 6. §. 1. ff. eod. Et ita tradunt Cantiuncul. Porcius, Mynsinger. & Giphanius in hoc §. nec non Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 3. lit. F. quaest. 22. pag. 200.* Sic quoq; servitus praedii, quae praedii adjunctum & accessio est, potest imponi & constitui aedificio futuro, promissione 5 scilicet, sed non reverà, nisi extructo aedificio. *l. si servitus. 23. § ult. ff. de servitutib. praedior. urban. l. Labeo. 10 ff. de servit. praed. rustic. & explicatum ad §. idem. 3. n 3. supr. de servitutib. praedior.* Quod autem fidejussio illa non ex praesenti tempore vires habeat: 6 sed ex tempore principalis obligationis existentis robur capiat, colligitur *ex l. si debitori. 47. §. 1. ff. hoc tit.* Namque in facti specie ibi propositâ filiusfamilias crediturus alieni pecuniam ex peculiari causa, accepit fidejussorem futurae illius obligationis nomine: sed emancipatus postea credidit pecuniam. Fidejussor ille non patri, sed filio jam emancipato obligatus dicitur: quia eo tempore, quo coepit principalis obligatio ob creditam pecuniam, filius ille non ampliùs fuit in patriâ potestate. Caeterùm quòd illic filio, *humanitatis intuitu*, actio ex fidejussione dari dicitur, hoc est, utilis actio, non directa: ideo fit, quòd tempore fidejussionis filius adhuc erat in patriâ potestate: proindeque patri directa actio competere videbatur: cùm obligatio & actio à filiofamilias quaesita, ne momento quidem in personâ filii constitisse

existimetur. Quia verò non patri, sed ipsi filio ex eâ fidejussione competit actio: inde manifestum evadit, quòd fidejussio futuræ obligationis nomine facta, non ex die interpositæ fidejussionis, sed ex tempore principalis obligationis, vires capiat.

7 Cui non obsistit textus *in l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb. obligat.* ubi Paulus, *Si filiusfamilias*, inquit, *sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit: deinde extiterit conditio: patri actio competit quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.* Nam inter stipulationem principalem, & accessoriam obligationem ex fidejussione distinguendum est. Principalis stipulatio facta sub conditione, quodammodo statim ex præsenti tempore vires accipit, quamvis ex eâ petitio suspensa sit. *l. cedere diem 213. ff. de verb. signific.* Quòd autem quodammodo statim cedat dies stipulationis conditionalis, liquet ex eo, quòd hæc stipulatio etiam ad heredes transit. *§. sub conditione. 4. vers. ex conditionali, supr. de verbor. oblig.* Ast accessoria stipulatio in futurum collata, vel sub conditione facta, vires non statim accipit ex præsenti tempore; sed est in suspenso, quoad existat aliqua principalis obligatio. Accessoria itaque ex principali pendet: principalis per se subsistit, nec pendet aliunde: alioqui non esset principalis. *Ita diserte hoc explicat Dn. Collega Boceras in hoc tit. num. 114. & seqq.*

8 *pag. 318.* Porrò quod hic dicitur, fidejussorem præcedere & sequi obligationem posse: in eo ipse à mandatore & constitutore differt. Mandator etenim præcedit tantùm obligationem principalem. *l. si verò 12. § si post creditam. 14. l. si mandavero. 22 in pr. & §. 1. l. si quis. 27. in princ. ff. mandat.* constitutor verò eam sequitur. *l. 1. §. an potest. 5. & seqq. ff. de constit. pecun. & notant Eguinarius Baro & Mynsinger. hic num. 2. Francis. Connan. lib. 6. Comment. juris civ. cap. 6. numer. 1.*

9 Cæterùm hoc discrimen inter fidejussorem & mandatorem non rectè intelligit Dn. Collega Bocerus, *dum in hoc tit. nostro, num. 20. pag. 304.* inquit: mandatum sæpenumero sine aliâ præcedente vel sequente obligatione consistere. Etenim mandatum, de quo hic loquimur, non refertur ad principalem obligationem, quæ nullâ ex parte attingit mandatorem: sed consideratur ratione obligationis fidejussoriæ, quæ sequitur mandatum. Et licèt subsequens ratihabitio mandatum inducat: attamen inspectâ fictione juris, quâ retrotrahitur ratihabitio, etiam hic mandatum præcedere intelligitur. Vera ergo manet illa differentia inter mandatum & fidejussionem: quòd illud tantùm præcedat obligationem: ut noviter quoque bene sentit D. Bachovius *in not. ad Treutler. volum. 2. part. 2. pag. 892.*

§. *Si plures. 4.*

Si plures sint fidejussores: quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit solidum petere. Sed ex epistolâ divi Hadriani compellitur creditor à singulis, qui modò solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit: hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutus fuerit: hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistolâ divi Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.

SVMMARIA.

1 *Si plures idem debitum fide suâ esse jubeant: singuli in solidum obligantur.*
2 *Correorum quæ sit conditio.*
3 *Creditor, reo principali relicto, à fidejussoribus solidum petere potest.*
4 *Inter novo inter fidejussores obligatio æqualiter, pro virilibus partibus dividitur.*
5 *Quod quidem procedit, si modo omnes fidejussores sint solvendo litis contestatæ tempore.*
6 *Divisio ista ac non fit ipso jure, sed ope tantùm exceptionis.*
7 *Si fidejussor conventus divisionis beneficium omiserit, & solidum creditori solverit: an quod amplius parte suâ solvit, à creditore repetere possit.*
8 *Num fidejussor, quod amplius parte suâ exolvit, à reliquis confidejussoribus repetere queat.*
9 *Inter confidejussores nulla contrahitur obligatio.*
10 *Cui competat negociorum gestorum actio.*
11 *Divisionis exceptio quando opponenda sit.*
12 *Quibus casibus divisionis beneficium cesset.*
13 *Intellectus l. pupillus. 6. ff. de fidejussoribus & nominator. tutor.*
14 *Consideratio l. si fidejussores. 7. ff. eod. tit.*
15 *Divisionis beneficium non habet, qui se fidejussisse negavit.*
16 *Item, qui ei renunciavit.*
17 *Item cessat istud beneficium, si mulier & Titius pro Cajo fidejusserint.*
18 *Scire debere, & scire posse, paria sunt.*
19 *Consideratio l. 17. §. ult. & l. 18. ff. ad SC. Vellejan.*
20 *Consideratio l. si sponsus. 5. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.*
21 *Consideratio l. si paternam. 8. C. ad SC. Vellejan.*
22 *Cessat divisionis beneficium, quando fidejussor alium fidejussorem dedit.*
23 *Plures fidejussores, qui se ad factum obligarunt, divisionis beneficio non gaudent.*
24 *In obligationibus obsidagiorum, isti beneficio non est locus.*
25 *Ordinis seu excussionis beneficium quando habeat locum.*
26 *Exceptio dilatoria ante litis contestationem opponenda.*
27 *Principalis debitoris excussio usque ad peram & sacculum fieri debet.*
28 *Quibus casibus excussionis beneficium non procedat.*
29 *Iuri suo quisque renunciare potest.*
30 *Utrum fidejussor, qui se ut principalem obligavit, ordinis beneficio renunciasse censeatur.*
31 *In contractuum instrumentis nullum verbum debet esse otiosum.*
32 *Verba contractuum accessoria magis ex stylo & consuetudine Notariorum, quàm ex mente contrahentium, adjici solent.*
33 *Contrahentes per pacta sua formam contractus dare dicuntur.*
34 *Renunciare nihil aliud est, quàm se principalem constituere.*
35 *Nemini licet adversus sua pacta venire.*
36 *Verbis, vel factis se declarare, paria censentur.*
37 *Ubi persona conditionem facit beneficio, illa deficiente eâ, beneficium quoque deficit.*
38 *Novatio quando inducatur.*
39 *Sententia Novell. 4. c. 1. & Novell. 136. in princ. & c. 1.*
40 *Aliud reus principalis, aliud constitutus, item aliud constituens, aliud fidejussor.*

41 Nun-

41 Nunquid fidejussor excussionis beneficio renunciasse existimetur, si jurejurando se obligaverit.
42 Iuramentum induit naturam contractûs, cui adjicitur.
43 Natura obligationis fidejussoriæ quæ.
44 Excussionis exceptio summâ æquitate nititur.
45 Iuramentum ad incogitata, & futura extendi non debet.
46 Quatenus juramentum sit servandum.
47 A separatis nihil infertur.
48 Sensus cap. ex rescripto. 9. ext. de iureiurando.
49 Fidejussor subsidiarius sive indemnitatis, ordinis beneficio renunciare nequit.
50 Excussionis beneficium non habet fideiussor, si debitor principalis sit absens, ita ut sine magnâ difficultate conveniri non possit.
51 Si debitor notoriè solvendo non est, prædictum beneficium cessat.
52 Item cessat, si fideiussor se fideiussisse inficiatur.
53 Lex mendaces odio habet.
54 Propria mendacis pœna est, ut ei, etiam vera dicenti, nõ credatur.
55 Legis auxilium frustra implorat, qui in illam committit.
56 Excussionis beneficium non admittitur, si pater pro filio fideiusserit.
57 Item si fideiussor debitori succedat.
58 Cedendarum actionum beneficium quale.
59 An fideiussor actionum cessionem non solùm ante, vel in ipsa solutione, sed etiam post factam solutionem, petere debeat.
60 Enucleatur l. cùm 136. ff. hoc tit.
61 Non entium nullæ sunt qualitates.
62 Emptori quando actio empti competat adversus venditorem.
63 Solutione debiti omnis obligatio tollitur.
64 Donatio non præsumitur.
65 Mens & sententia l. Modestinus. 76. ff. de solutionib.
66 Num fideiussori solidum solventi actio in solidum, an pro parte virili, à creditore adversus confideiussores cedi debeat.
67 Quibus casibus cedendarum actionum beneficiũ cesset, remissivè.
68 Utrum exceptiones, debitori competentes, eius quoq; fideiussoribus dentur.
69 Omnes exceptiones reales, quæ debitori competunt, etiã fideiussoribus tribuuntur.
70 Exceptiones reales cur ita dicantur.
71 Exceptiones personales ad fideiussorem non porriguntur.
72 Privilegia, in gratiam alicuius personæ concessa, illam personam non egrediuntur.
73 Pactum personale non extenditur ad aliam personam.
74 Intellectus l. ex persona. 32. ff. hoc tit.
75 Fideiussor non in plus, sed in arctiùs obligari potest, quam principalis.
76 An beneficium restitutionis in integrum minoris, etiam fideiussionibus prosit.
77 Quatenus, liberato debitore principali, accessiones quoq; liberentur.

Hic quoque de effectu fidejussionis tractatur, & docetur: quòd etsi plures idem debitum fide suâ
1 esse jusserint: singuli tamen in solidum, & non in partes viriles, obligentur; sic ut creditor a singulis, & à quocunque velit, totũ suum debitũ petere possit. *l. non rectè. 3. & l. rees 23. C. hoc tit.* Ratio est perspicua:
2 tum quia plures isti sunt correi promittendi: quorum hanc esse conditionem, ut singuli in solidum teneantur, liquet *ex §. 1. supr. de duob. reis stipuland. & promitt. l. 2. l. 3. §. 1. ff. de duob. reis constituend. l. 2. Cod. eod. & notat Hotoman. hic enunciat. 1.* Tum quia id agitur fidejussoribus, ut cautum sit creditori, *per prin-*
3 *cipium hujus tit.* Optimè autem ei cautũ est, si singuli in solidum teneantur, *tradente hic Giphanio.* Quinimò creditor, etiam reo principali relicto, à fidejussoribus solidum petere potest. *l. si mandavero. 22. §. interdum. 2. ff. mandati. l. jure nostro. 5. l. liberum. 16. l. omissis. 17. l. si alienam. 19. l. sententia. 20. & d. l.*
4 *rees. 23. C. hoc tit.* Verùm hæc duo posterioribus Imperatorum constitutionibus immutata sunt, & correcta. Etenim prius, de quo hic agitur, & quo dictum est, plures fidejussores in solidum singulos teneri, & à singulis id peti posse, Imper. Hadrianus correxit, sanxitque: ut obligatio inter fidejussores æqualiter pro virilibus partibus dividatur: hoc est, ut creditor non amplius solidum, sed partem à singulis petat. Quod tamen primùm ita accipiendum; si modò omnes fi- 5
dejussores sint solvendo litis contestatæ tempore, sive cùm creditor ab iis petit. Ideoque si quis ex fidejussoribus ante exactam à se partem sine herede decesserit, vel litis contestatæ tempore non sit solvendo; hoc ad cæterorum onus respicit. Si verò post litem contestatam fortunæ ludibrio bonis illorum aliquis labatur, creditori nocet, nec obest confidejussoribus, *hoc §. nostro. v. sed ex epistola, & c. ibiq; Mynsinger. num. 4. l. inter fidejussores. 26. cum duab. ll. seqq. ff. hoc tit. d. l. 3. in fine. & l. fidejussor. 10. §. 1 Cod. eod. Goedd. in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 5. num. 107. & seq. Celer. de process. execut. part. 1. cap. 10. num. 281. Anton. Hering. in tract. de fidejussorib. cap. 27. part. 2. num. 17. & seqq. Valent. Franc. in tract. de fidejussorib. cap. 5. num. 462. & seqq.* Deinde 6
illud ita intelligendum: ut isthæc divisio non fiat ipso jure, sed ope tantùm exceptionis. *d. l. inter fidejussores. 26. & l. si contendat. 28. ff. hoc tit.* In quâ lege 28. fidejussor nequaquam (*ut opinatur hic Anton. Pichardo Vinuesa Hispanus. num. 24.*) actionem instituit pro obtinendo beneficio Epistolæ divi Hadriani: sed creditoris molestiam fortè subveritus, contendit: confidejussores suos esse solvendo, & ob id se non debere lacessiri judicis officium implorando, ut is declaret & pronunciet, sibi exceptionem competere, seq; liberatum esse ab actione, quæ in se creditori competierat, aut adhuc competere posset: contendit, *inquam*, fidejussor per modum vel exceptionis, sive depulsionis, vel simplicis querelæ, aut supplicationis, non per viam alicujus actionis. Quæ sanè hic ne somniari quidem potest: cùm ad beneficium divisionis non aliter deveniat fidejussor, quàm si à creditore, in excusso principali, relictisq; confidejussoribus, solvendo adhuc existentibus, solus conveniatur. Quamdiu igitur tacet creditor, tamdiu etiam facilè fidejussor tacere potest, nec opus habet, ut actionem aliquam instituat. *Idq; exquisitiùs declarat Heringius d. cap. 27. part. 2. num. 15. & seq. Borcholt. in Comment. de pact. cap. 5. num. 80. item Heigius hic num. 6. & sequente.* Vide Bachovium *in not. & animad. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 5. lit. F. pag 958 & seq.*

Ad quid juris, si fidejussor conventus hanc exce- 7
ptionem, sive hoc divisionis beneficium omiserit, & solidum creditori solverit: eequid quod amplius parte suâ solvit, à creditore tanquam indebitum repetere poterit? Id quod negat hîc Imperator: & rectè quidem. Sibi enim imputare debet fidejussor, quòd exceptionem istam non opposuerit; & ut pro parte in se daretur actio minùs desideraverit, *per hunc §. nostr. vers. sed si ab uno, & c. l. ut fidejussor. 39. & l. si testamento. 49. §. 1. v. quòd si duo. ff. hoc tit. Franc. d. c. 5. numer. 443. Hering. d. c. 27. part. 2. numer. 84. & seqq.* Nunquid verò fidejussor, quod amplius parte suâ exolvit, id à reliquis confidejussoribus repetere 8
poterit? Id ipsum quoque negari videtur, *hic in fine*

& d. l. ut fidejussor. 39. ff. hoc t. & in l. cùm alter. 11. Cod.
9 eod. Ratio ejus hæc est: quia inter confidejussores nul-
la contrahitur obligatio: ac proinde nulla competere
10 potest actio. d. l. cùm alter. 11. C. hoc tit. Et quamvis
regulariter huic, qui alterius negocium utiliter gessit,
aut dissolvit debitum, negociorum gestorum actio
detur. l 2. l si pupilli. 6 § 1. cum seqq. ff. de negociis ge-
stis. illa tamen fidejussori adversus confidejussorē hoc
in cāsu meritò denegatur: quoniā fidejussor non prin-
cipaliter contemplatione confidejussoris sui solvit: sed
ut principalem debitorem, & se ipsum liberaret. Ita
sentiunt Donell. in d. l. cum alter. 11. Cod. hoc tit. Ritters-
husius & Schneidevvinus hic num. 22. & seq. Berli-
chius part. 2. conclus. practicab. conclus 22. num. 76.
11 aliiq; per hunc citati. Illud controversum inter Do-
ctores videtur: quando hæc divisionis exceptio op-
ponenda sit? Et (non attentis opinionibus contra-
riis, quas referunt Salicet. num 5. & Sichard. num. 10.
cum seqq. in d. l fidejussor. 10. Cod. hoc tit. nec non Co-
lerus de processib. execut. part. 4. cap. 1. num. 96.) eam,
utpote peremptoriam, etiam post litis contestatio-
nem, usque ad sententiam definitivam opponi posse,
rectè statuitur, d. l. fidejussor. 10. §. 1. ibi, ante condem-
nationem. C. eod. & ibi Accurs. Cyn. Bartol. Alberic.
de Rosat. Bald. Angel. & alii communiter. Speculator
in tit. de renunciat. & conclus. §. 1. vers. sequitur vi-
dere, &c. Ioan. Petr. de Ferrar. in suâ pract. in forma
libell. contra plures reos debendi. verb. beneficio no-
var. constitutionum. numer. 2. Gomez. tom. 2. var.
resolut. cap. 13. n. 15. Valent. Franc. de fidejussorib. d.
cap. 5. n. 460. Du. Becer. class. 2. disput. 16. thes. 33. ed. 2.
& in hoc tit. num. 204. cum seq. pag. 330. Hackelman.
illust. disput. 22. thes. 19. ad lit. B Ioan. Faber. Platea.
Bachovius num. 3. pag. 788. & Heigius numer. 7. in
hoc §. aliiq; per eos allegati. Adde Locamerum quæstio-
num juridicar. fascic. 37. quæst. 7.

12 Enimverò hoc divisionis beneficium primò non
admittitur in pluribus fidejussoribus, qui pro uno tu-
tore spoponderunt, rem pupilli salvam fore: ex hac
ratione, ne una causa in plures dividatur cum pupilli
incommodo. l. ult. ff. rem pupilli salv. for. Mynsinger.
hic num. 6. Anton. Pichard. n. 19. D. Becer. num. 208.
pag. 331. & Ritterhusius in fine. Quibus adjiciatur
Philippus Knipschildt exercit. Instit. 7. quæst. 13. pag.
268.
13 Non adversatur l. pupillus. 6. ff. de fidejussorib. &
nominatorib. tutor. & curator. ubi pluribus fidejus-
soribus, pro tutore intervenientibus, hoc divisionis
beneficium competit. Nam ibi plures tutores aliquot
dederunt fidejussores: quibus, si tutores solvendo
sint, beneficium divisionis ex personâ tutorum (qui
& ipsi exemplo fidejussorum ad portionum virilium
rationem admittuntur. l. 1. §. nunc tractemus. 10. & §.
seq. ff. de tutele. & rationib. distrahend.) conceditur.
Ast ubi ab uno tutore plures fidejussores sunt dati:
tunc illis beneficium istud, ob favorem pupilli, dene-
gatur. d. l. ult. ff. rem pupill. salv. for. Cujac. in Commen-
tar. ad Papinian. in d. l. 6. ff. de fidejussorib. &c. tutor.
14 Neque repugnat l. si fidejussores. 7. ff. eod. tit. ubi u-
nus tutor plures fidejussores dedit: & tamen inter eos
actio dividitur. Etenim ratio ibi hæc subindicatur:
quòd adolescens sibi ipsi in illo casu præjudicaverit,
dum contentus fuit, fidejussores stipulanti sibi pro-
mittere, se redditurοs, quod à tutore convento servari
non potuisset. Quia enim adolescens onus fidejusso-
rum (quod erat, ne actio divideretur. d. l. ult. ff rem
pupill. sal. for.) suscepisse per secundam stipulationem
videtur, arg. l. penult. ff. de prætor. stipulat. rectè Papi-
niano placuit, inter illos fidejussores, qui solvendo
sunt, actionem dividi debere. Ita bene hoc explicat
Anton. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 27. part. 2.
num. 51. & seq.
Secundò non obtinebunt divisionis beneficium, 15
qui se fidejussisse falsò & temerè inficiati fuerint. l. si
dubitet. 10. §. ita demum. 1. ff. hoc tit. Hippolyt. de Mar-
sil. in repetit. rubr. de fidejussorib. nu. 322. Iason in l. 1. n.
11. Cod. de transactionib. Gœdd. d. Comment. de con-
trah. & commit. stipulat. c. 9. conclus. 5. n. 112. Hartm.
Hartmanni in pract. observ. tit. de fidejuss. obs. 5. Ful-
vius Pacianus lib. 1. de probationib. c. 19. n. 27. & 71.
Borcholt. hic num. 3. & d. Comment. de pact. c. 5. n. 80.
& in Comment. de feud c. 8 num. 116 & Ant. Gabriel.
Roman. lib. 5. commun. conclus. tit. de acquir. vel amitt.
possess. conclus 5. num. 13. & per toc. qui permultas ne-
gationis pœnas recensent. Quod quidem verum est, si
in judicio conventi in specie se fidejussisse negaverint:
secus, si generaliter per illa verba: nego narrata, prout
narrantur: quemadmodum, post Bartol. in d. l si du-
bitet. 10. §. ita demum. ff. hoc tit. tradit Mynsinger.
hic num. 469. & sequente
Tertiò divisionis remedium non indulgetur iis, qui 16
efficaciter illi renunciarunt, arg. l. penult. Cod. de pact.
& l. si quis in conscribendo. 30. Cod. de Episcop. & cleric. &
Novell. 136. c. 1. Hippolyt. de Marsil. in d. rubr. de fide-
jussor. num 27. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 13. n.
15. vers. limita tamen, &c. Iuvenalis à Costaforti,
Bellonus num. 12. Anton. Pichard. num 13. & alii in
hoc §. nostro, Frideric. Schenck. in viridar. conclus.
90. Iohan. Gutierrez. in tract. de juram. confirm. part.
1. cap. 23. & lib. 3. practicar. quæst. cap. 95. latissimè
Matthias Berlichius d. part. 2. conclusionum practi-
cab. conclus. 22. nu. 35. & seqq. ubi varias Dd. opinio-
nes recenset. Ratio eius manifesta est: quia cùm hoc
casu ipsimet fidejussores ad jus verus, quo singuli in
solidum tenentur, sponte suâ, & quidem hac ipsa re-
nunciatione in favorem creditoris vergente, redeant;
atque Epistolæ D. Hadriani beneficio, pro se introdu-
cto renuncient: satis absurdum esset, illos redire ad id,
cui renunciandum putarunt, ut rescripsit Imper. Ju-
stin. in l si quis jusjurandum. 11. vers. satis enim ab-
surdum. C. de reb. credit. & l. ult. vers. quod enim se-
mel. Cod. de conditionib. insert. Anton. Hering. d. cap.
27. part. 2. num. 73. & sequenti.
Quartò cessat divisionis auxilium, si mulier & 17
Titius pro Cajo fidejusserunt. Hoc casu licèt uter-
que fidejussorum solvendo sit: tamen, subductâ mu-
liere, quæ ex senatusconsulto Vellejano intercedere
prohibetur, datur in solidum adversus Titium actio:
cùm is scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mu-
lierem

18 lierem frustra intercedere. Paria quippe esse censentur: scire debere, & posse. *l. si Titius. 48. in pr. ff. hoc t. junctâ l. 1. ff. de adilit. edict. & l. si duo 38. ff de acquir. vel omitt. heredit.* Et qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non igarus conditionis ejus. *l. qui cum alio. 19 in princ. ff. de reg. jur. l. penult. ff. de senatuscons. Macedon. Constantin. Harmenopul. lib. 3. Epitem. tit. 6. Franc. d. cap. 5. numer. 474. Mynsinger. hic numer. 6 in fin. & Schneidevvin. num. 20. vers. sextò cessat, &c.*

19 Cui non obstat *l. idem & si 18. juncto §. ult. legis proximè pracedentis. ff. ad senatuscons. Vellejan.* ubi mulier pro parte convenitur; adeòque divisioni locus est. *Etenim* si masculus & mulier pro alio fidejusserint in rem communem: cessat senatusconsulti Velleiani auxilium. *l. aliquando. 13. in princ. ff. d. tit.* hoc est, mulier tenetur quidē pro parte suâ: non pro parte masculi correi. *l. vir. uxor. 17. §. ult ff. eod.* At si in rem prorsus alienam mas & fœmina fidejusserint: tota persona mulieris subtrahitur creditori, & mas integrum obligationis onus sustinet. *d. l. si Titius. 48 ff. hoc tit.*

20 Nihil etiam stringit *l. si sponsus. 5 §. 1 ff. de donationib. inter vir. & uxor.* ubi & mulier & Titius teneri dicitur. *Nam* præsupponendum est, il'o casu mulierem efficaciter obligaram fuisse, non minus, quam Titium: siquidem non omnes contractus, à muliere celebrati, statim omnino sunt inutiles: cùm & [illegible] in creditum abire possit, intercessione [illegible] dem prohibitâ. *l. 1. & 2. ff. ad senatusconsult. Vellejan. Hering. d. cap. 27. part. 2. num. 61.*

21 Nihil item obsistit *l. si paternam. 8. C. ad senatuscons. Vellejan.* ubi pro parte intercesserunt filii & filiæ, sicq; mares & fœminæ: & tamen mares, subductis filiabus, non in solidum, sed tantùm pro parte obligantur. *Iste* enim casu ab initio contractûs, inq; continenti caverant fratres & sorores pro parte virili: atque ideo correi non erant. *l. inter eos. 51. in pr. ff. hoc tit.* Non igitur mirum, si fratres, subductis sororibus, etiam in id duntaxat teneantur, in quod se obligaverunt. *Hering. d. c. 27. part. 2. num. 26. & seq. ubi latiùs paulo hoc explicat.*

22 Quintò divisionis beneficium non admittitur, quando fidejussor alium fidejussorem dedit. Inter hunc etenim & principalem fidejussorem non magis dividetur obligatio, quàm inter reum & fidejussorem: cùm is fidejussor, cui alius accessit, rei principalis loco esse videatur. *l. si plures. 27. §. ult ff. hoc tit. Mynsinger hic num. 6. vers. secundus est. & Schneidevvin. num. 20. vers. quartò cessat, &c. Hering. d. cap. 37. num. 26.*

23 Sextò plures fidejussores, qui se ad factum aliquod obligarunt, divisionis beneficio non gaudent: cùm factum individuum pro parte præstari nequeat. *l. heredes. 25. §. an ea stipulatio 9. ff familia ercisc. l. 2 §. 5. l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verbor. obligat.* Nisi fortè factum fuerit promissum sub hac conditione: *si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* Vt enim hoc casu stipulatio aptè dividitur: ita etiam solutionem rectè dividi existimandum est: cùm pecunia partis præstationem bene & commodè recipiat. *d. l. 2. §. 1. & § idem q. 4. & d. l. stipulationes. 72. ff. eod. tit.*
Vnde fit, ut in obligationibus obstagiorum, in den 24
Verschreibungen oder Verpflichtungen zum einreiten (quæ merum factum sapiunt) divisionis beneficio locus non sit relictus: ut in terminis consuluit Modestinus Pistor. *consil. 1. num. 58. & seqq. vol. 2.* eumque secuti Valentinus Franc. *d. tract. de fidejussor. c. 5. num. 475.* Anton. Hering. *eod. tract. cap. 27. p. 2. num. 91. & seqq.* Regner. Sixtin. *consil. 12. num. 125. cum seqq. vol. 2. consilior. Marpurg. &* Justus Mejer. *in Disputat. ad lib. 46. Pandect. tit. 1. th. 25. num. 16.* Quibus in locis illi plures casus, quibus divisionis cessat beneficium, diligenter exponunt.

Porrò alterum, de quo in præsenti §. non agitur, & 25
quo dictum est *suprà num. 3.* creditorem à fidejussoribus solidum petere posse, omisso reo principali, ab Imper. Justiniano planè est abrogatum. Is enim constituit, ut non ante reum principalem fidejussores: Sed principalis ante fidejussores à creditore conveniatur. Quod dicitur beneficium ordinis seu excussionis: quo fidejussor, à creditore conventus, ante litem contestatam utitur: ut nimirum priùs debitor principalis conveniatur & excutiatur, quam à se debitum postuletur. *Nov. 4. c. 1. & Auth. præsente. & ibi Sichard. C. hoc tit. & Auth. hoc si debitor. C. de pignorib. & hypoth. Mynsinger. cent. 2. observ. 1. Donell. lib. 25. Commentar. de jur. civ. cap. 48 pag. 578. [illegible] hic num. 9. Althus. lib. 1. Dicaolog. cap. 86.* 26
num. 35. pag. 305. Ideo autem isthæc excussionis exceptio ante litem contestatam opponi debet: quia dilatoria censetur, quæ regulariter, ante litis contestationem opponenda est, *argum. l. 2. §. fin. ff. de exceptionib. l. Pomponius. 40. §. ratihabitionis. 3. ff. de procuratorib. l. exceptionem. 19. C. de probationib. Fachin. lib. 8. controvers. jur. cap. 52. Gravams lib. 2. conclus. 27. consid. 10. Clariss. Dn. Collega Besold. class. 2. Collegii Polit. disp. 8. coroll. 2. Ioan. Grivellus decis. Senatus Dolani 71. num. 8. fol. 206.* Vnde si fidejussor priùs, quàm principalis, conventus eam non objiciat, sed taceat, litemque contestetur: postea illam opponendo non auditur, sed solvere compellitur: præsertim, cùm ipso jure priùs conveniri poterat, quàm reus principalis. *l. jure nostro. 5. Cod. hoc tit. Cynus in d. auth præsente. n. 8. Cod. eod. Alexand. consil. 33. vol. 4. & consil. 29. num. 23 & seq. vol. 7. Boër. decis. 221. num. 16. Guid. Papa decis. 44. & decis. 570. Iacob. de Arena in tract. de excuss. bonor. nu. 18. Gozadin. consil. 42. n. 12. Vasq. lib. 1. illustr. controvers. cap. 3. num. 7. Matthias Coler. in tract. de process. execut. part. 4. cap. 1. num. 96. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 13. num. 14. vers. tertiò limita, &c. Anton. Gabriel. Roman. lib. 3. commun. conclus. tit. de fidejussor. conclus. 1. num. 12. & seq. pag. 157. Dn. Collega Bocer. class. 2. disp. 16. thes. 20. ed. 2. Schneidevvin. in hoc §. num. 14. Arumæus Exercitat. Justini. 13. thes. 19. Zanger. in tract. de except. part. 2. cap. 14. num. 1. & seqq. edit. 1. & alii communiter.* Tametsi non desint, qui exceptionem istam in judicio quandocunque, etiam usque ad conclusionem causæ, opponi posse, æquius esse contendant, *Andr. Gail. lib. 2. observ. 27. num. 3. Benedict. de Plumbino de*

discuss. num. 18. Gædd. in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 5 num. 103 cum seqq. Emanuel Soarez in thesaur. recept. sentent. lit. F. num. 136. Valentin. Francus in tract. de fidejussor. cap. 5 nu. 286. & seqq. pluresq; alii, ab his allegati. Adde Berlichium part. 1. conclus. practicabil. conclus. 11. num. 21. & seqq. & Hunnium in resolut. ad Treutler. vol. 2.
27 disp. 28. th. 5. quæst. 33. pag. 218. Et sanè principalis debitoris excussio adeò rigorosa censetur, ut usque ad ungulam, sive usque ad sacculum & peram (uti loquuntur) fieri debeat, antequam adversus fidejussorem, aut tertium possessorem pignorum agi possit, Iacob de Arenâ d. tract. de excuss. bon. num. 1. & 2. Iason in §. fin. num. 6. infr. de actionib. Ludovic. Gomez. in §. item Serviana. 7. infr. eod. Vincentius Carocius de excuss. bonor. quæst. 1. num. 1. hosq; citant Anton. Heringius in tract. de fidejussorib. cap. 27. part. 1. num. 7. ubi inquiunt, hodie debitores executi in omnib. bonis, etiam usque ad indumenta, non relictâ ipsis, nisi unicâ veste, quâ corpus tegant, ne nudi incedant. Et eâ de re bellè differtat Anton. Faber. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 5. error. 8.

28 Cæterùm istud ordinis seu excussionis beneficium primò locum non obtinet, quando fidejussor ei specia-
29 liter renunciavit; cùm quisq; habeat licentiam renunciandi his, quæ pro ipso introducta sunt, prædictâ l. penult. Cod. de pact. d. l. si quis in conscribendo. 31. Cod. de episcop. & cleric. & d. Novell 136. cap. 1. latè Wesenbec. consil. 10. nu. 4 cum seqq. Ioan. de Imol. ad l. 1. § quæsitum num. 15. & 18. ff quib. appellare non lic. Rulandt. in tract. de commiss. part. 4. lib. 6. cap. 4. num. 29. Berlichius part. 2. conclus. practicab. conclus. 22. num. 5. Gail. d. observat. 27. num. 21. Gæddæus d. cap. 9. conclus. 5. num. 97. Iohan. Köppen in decisionib. suis. quæst. 53. per tot. Francus d. cap. 5. num. 343. cum multis seqq. & Herting. d. c. 27. part. 1. n. 186. & seqq. Vnde fit, quòd cauti fœneratores & negociatores, sive creditores, fidejussorem accipientes, diligenter curant, ut is utrique, tam divisionis, quàm excussionis beneficio renunciet: hoc est, ut jure veteri & in solidum, & ante reum principalem conveniri possit, tradente hic Angelo in fine, & Schneidevvino numer. 10. Vide eâ de re copiosiùs differtantes, Bachovium in not. ad Treutler. d. vol. 2. disp. 28. th. 5. lit. C. & D. vers. dubitari autem. &c. pag. 947. cum seq. & ibid. Hunnium in resolut. quæst. 38. pag. 221 & seq.

30 Quæstio hic valde agitata, anceps & difficilis movetur: utrùm fidejussor, qui se ut principalem, als einen selbstschuldnern obligavit, sicque se principalem debitorem constituit, huic ordinis remedio renunciasse censeatur? Et in negativam sententiam plerique descendunt, Accurs. in Novell 4. cap. 1. verb. fidejussorem. Azo in summa C. hoc tit. Angelus de Clavasio in summa suâ. verb. fidejussor. num. 13. Panormitan. in c. pervenit. 2. ext. hoc tit. Petrus de Ravenna singul. 201. Tiberius Decian consil. 25. num. 10. vol. 2. Bertazolius in tract. claus. instrument. claus. 39. Gloss. 4. numer. 1. Sebastian. Medices in tract. de conservand. possess. numer. 312. vers. decimotertiò fallit. Francisc. Monaldus consil. 124. in princ. vol. 2. Ant. Tessaur. decis. ped. 166. num. 2. eumque referens D. Marta tom. 3. digestorum novissimor. tit. fidejussor. c. 47. fol. 178. Ernestus Cothman. respons. 22. Andr. Gerhard. decad. 14. quæst. 5. Guido Papa decis. 570. num. 6. Schneidevvin. hic num. 11. Coler. d. tract. de process. execut. part. 1. cap. 10. num. 255. Dn. Collega Besold. d. class. 2. Collegii Politici. disp. 8. corollar. 1. & in delibat. juris ex lib. 46. ff. quæst. 1. pag. 171. Ant. Merenda lib. 5. controvers. jur. cap. 31. pag. 367. Francus d. tractat. de fidejussor. cap. 5. aliiq; plures, ab iis relati. Verùm contrariam ajentem sententiam, tanquam æquitati magis amicam, & in foro crebriùs receptam, haud sine rationibus tuentur Hippolytus de Marsil. in repetitione rubricæ de fidejussorib. num. 62. & seqq. Stephan. Aufrerius in addit. ad Capell. Tholosan. decis. 23. Gail. d. lib. 2. observ. 28. num. ult. Natta consil. 52. num. 1. cum seq. & consil. 345. num. 3. Asinius in tract. de execut. in prolegomen. capit. 2. n. 27. Hieronym. Grat. respons. 87. vol. 1. Franc. Becciis cons. 45 numer. 49. Iac. Puteus decis. 58. ad fin. lib. 3. Muscatell. in pract. fidejuss. part. 1. modo 12. numer. 7. modo 13. n. 9. & modo 20. num 18. item part. 2 q. 10. num. 30. Wesenbec. d. consil. 10. n. 19. Camill. Borellus in controvers. 11. n. 11. 12. & 13. Bernab. Cornazzanus decis. Rota Lucens. 113. n. 55. Hackelman. disp. 22. th. 18. lit. F. Flores Diez variar. quæstion. lib. 1. quæst. 11. Iacob. Curt. lib. 1. conjectur. ad Vividium. c. 13. Hartman. Hartmanni tit. de fidejuss. obs. 1. v. item fidejussor renunciavit. Dn. Boecr in hoc tit. num. 197. cum seq. pag. 329. Arumæus Exercitat. Iustin. 13. th. 17. (sibi ipsi contrarius disput. 23. ad ll. præcipuas pand. th. 5.) Oleman. ad Giphan. lib. 3. disp. 27. n. 37. Paul. Berens. disp. 10. ad Instit. thom. 2 quæst. 6. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 10 num. 263. & seqq. Fachin. lib. 8. controvers. jur. cap. 54. Vngepaur. exercit. Iustin. 11. quæst. 8. pag. 427. cum seq. edit. ult. Zang. de except. cap. 15 nu. 9. part. 2. aliiq; quos laudat, & sequitur Antonius Hering. d. tract. de fidejussor. c. 27. part. 1. n. 118. & seqq. item Dominic. Card. Tuschus tom. 3. practic. conclus. lit. E. conclus. 404. n. 82. cum seqq. & lit. F. conclus. 310 n. 10 cum seq. item Berlichius d. part. 2. conclus. 23. numer. 4 & seq. Etenim satis ex verbis, in quibus se quis constituit in principalem pro alieno debito (Ich setze und verschreibe mich zu einem Haupt: und selbstschuldner) apparet: quòd creditor ejus solius, non autem personæ veteris debitoris, fidem secutus fuerit. Et 31
certè nisi hoc admitteretur: clausula ista superfluè posita, atq; nullius momenti esset: cùm tamen in contractuum instrumentis, nedum clausula, sed ne minimum quidem verbum debeat esse ociosum, & sine virtute operandi. l. si quando. 109. ubi Gloss. & Bartol. ff. de legat. 1. l. si stipulatus. 4. in princ. ff. de usur. cap. si Papa. 10. ibi, cùm verba aliquid operari debeant. de privileg. in 6. Iason in rubr. C. de contrah. nupt. num. 9. Alexand. consil. 151. num. 6. vol. 1. Purpurat. cons. 48. numer. 4. Hondedæus consultat. 48. numer. 34. vol. 1. part. 3. Ioachim. à Beust. in l. 3. numer. 1. ff. de jurejurand. Matthæus de afflict. decis. 44. numer. 19. Et 32
licèt objici queat, axioma istud tantum exaudiendum esse de verbis contractuum dispositivis, non item de acces-

accessoriis & executivis; quæ magis ex stylo & consuetudine Notariorum, quàm ex mente contrahentium, adjici soleant: ac proinde in considerationem non veniant, *per notata Socini junioris, consil.* 116. *numer.* 21. *& consil.* 158. *numer.* 18. *libr.* 2. *Parisii. consil.* 20. *numer.* 87. *lib.* 1. *Decii consil.* 352. *colum. pen. vers. quia respondetur. & Andr. Rauchb. part.* 1. *quæstionum suar. quæst.* 2. *numer.* 15. non tamen credendum est, quenquam fore, qui dicere ausit, illa verba (*constituo me principalem, &c.*) non esse dispositiva, sed ex stylo Notariorum tantummodo adjici: cùm nullus eorum tam audax sit, qui ex proprio cerebro vel penu suâ, citra metum infamiæ, vel conditionæ pœnæ, tanti ponderis clausulam instrumento adscribat. *Menoch. consil.* 87. *numer.* 45. *& seqq lib.* 1.

33 *Hering. d. capit.* 27. *part.* 1. *numer* 91. *& seqq.* Præterea contrahentes in omnibus obligationibus conventionalibus per pacta sua legem ac formam contractui dare dicuntur. *l.* 1. *ff. deposit. l. in conventionalibus.* 52. *in princ. ff. de verbor. oblig. l. vetustissimam.* 3. §. 1. *Cod. de jure dominii impetrand.* Atqui indubitatum est, quòd fidejussor ad principalem obligationem, secundùm juris præscriptum, tantum accessoriè accedat. *l.* 1. *l. stipulatus.* 6. § *ult. l. fidejussor.* 3. *l. hi, qui accessionis.* 34. *ff. hoc tit.* ac, nisi velit, in plus, quàm accessoriè, obligari non possit §. *fidejussores.* 5. *infr. hoc tit.* Quòd si igitur ab hoc suo privilegio sponte recedat, seque principaliter obstringat: quidni ex accessorio fiat principale, juxta legem, contractui sponte ab ipsomet fidejussore dictam? *l. contractus.* 23 *ff. de reg. jur. Novell.* 136. *cap.* 1. *in fine.*

34 Ac sanè dubium non debet esse ullum, quin isto casu beneficium excussionis eodem modo amiserit, ac si ab initio expressè illi renunciasset. Nihil enim aliud est renunciare, quàm se principalem constituere. Id eoque meritò succedunt hoc casu notissima illa juris

35 axiomata: quòd nemini liceat adversus sua pacta venire, & contrahentes decipere, *d. l. si quis in conscribendo.* 51. *Cod. de episcop. & cleric. d. l penult. C. de*

36 *pact.* quòd pacta sint: verbis, vel facto si declarare. *l. de quibus.* 32. §. 1. *ff. de legibus.* quòd non simus soliciti de modo, quando habemus effectum *l cùm ser-*

37 *vus.* 104. *ff. de verbor. obligat.* quòd denique ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente eâ, beneficium quoque deficiat. *l. in omnibus.* 68. *ff. de reg jur.* Hancque assertionem pluribus rationibus confirmat Heringius *d. cap.* 27. *part.* 1. *numer.* 106. *& seqq.* Eandemque novissimè amplectitur Dn. Besoldus *in thesauro pract. lit. S. num.* 49. *pag* 740. licet olim secus senserit, ut monitum suprà *num.* 30.

38 Cui non obstat, quòd novatio non inducitur, nisi expressè id agatur. *l. ult. C. de novat.* & consequenter non est ipsa obligatio principalis debitoris sublata. Ergo neque fidejussoris obligatio, quæ accessoria est, sublata intelligitur: ac proinde suam naturam retinet, ut scilicet fidejussor non priùs conveniatur, quàm principalis debitor fuerit excussus. Illud, *ajo*, non obstat. Libenter enim largimur, novationem non induci, nisi expressè id agatur: sed negamus consequentiam, ex hac ratione: quia hæc duo possunt simul cohærere, & etiam cohærent: ut debitor principalis remaneat obligatus; & simul quoque fidejussor, sed sine beneficio excussionis. Non potest quippe hoc casu fidejussoris obligatio naturam suam servare: quoniam repugnat fidejussoris conventio, quâ se uti debitorem principalem obligavit. Nam si ut principalis debitor obligatus est: ergo non ut fidejussor: ac per consequens fidejussoris beneficio non gaudet, quasi ipso facto illi renunciaverit: *quemadmodum explicat Fachineus d. lib.* 8. *cap.* 54. *vers. non obstat illud, &c.*

Similiter non adversatur *Novell.* 4. *cap.* 1. *& Novell.* 136 *in princ. & cap* 1. ex quibus locis colligitur, quòd etiam constituens, sive constitutæ pecuniæ reus, à creditore conventus, ordinis exceptionem objicere possit: *id quod etiam probant Schneidevvinus num.* 29. *& Zasius in fine, in §. in personam.* 8. *infr. de actionib. Hartm. Hartmannus in pract. observat tit. de fidejuss. obs.* 1. *Daniel Moller. in Commentar. ad Constitut. Saxon. constit.* 18. *nu.* 4. *part.* 2. Respondetur enim breviter: aliud esse reum principalem, aliud constituentem, *l. ubi quis.* 28. *ff. de pecun. constitut.* item, aliud constituentem, aliud fidejussorem esse: aliàs duæ rubricæ *in ff & C. de constit. pecun. & de fidejussorib.* frustra positæ fuissent, *contra l sidem.* 7. *Cod de codicill. & l. definimus.* 13. *in princ. Cod. de agricol. & censit.* & per consequens, aliud esse, per stipulationem constituere se reum principalem ex fidejussore, aliud, nudo pacto se constitutæ pecuniæ reum facere: hoc casu beneficium excussionis locum habere, illo minimè *per supradicta, & tradita ab Hering d. c.* 27. *part.* 1. *n.* 126. *& seqq ubi & aliis Adversariorum rationibus satisfacit.* Vide de istâ quæstione exquisitiùs utramque in partem disputantem Bachovium *in præfatis not ad Treutler. vol.* 2. *disp.* 28 *th.* 5. *lit. e. & D. pag.* 949 *& seqq.* itemque Frantzkium *exercitat.* 10. *q.* 8 *pag.* 316. *& seq.* 39 40

41 Illud quoque intricatissimæ quæstionis est: num fidejussor excussionis beneficio renunciasse existimetur, si jurejurandò se obligaverit? Et fidejussorem, cum juramento intervenientem, ab excussionis beneficio excludi, censuerunt *Baldus & Panormit. in c. ex rescripto* 9. *extrà, de jurejur. Marsilius in d. rubr. de fidejussor. num.* 9. *Gozadin. consil.* 32. *num.* 14. *Gratus consil.* 28. *numer.* 16. *vol.* 1. *Tiraquell. in repetit. l si unquam.* 8. *in præfat. numer.* 137. *&* 152. *Cod. de revocand. donationib. Roland. à Valle consil.* 6. *num.* 45. *vol.* 1 *Dominic. Cardinal Tusch. tom.* 3. *pract. conclus. lit. E. concl.* 404. *n* 63. *& n.* 88. *& lit. F. concl.* 310. *n.* 540. *& seq. Berlich. d. part.* 2. *conclus.* 22. *n.* 22. *& seqq. Ioannes Ronchegallus ad l.* 3 § *ubi duo. num.* 127. *ff. de duob. reis constituend. Seraphinus de Seraphinis de privileg. juramenti privileg.* 88. *Iacob. Ayrerus in explicat. l. unic. n.* 86 *C. de errore calculi. Natta consil.* 426. *num* 22. *Vincent. Carocius de excuss. bonor. part.* 2. *quæst.* 15 *num.* 2 *cum seqq. Ioan. Köppen. in decision b. suis, quæst.* 56. *n.* 10. *Ioan. Gutierrez. de contract. jurat. cap.* 23. *n.* 27. *& seq. Gail. d. lib.* 2. *observ.* 27. *numer.* 21 *& seqq Laurentius Tennius Rudolphus in tract. cautelar. cautel.* 80. *numer.* 12. *& seqq. Daniel Moller. lib.* 1. *semestrium. cap.* 16. *& d. Comment. ad con-*

ad constitut. Saxonicas constit. 17. n. 1. & seqq. Treutler. select. ar. disputation. vol. 2 disp. 2. 8. thes. 5 lit. d. in fine. eosq; laudans Heringius d. cap. 27. part. 1. numer. 45 & multis subseqq. Cæterùm alii verius & probabilius esse, statuunt: ex solo juramento nullam renunciationem factam argui posse, Alciatus in c. cùm contingat. 28. num. 174. ext. de jurejur. Alexand Ias & Decius in l. ult ff. de reb. credit. si cert. pet. Andr. Barbat consil. 43 lib. 2. Grammatic. consil. civil. 170. nu 4. Antoninus Tessaur. decis. 47. nu. 4 & decis. 166. n. 4. Duenuas. reg. 335. limit. 20. Seariz. in thesaur. recept sent. lit. F numer. 122. Covarruv. in repetit. c. quamvis. 2. in prima parte. §. 4. numer. 4 de pact in 6 Bertazol. clausul. 41. Glos. 7. num 2. Muscatell. in practic. fidejuss. part 2. quæst. 10. num 4 & 5. Rutger. Ruland. in tract. de commiss part. 4. lib. 6. cap 4. num 32. Fachineus lib. 3. controvers. jur. cap. 15. Vngepaur. d. exercit. Iustin. 11 quæst 8. pag. 428. cum seq. edit. ult. Zanger. in tract. de except. part. 2. c. 15. num. 9 Gomez. lib. 2. var. resolut. cap. 13. num. 21. Arumæus exercit. Iustin 13. th. 18 Hackeman. illustr. disp 22. thes. 18 ad lit. F Schaffer. lib. 3 quæst. 7 Moller. lib. 1. semestr. cap. 6. D. Besold. in prædictis delibatis jur ex lib. 46. Pand. quæst. 1. pag. 171. Berens d. disp. 10. them. 2. quæst. 7. & Francus in tract de fidejussorib. cap. 5. n. 386 & seqq.
42 ubi huic opinioni libentiùs se subscribere, eamque tutiùs disputando obtineri posse, asserit: eâ maximè ratione, quòd juramentum sequitur & induit semper naturam actûs sive contractûs ejus, cui adjicitur, arg. l. sed si possessori 11. § item si juravero. 2. ff. de jurejur. l. ultim in princ ff. de liberali caus. l. ult. ff quis jurisd. dare. cogant l. ult. Cod. de non num. pecun c. ex parte tua 13. de clericis non residentib c. accessorium. 42. de
43 reg jur. in 6. Sed natura obligationis fidejussoriæ est, ut ante reum principalem fidejussor conveniri non possit, prædict à auth. præsente. C hoc tit. Ergo juramentum contrarium effectum parere non potest, ita ut jurantí adimat hoc excussionis beneficium: cùm non jurârit, se beneficiis sibi concessis uti nolle; sed se servaturum ipsam conventionem; salvis tamen beneficiis sibi indultis, quæ sibi tacitè excepisse atque re-
44 servasse intelligitur. Accedit, quòd excussionis exceptio seu beneficium summâ nititur æquitate; adeòque sublatum per jusjurandum dici nequit. Nec commodè objicitur, quòd jurans exceptionem illam opponens, propterea fidem fallat, aut in dilatorias solutionum latebras & circuitus se abdat, proximumvè suum decipiat, contra illud, quod legitur Levitic. c. 19. vers. 11. Nam eo ipso, dum excussione factâ, & reo solvendo non reperto, ipse solvere cogitur; utique promissioni atque juramento satisfacit. Juramentum siquidem hic interpositum firmat solummodo ac munit contractum: non ipsa legum beneficia, fidejussori competentia, tollit, per notata Alciati, Barbat. & Covarruviæ locis præallegatis. Neque verò juramentum frustrà dicitur adjectum, licet non tollat excussionis beneficium. Hoc enim præstat & operatur, ut certò creditor sibi persuadeat: fidejussorem, tanquam hominem Christianum, non facturum esse irrita, quæ de labiis ipsius processerunt; atque ita animosior & audentior factus, multò promptiùs debito-
ri succurrat. Prætereà juramentum, cùm stricti sit ju- 45
ris, ad incogitata, de quibus mentio nulla facta est, extendi minimè debet: sed potiùs de rebus præsentibus, non futuris intelligendum est. c clericus. 35. ibiq; Glos. in verb. quod promisit de jurejurand. Glos. in auth Sacramenta puberum in verb exterta C. si advers vendition. Atqui excussionis exceptio, tempore initi contractûs atque præstiti juramenti, nondum competebat; sed futura erat tum demum, si reus principalis solvendo non esset. Franc. d. cap. 5. num. 388. & seq.

Non elevat aut imminuit hanc sententiam, quòd
ejusmodi juramentum servari absque dispendio salu- 46
tis æternæ possit, habeatq; vim præcisæ ac enixæ voluntatis, & sic quasi expressæ renunciationis, l. cùm pater. 77. §. filius matrem. 23. ff. de legat 2. Etenim quod dicitur, juramentum servandum esse: id accipiendum & intelligendum est, observato juris ordine, ut priùs scilicet fiat excussio debitorum principalium; & tum demum, istis non idoneis existentibus, fidejussores ad solutionem compellantur. Sed & negatur,
illiusmodi juramentum habere vim expressæ renun- 47
ciationis: nec id probat d. l. cùm pater. 77 §. filius. cùm casus ibi expositus ad nostrum non rectè referatur: adeoq; à separatis malā illationē esse, probè affirmetur. l. Papinian. 20. ff. de minorib. 25. an l. ul. ff. de calumniatorib. l. qui fundum. 7. §. 1. ff. pro empt. Arum. loco præallegato. Et sanè in d. l. cùm pater. 77. § filius. 23. ff. de legat. 2. à matre non simpliciter propter religionem jurisjurandi: sed quia fuit heres ab intestato, debentur fideicommissa, tanquam ex codicillis. l. ex testamento. 29. C. de fideicommiss. l. Titia. 13. ff. de inoffic testam. Donell. lib. 7. Comment. de jur. civ. cap. 18. Non igitur ex d. § filius. 23. evincitur, quòd juramentum habeat vim expressæ renunciationis. Vngepaur d. quæst 8. pag. 429.

Pari ratione non obstat c. ex rescripto. 9. de jure- 48
jurand. ubi fidejussori, qui jurejurando interposito pro debitore intercessit, Pontifex mandat; ut solvat, & quidem simpliciter ac absolute, non adhibitâ ullâ distinctione, an principalis debitor excussus sit, nec ne. Licèt enim Pontifex illic fidejussori mandet, ut solvat: tamen ob id beneficium legis non tollit. Quòd si juramentum id efficeret, necesse erat illud exprimere: sicuti aliâs Pontifex solet, cùm aliquid statuit propter juramentum, quod legibus repugnat, ut patescit ex c. cùm contingat. 28. de jurejurand. & d. c. quamvis 2. de pact. lib. 6 & notat Fachin. d. lib. 3. cap. 15. vers. & hanc sententiam, &c. Adde Hunnium in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th 5 quæst. 39 pag. 222. & seqq. Itemque vide Antonium Merendam lib. 5. contro-
vers. jur. cap. 32 pag. 368. Sane fidejussorem subsi- 49
diarium sive indemnitatis (vulgò Schadloßbürgen oder Ruckbürgen) ordinis beneficio renunciare nullo modo posse, plerique astruunt, hoc præcipuè fundamento suffulti: quòd hic fidejussor sub hac conditione debeat, si à reo principali exigi non poterit: ac prom-

proinde io primis necesse sit, ut constet, quantum à principali consequi possit creditor, ad hoe, ut indemnitatis promissio locum habeat. *l.decem. 116. ff de verb.obligat.l.1.ibiq. Bartol & Ioan.de Platea. C de conveniendis fisci debitorib. Alexand. Decius, Angel. Iason & Alciat in l fin.ff.de reb.credit.si cert.pet.Laurent.Tennius Rodulphus d.tract. cautelar. cautel. 81. numer.1.& 2.Andr.Gail.d.lib.2.obs 27.num.13. Wesenbec.d.consil,10. num.31. Matt. Colerus in tract. de process execut part.1.cap.10. num. 470. Arumaeus d. exercitat. Iustin. 13. thes. 17. circa finem. Gomez. d. tom.2.var.resolut.c.13.num. 3. Donell lib.15. Commentar.de jur.civ.cap.48.pag.579. num.10. Soarez. d.thesaur.recept.sentent lit. F.num. 137. Caroc. de excuss.bonor.part.2.quaest.14.num.8.Hunnius in d.resolut.quaest.40 pag.225.Francus d.tract.de fidejuss.c. 5. num.169.& Hering.eodem tract. cap.27. part.1. num. 142.& seqq.ubi copiosius id explicat.* Porrò de fidejussore indemnitatis vide plenius differentes Eberhardum Speckhan.*cent.8.quaest.32.clas 1.* Dn. Collegam Besoldum *in d. thesauro pract. lit. R. num. 48. pag.703.& lit.S num.12.pag 716.* & Doctorem Mattam *tom.3. Digestorū novissimor tit.fidejussor.cap.26. cum seqq. fol. 175. & seq.*

Secundò excussionis seu ordinis beneficio non
50 gaudebit fidejussor, si debitor principalis in longinquis regionibus sit absens, ita ut sine magno negocio & difficultate conveniri nequeat. Hæc quippe diuturna absentia creditori incommodo atque fraudi esse non debet. *Auth.praesente.ibiq. Cynus & Salicet. nu.3. Stohard. num.10. & 11.C.hoc tit. Alexand. consil.100.incip discussis.col.penult. vol. 5. Hieron. Gratus respons.28.num.17.lib.3. Mynsinger. cent. 2. observat.15. Gail.d.lib.2.observ.27.num.35. Schneidevvin hic n.3. Practic. Ferrar. in forma libell.contra plures reos. §. quilibet ipsorum.num 4.* Idemque juris esse videtur, si debitor quidem sit præsens, sed latitet, *arg l.Fulcinius. 7. ff. quib. ex caus. in poss. eat. Guido Papa in decis.670. num. 1. Ant. Gabriel. Roman. conclus.1.num.50. Francus.d.capit.5. num. 33. & Hering. d.cap.27.n.263. ubi plures citat.*

51 Tertiò cessat excussionis beneficium, si debitor notoriè solvendo non existit: quia frustrà excussio adversus eum instituitur, qui nihil in bonis habet. *l.nam is nullam.6.ff.de dol.mal.gloss.in l.decem 116. in verb. excussum & ibidem Zasius numer 9. ff. de verb obligat.Hippolyt.de Marsil.in repetit.dicta rubr.de fidejussorib. numer.10 Gail.d. observ. 27.num. 14. & seq. Mynsinger.d.observat.15.Gomez.d.tom.2. var. resol. cap.13.num.14.Iacob.de Arena in tract. de excuss. bonor.num.5 & 6.Tiber.Decian.respons.42.num.9.vol. 2.Dominic.Cardin.Tusch.d.tom.3 conclus.practicab. lit. E conclus.403.num.34 cum seq & conclus.404. n. 29.& conclus 406.num.10.& lit.F.conlus 310.n.57. Heigius hic num.12.Ioan.Bernard. Muscatell.in practic fidejussor part.2. quaest 10.num.6.Zanger. in tractat de exceptionib part 2.cap.19.num 1.edit.2.Gratus respons.87.num.23. lib.1. & respons. 63,num. 43. lib 2. Gravaeus d lib.2.conclus.27. numer.2. & seqq.* Quomodo autem notorietas illa probetur, post alios, à se relatos, latè abundèque exponunt Francus & Heringius *dictis modò locis*: ille *num.320. cum seqq.* hic verò *numer. 200. & seqq.*

Quartò huic beneficio ordinis meritò non est 52
locus, si fidejussor fidem suam se interposuisse inficietur, mendaciique deinceps convincatur. *l. si dubitet. 10.§ 1.ubi Glos. & Angel. Imola, Castrens. & alii. ff. hoc tit. Roland à Valle consil. 88. numer. 2. cum seqq. vol. 4. Aufer.ad Capell.Tholos. decis. 80. Mynsinger. d. cent.2. observ. 15. Gratus respons. 63. num 44. lib. 1. Aurel.Corbul. in tract.de jure emphyt. cap.1. numer. 6.Vincent.Caroc.de excuss.bonor.part.2.q 69. Fulvius Pacian. lib. 1. de probationib.c.59. num. 27 & 71. Muscatell in pract. fidejussor. part. 2 q. 10. num. 24. Ant.Gab.Rom.d.concl.1.num.29.Gomez d.c.13.num. 14. v.septimò limita,&c.* Præterquam enim, quòd 53
lex mendacia severè prohibet, mendacesque odio habet. *l.de atate 11.§.si cùm esset.3.ff.de interrogat.in jure faciend.l.falsus.43.§.si quis. 3. ff. de furt.l. quicunque 4.Cod.de servis fugit.l.2.C si minor se major. dixerit.l ult.Cod.de accusat.* & apud bonos ac graves 54
viros, mendacii osores, propria mendacis pœna est, ut postea ei, etiam vera dicenti, non credatur. *l. etsi legibus 5.C.si contra jus.vel utilitas publ.&c. c.sedes. 15.in fin.& cap. super liter. 20. ext.de rescriptis.* insu- 55
per juris est non incogniti, quòd nemo debeat consequi fructum ex eo, quod nisus est impugnare: siquidem frustra legis auxilium implorat, qui in legem committit *l Papinianus.8.§.meminisse.14.ff.de inofficioso.testam.l.auxilium.37.in fine.ff.de minorib. l. post legatum.5.§.fin.ff.de his, quæ ut indignis auferunt. c. quia frustra.14.ext.de usur c.ex eo.38.de regul.jur. in 6.Schurff.consil.37.numer 1.cent.1.Menoch.remed.9. recuper. possess. numer. 169. hosq. citans Heringius d. tract. de fidejussorib.cap.27.part.1.n. 214. & seqq. ubi cōclusionis istius declarationem multiplicem subjicit.*

Quintò excussionis beneficium non admittitur, si
pater pro filio fidem suam interposuerit. Nisi enim 56
pater teneretur: illaquearentur, & deciperentur creditores, filiis nihil habentibus, unde ipsis solvi posset. *l.deniq. 3. §. sed utrùm 4. vers. proinde ff. de minor. l. penult. §.taberna.2.ff. de institoria act.l. si mandator. 8.C.quod cum eo,qui in aliena potest.est,&c. l.1. ibi, si non fidem suam obstrinxit. C. ne filius pro patre, vel pater pro filio,&c.Gail d.lib.2.observ.27 n. 33. Mynsinger.d cent 2.observ.15.Soarez.d.thesaur.recept.sentent.lit.f.n.140.Ant.Tessaur.decis.166. n.5. Duennas reg.335.limitat.13. Muscatell.d.pract.fidejussor part.2. quaest.10,n.31. Arumaeus d. Exercitat.Iustin.14.thes.18. in fine Hering.d cap.27.part.1.n. 244 & seqq. ubi similiter illud pulchrè declarat.*

Sextò non recipitur excussionis exceptio, si fide- 57
jussor debitori succedat: quia hoc casu convenitur non ut fidejussor, sed ut heres debitoris. *l.fidejussoris. 24. ubi Dd. communiter.C.hoc tit.* cùm ipsa successione & confusione soluta sit intercessionis obligatio; pro parte nimirum hereditariâ, salvâ interim remanente obligatione principali. *l.debitor.3.ff. de separationib. l. si reus. 13. ff. de duob. reis constit. l. si duo 93. in princ. & fine. ff. de solutionib. l. generaliter.*

5. & ibi Acoursf. l. cùm reus. 14 & l. Lucius. 24. ff. hoc tit. l. debitori 7. Cod. de pact. Hippolytus de Marsil. ad d. rubr. de fidejussorib. numer. 20. Duennas d. reg. 355. limitat. 23 Muscatell. d. quæst. 10. num. 25. Francus d. tract. de fidejussorib c. 5. numor 428. & seq. Porrò plures casus, quibus fidejussor isthoc excussionis beneficio non fruitur, recensent *Fernandus Vasquius lib. 1. controversiar. illustr. cap. 33. n 12 cum multis seqq. Duenuas, Gabrielius, Gomezius, Heringius, Francus, Marsilius, & cæteri locis antè designatis.* Quibus adjiciantur *Iustus Meier in d. Disput. ad lib. 46. Pandectar. tit. 1 thes. 17. Althusius lib. 1. dicaolog c. 86. n. 36 pag. 305. & Berlichius. d. part. 2. conclus. 24. ubi nonaginta & unum casum exponit, in quibus excussionis beneficium locum non habet.*

58 Superioribus duobus hactenus expositis beneficiis, fidejussoribus competentibus, adjici solet tertium, quod vulgò cedendarum actionum vocant: quo creditor fidejussori solidum exolventi, vel solvere parato, actiones suas, quas ipse habet, atque jus totum, tum contra debitorem principalem (qui tamen alioquin actione mandati fidejussori tenetur; *ut, volente Domino, explanabitur ad §. si quid autem fidejussor. 6. infrà hoc tit.*) tum contra confidejussores cedere sive præstare cogitur. *l. si mandatis. 13 l. fidejussoribus. 17. l. cùm is 36. l. ut fidejussor. 39. ff. hoc tit. l. Modestinus 76. ff. de solutionib. l. Papinianus. 28. & l. qui mandatum. 43. ff. mandati. l. cùm alter. 11. & ibi Glos. Bartol. Donellus, & Dd. pleriq; Cod. hoc tit. Novell. 4. cap. 1. in fine. Ioan. Ronchegall. in l. reos. 11. in princ. numer. 35. ff. de duob. reis constituend. Elbert. Leoninus consil. 90. num. 28. Bertazolius in tract. clausular. instrum. claus. 40. Glos. 4. n. 7. & 8. Hartman. Pistor. lib. 1. quæstion. jur. quæst. 48. Franc. d. tract. de fidejussorib. capit. 5. n. 480 cum seqq. Gasparus Schifordegher. lib. 2. tract. 8. quæst. 1. & seqq. Hering. d. tract. de fidejussorib. capit. 27. part. 3. numer. 6. & seqq.*

59 Cæterùm de eo valde dubitatur: an isthanc actionum cessionem fidejussor non solùm ante, vel in ipsa solutione: sed etiam post factam solutionem petere debeat? Non desunt enim, qui vel ante solutionem, vel in ipsa solutione cessionem istam fieri debere putant, postea autem minimè, *Speculat. in tit. de renunciat. §. 1. numer. 23. Marianus Socin. consil. 18. n. 9. vol. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 45. num. 26 & præsumpt. 1 43. cum seq. Wesenbec. in Paratit. ff. hoc tit. n 6. Rutger. Ruland. de commiss. part. 4. lib. 6. cap. 4. n. 40. Gœddæus in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 5. numer. 12. cum seqq. Dominic. Cardinal. Tuschus. tom. 3. practic. conclus. lit. F. conclus. 318. n. 11. Berlichius d. part. 2. conclus. 22. n. 67. & seqq. Color. in tract. de process. execut. part. 1. cap. 10. n. 367. & seqq. Costal. in d. l. Papinianus. 28 ff. mandat. Donell. ad d. l. cùm alter. 11. num. 7. & 8 Cod. hoc tit. eosq; referens Ioannes Zanger. in tract. de except. part. 2. cap. 25. num. 148. edit. 2. Schneidevvin. hic numer. 24. Iacob. de Arena in tract. de cess. actionis & juris. rubr. 6. n. 70. circa finem. Iohannes à Grassis eodem tract. de cessione juris & action. §. 6. n. 5. & novissimè Schifordegher. d. tractat. 8. quæst. 2. & seqq.* Sed verior est, & æquior sententia existimantium, quòd non modò ante solutionem, vel in continenti in ipso solutionis actu, sed & ex intervallo, facta à fidejussore solutione, cessio actionum à creditore peti, adeòque creditor actione empti ad faciendam cessionem compelli possit: cùm hoc casu fidejussor solvens, fit quasi 60
emptor nominis, cui creditor, quocunque tempore postulat, jus suum tradere necesse habet, *per textum apertum in l. cùm is. 36. ff. hoc tit.* ubi Paulus in hæc verba respondit: *Cùm is, qui & reum & fidejussores habens. ab uno ex fidejussoribus acceptâ pecuniâ præstat actiones: poterit quidem dici, nullas jam esse: cùm suum perceperit, & perceptione omnes liberati sint. Sed non ita est. Non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit: & ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones.* In hoc textu Paulus IC. ab initio dubitandi rationem movet *ex l. Modestinus. 76. ff de solutionibus.* quòd nimirum per solutionem, ab uno ex pluribus fidejussoribus factam, omnis obligatio & actio sublata sit.
Quod igitur amplius non est, id etiam cedi nequit: 61
cum non entium nullæ sint qualitates. *l. si procuratorem. 8. §. si liber homo. 3. vers. nulla. ff. mandati. l. decem. 116. ff. de verb. obligat. l. si servum. 4. §. 1. ff. de actionib. empt.* Postquam hanc dubitationem Paulus movit, respondet hoc modo: *Sed non ita est.* Quibus utique verbis Paulus Modestini sententiam disertè corrigit: quasi dicat, solutione ab uno factâ, non est extincta obligatio, per hanc decidendi rationem: *Non enim* (inquit) *in solutum accepit*: hoc est, creditor ab uno fidejussore solidum accipiens, non reverâ, quoad alios confidejussores, datam pecuniam in solutum accipit, sed quodammodo cæterorum nomina vendit illi fidejussori, qui pro aliis solvit, *arg. l. fidejussoribus. 17. ff. hoc t. & l. solvitur. 5. §. si convenerit. 2. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Vnde alibi quoque habetur, quòd pretium magis mandatarum actionum solutum, quàm actio, quæ fuit, perempta videatur. *d. l. Modestinus. 76. in fine. ff. de solution. l. cùm pupillus. 21. ff. de tutela, & ration. distrahend. l. cùm possessor. 5. in fine principii. ff. de censibus.* Quemad- 62
modum ergo emptori ex empto actio quandocunque (modò pretium sit solutum) adversus venditorem competit. *l. ex empto. 11. in princ. & l. Iulianus. 13. §. offerri. 8. ff. de actionib. empti.* ita & hic dicendum erit in creditore, qui cæterorum fidejussorum nomina ei, qui solidum solvit, vendidit. Adde, quod Paulus *in fine dicta l. cùm is 36. ff. hoc t.* expressè dicit, creditorem ad id ipsum teneri, ut præstet actiones. Compelluntur siquidem stipulatores ei, qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina. *d. l. fidejussorib. 17. ff. eodem.* Itaque necessitas creditori incumbit, ut fidejussori solidum solventi, hoc est, cæterorum nomina ementi, quandocunque actiones taliter venditas cedat. *l. venditor. 23. ff. de heredit. vel act. vendit.* Atque hanc sententiam, frequentioribus calculis receptam, tenent & tuentur *Iason. in l. si res obligata. 57. n. 44. ff. de legat. 1. Bald. in l. alterius. 20. §. fin. ff. de tutel. & rat. distrah. Purpuratus in l. 1. n. 68 C. de transactionib. Antonius de Padilla in l. 1. n. 42. C.*

de jur.

de jur. & facti ignorant Nicolaus Everhardi *consil.* 284. *col.* 3. *in princ.* Francus *d. tract. de fidejussorib. c.* 5. *n.* 484. *cum seqq.* Ioan. Köppen *in decisionib. suis quæst.* 51. *n.* 5. Daniel. Moller *in Commentar. ad constitut. Electoral. constit.* 3. *n.* 7. *in fine part.* 1 *hesq;* cum aliis laudans Antonius Hering. *d. tract. de fidejuss. cap.* 28. *n.* 38. *& seqq. item* Ioann. de Imol. Raphael. Cuman. & Bartol. *in d. l. Modestinus.* 76. *n.* 3. *ff. de soluti.* Theod. Marcelius *hic pag.* 406. *cum seq.* & Petrus Heigius *n.* 17. *cũ seqq. & in quæstionib. jur. quæst.* 39. *n.* 13. *& seqq.* Dn. Collega Becorus *class.* 2. *disputat.* 16. *thes.* 37 *& in hoc tit. n.* 222 *cum seqq pag.* 333. Conradus Oleman. *ad lib.* 3. *disputation. jur. civil.* Giphanii, *disput.* 27. *n.* 40. *& seq. itemq;* Ioan. Iacob. Plebst *disp. nov. antiq.* 2. *th.* 63.

63 Huic sententiæ nihil negocii facessit, quod objicitur, ideo fidejussori solventi, post solutionem, petitionem cessionis actionum adversus confidejussorem denegari, quòd solutione debiti sublata fuerit omnis obligatio, *per princip. tit. infr. quib. mod. tollit. obligat l.*
64 *verborum.* 107. *ff. de solutionib.* Quia illud verum est respectu creditoris (qui sanè bonâ fide idem post solutionem bis petere haud potest. *l. bona fides.* 37. *ff. de reg. jur.*) non autem respectu confidejussoris, & actionis cedendæ. Donatio quippe in fidejussore solvente minimè præsumitur; cùm præsertim alia conjectura haberi possit. *l. cùm de indebito.* 25. *in princ. vers. qui enim solvit. ff. de probationib. l. eleganter.* 24. §. 1. *ff. de pignorat act. l. si cùm aurum.* 50. *ff de solutionib. l. Campanus.* 47. *ff. de operis libertorum.* Eaque donatio in proposito tantò minùs præsumenda est, quòd fidejussori solutio ex necessitate incumbat: quæ profectò necessitas nullam donationem arguit. *Franc. d. cap.* 5 *num.* 486 *& seqq.*

65 Nihil quoque obstat *d. l. Modestinus.* 76. *ff. de solutionib.* ubi dicitur, si non ante solutionem, sed ex intervallo post solutionem actiones cessæ sint, nihil eâ cessione actum esse, adeòque cessionem esse inutilem: cùm nulla actio superfuerit. *Etenim* lex illa ne minimo quidem vocabulo mentionem facit fidejussorum: sed expressè de tutoribus loquitur, *ibi, quod ex caussa tutelæ debeatur.* Ratio diversitatis hæc est: quia fidejussori, solidum solventi, nisi cessæ fuerint actiones à creditore, nulla planè datur actio contra eum, qui unà fidejussit, *d. l. ut fidejussor.* 39. *ff. hoc. tit. d. l. cùm alter.* 11. *Cod. eod.* Ideòque æquum est, eum post solutionem factam habere actiones cessas. Tutori verò, qui in solidum satisfecit pupillo ex causa tutelæ, licèt à pupillo nulla actio cessa fuerit, utilis tamen actio adversus contutores competit, idque ex rescripto Imperatorum, *l.* 1 §. *& si fortè.* 13. *ff de tutela, & rat. distrahend.* Ioh. Andrea *in addit. ad Speculat. tit. de fidejussor. in princ. vers. hoc etiam scias, &c.* Marcil. *hic in fine.* Hering. *d. cap.* 28. *n.* 45. *& seqq. ubi & aliis objectionibus sufficienter respondet.*

66 Controversiæ modò expeditæ convenienter & illa quæstio satis dubia succedit: num fidejussori solidum solventi actio in solidum, an pro parte virili, à creditore adversus confidejussores cedi debeat? Quã quæstionem breviter & eleganter duabus conclusionibus explicasse videtur Valentinus Francus *d. tract. de fidejussorib. cap.* 5. *num.* 490. *& seqq.* Prior conclusio est: Fidejussori, qui solidum solvit, ita cessio actionum à creditore facienda est, non ut eam portionem, quæ ipsum solventem contingit, sed eas tantùm partes, quas extra suam solvit, à confidejussoribus recuperare queat. *Exempli* gratiâ: Tres sunt fidejussores, Titius, Sempronius, & Mævius pro summâ trecentorum florenorum. Sempronius conventus in solidum satisfecit creditori, cedenti illi rursus actiones adversus Titium & Mævium confidejussores. Hoc casu Sempronius à duobus confidejussoribus, Titio & Mævio, ducentos duntaxat florenos repetet: centũ verò suæ portioni cedent. Aequitati namque haud consentaneum est, nec natura cessionis id patitur, ut quispiam pro eo portione cessionem impetrare velit, aut debeat, quam ipse obligatione suâ agnoscit; & cùm in pari causa sit, melioris tamen fortunæ, quàm confidejussor esse velit, *argument. l. si plures.* 38. *ff. de administrat. & peric. tutor.* Posterior conclusio hæc est: Si fidejussori solventi actio à creditore cessa fuerit, eam non ita adversus confidejussores exercere potest, ut extra suam portionem, solidum ab eo, quem convenit, consequatur: sed ut ratas seu viriles portiones exigat. *Veluti*, ut in proposito exemplo maneamus, unus ex tribus confidejussoribus si solverit trecentos florenos, actione sibi cessâ, à cæteris duobus singulis non nisi centum repetere poterit. Idque, *post alios*, plenius declarant Francus *d. cap.* 5. *num.* 491. *cum seqq.* Hartman. Pistorius *lib.* 1. *quæstionum jur. tam Romani, quàm Saxon quæst* 48. *num.* 5. *cum seqq.* Colerus *de processib. execut. part.* 2. *cap.* 2 *num.* 11. *cum seqq. &* Heringius *d. tract. de fidejussor. cap.* 27. *part.* 3. *num.* 28.
& sequentibus. Quemadmodum autem superiora ju- 67
ris beneficia, fidejussoribus indulta, divisionis nimirum & excussionis, multis in casibus cessant, de quibus plerisque expositum *suprà, numer.* 12. *cum seqq. item num.* 28. *& aliquot. seqq.* ita & iisdem ferè casibus hoc cedendarum actionum beneficium cessare exploratum est, *de quibus consulatur* Heringius *d. cap.* 27. *part.* 3. *num.* 19 *& aliquot subsequentib. Et de renunciatione istius beneficii multa cumulavit.* Berlichius *d part.* 1. *conclusion. practicab. conclus.* 22. *nu.* 50. *& seqq.* Cæterùm an solutio per fidejussorem creditori, nomine debitoris facta, sine cessis à creditore actionibus, nihilominus dominium transferat ut contra debitorem agere possit: an verò specialis cessio necessariò requiratur, prolixè in utramque partem disputat Forsterus junior *in libr. singulari, de dominio cap* 8 *numer.* 74 *& seqq.* ubi *num* 76. concludit, cessionem specialem hoc casu necessariam non esse, allegans eam in rem Vivium *lib* 2. *decis.* 210. *in princ.* Antonium Fabr. *in Cod. Fabriano, lib.* 8. *tit.* 27. *defin.* 17. Donellum *ad l. mandati.* 14. *C. de fidejussorib.* & Colerum *de process. executiv. part.* 1 *cap.* 10. *num* 380.

Porrò coronidis vice & illam insignem quæstio-
nem hoc loco attingere placet: utrùm exceptiones, 68
debitori competentes, ejus fidejussoribus quoque
accommodentur? Hæc quæstio itidem duabus con- 69
clusionib⁹ sive regulis, ex ipsis legib⁹ deprõptis, quàm

commodissimè expeditur. *Prior est*: Omnes exceptiones merè reales, seu rei & obligationi enhærentes, quæ debitori competunt, fidejussoribus ejus, & quidem etiam invito reo principali, utiliter conceduntur. *l. si stipulatus. 15. & l. ex persona. 32. ff. hoc tit. l. & heredi 21. in fine. cum legibus aliquot seqq ff de pactis. l. exceptiones 7. §. 1 & l. omnes. 19. ff. de exceptionib. l. defensiones. 11. Cod. eod §. ult. ibiq; ego & pleriq; Interpp. infr. de replicationib. Bertazolius in tract. clausul instrument. claus. 41. Gloss. 7. num. 4. Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejussorib. num. 173. 267. & 284. Iohan. Zanger. in tract. de exceptionib. part. 3. §. ult. n. 59. ed. 2. Iohan. Bernard. Muscatell. in pract. fidejussor.*
70 *part. 2. quæst. 8. num. 1. & 2.* Dicuntur autem hæ exceptiones propterea reales, quia rem ipsam afficiunt, & ex ipsa re causam atque originem trahunt. Non igitur mirum, eas etiam fidejussori competere: cùm is ab initio rei obligationivé, non autem debitoris personæ, accesserit: atque ideo meritò ad rem ipsam sive causam, non verò ad personam, respiciatur. *arg. l. cùm unus. 12. in princ. & l. privilegia. 32. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. juris gentium. 7. § pactorum. 8. ff de pact. Surdus decis 301. num. 13. Franc. d. tract. de fidejussoribus. cap. 3. num. 24. cum seqq. & Hering. eodem tract. cap. 27. part. 4. num. 1. & seqq. Qui duo*
71 *regulam istam præclarè ac copiosè declarant.* Posterior regula est: Exceptiones merè personales, seu personæ Rei principalis medullitùs cohærentes, ad fidejussorē neutiquam porriguntur. *d. l. exceptiones. 7. in princ. ff.*
72 *de exceptionib.* Ratio ejus haud obscura est: quia privilegia in gratiam alicujus personæ concessa, illam personam non egrediuntur. *c. privilegium. 7. ibique Dynus & Petrus Peckius. de reg. jur. in 6. l. in omnibus causis 68. & l. privilegia 196 ff. de reg. jur.* & pa-
73 ctum personale ad aliam non extenditur, quàm ad eam personam, cui illud factum est *l. idem 25. §. 1. ff. de pactis. Knipschildt d. exercitat. Acad 7. quæst 11. p. 265.*
74 Nec nostram regulam turbat *d. l. ex persona. 32. ff. hoc titul.* ubi dum Vlpianus ait, ex personâ rei exceptionem, & cætera rei commoda fidejussori competere posse: inde dicendum videtur, exceptionem personalem fidejussori prodesse. *Nam* illa verba (*ex personâ rei*) nequaquam ad personalem, sed realem exceptionem referenda sunt, nec aliud volunt, aut arguunt, quàm exceptionem realem ex personâ rei, hoc est, ipsi reo primùm competentem, fidejussori competere. Omnes siquidem exceptiones reales ex personâ rei competunt: in quibus tamen proxima & immediata causa non est ipsa persona, sed res: ubi & extinctâ personâ, non extinguitur exceptio, *argum. d. l. exceptiones. 7. §. 1. ff. de exceptionib. & d. l. privilegia. 32. ff. de reb. auctorit. jud. possidend.*
75 Similiter non repugnat § *fidejussores ita. 5. infr. hoc tit. & l. Græcè. 8 §. illud. 7. ff. eod.* ubi fidejussor non potest in plus obligari, quàm principalis. Atqui si exceptio reo competens ad fidejussorem non extenderetur: fidejussorem in plus obligari, nemo non videt. Non, *inquam*, repugnat. Quia breviter respondetur; quòd isto casu fidejussor non in plus, sed efficacius tantùm & arctius astringatur, ratione scilicet privilegii, quod reus ex suâ personâ habet; fidejussor non habet. *Sed videantur Francus d. cap 3. num 98. cum multis seqq & Heringius d. cap. 27. part. 4. num. 76. & multis seqq. ubi prædictam conclusionem sive regulam pluribus exemplis accuratè illustrunt.* Vide quoque Justum Schützium *exercitation. juris disp. 15. th.*
13 & 14. pag. 237. & seq. Tandem & illud hic ad- 76
dendum: quòd beneficium restitutionis in integrum minoris, haud prosit ejus fidejussori, *per textum expressum in l. in causa. 13. in princ. ff. de minorib. l. 1. &*
2. C. de fidejussorib. minorum. Non obstat, quod li- 77
berato debitore principali, etiam accessiones, velut pignora & fidejussores liberentur. *l. in omnibus. 43. ff. de solutionib.* Nam regula isthæc locum habet duntaxat in liberatione, quâ ita liberatur reus, ut tollatur obligatio vel ipso jure, vel per exceptionem, jure communi competentem: non etiam, quando obligatione manente, reus aliquo modo consequitur, ne teneatur. Etenim tunc dicitur magis persona eximi obligatione, quàm liberari: atque tunc licet subducta sit persona debitoris: nihilominus tamen tenentur ejus fidejussores: quia subsistit obligatio, cum fidejussores accedunt. *l. ult ff de duob. reis constituend* Atque sic per restitutionem in integrum eximitur obligatione minor: quoniam & civili & naturali obligatione is obligatus erat. Illâ quidem: quia ideo utitur restitutione, quòd jure communi obstrictus tenetur. Naturali verò, propter conventionem & fidem datam. *L. cùm amplius 84. in fin. ff. de reg jur.* Sed extraordinario auxilio minor consequitur, ne conveniatur. *l. 1. & l. in causa cognitione. 16. in pr. ff. de minorib.* adeòq; obligatione salvâ manente, eâ solùm eximitur. Et restitutio non tollit obligationem civilem; sed ejus effectum impedit. *Reliqua argumenta, quæ pro contrariâ opinione produci solent, abundè refutant Bronchorst. cent. 1. [illegible] assert. 60. Pacius cent. 2. quæst. resolut. jur. civ. pag. 1055. & seqq.*

§. *Fidejussores ita.* 5.

Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio, accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quàm in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit: fidejussor in quinq; rectè obligatur: contra verò obligari non potest. Item si ille purè promiserit: fidejussor sub conditione promittere potest: contra verò non potest. Non solùm autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus est enim, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.

SVM-

SUMMARIA.

1 *Fidejussor neq; aliud debere, neq; in plus obligari potest, quàm ipse principalis.*
2 *Fidejussoria obligatio, est principalis obligationis accessio.*
3 *Plus in accessione, quàm in principali, esse nequit.*
4 *Fidejussoris conditio non debet esse gravior, quàm ipsius principalis.*
5 *Fidejussio est species quadam stipulationis: ac proinde stricti juris.*
6 *In stricti juris contractu nihil venit, nisi quod nominatum est actum.*
7 *Fidejussor quibus modis sese in plus obligare dica[...]*
8 *Re quando plus debeatur.*
9 *Tempore quomodo & quando.*
10 *Loco quando plus debeatur.*
11 *Causa item quando plus debeat fidejussor, quàm principalis.*
12 *Quatenus fidejussores in minus, quàm principalis, obligari possint.*
13 *Et quid, si fidejussor majorem summam, quàm principalis, promiserit, tota fidejussio sit inutilis: an verò saltem ad concurrentem summam fidejussor obligetur.*
14 *Quicquid in stipulatione est receptum, idem in fidejussione obtinet.*
15 *Major numerus semper in se continet minorem: & num. 29.*
16 *Quoties promissum est plus, quàm promitti oportuit: non tota obligatio, sed superfluum tantùm infirmatur.*
17 *Quatenus utile per inutile non vitietur.*
18 *Quando fidejussor obligetur.*
19 *Mens & explicatio l. Gracè 8. §. illud. 7. ff. hoc tit. item n. 21.*
20 *Constitutores & mandatores ad sortem principalem obligantur.*
21 *Alia consideratio dicta l. 8. §. 7. ff. hoc tit.*
22 *Verbum* omnino *idem significat, quod* in solidum.
23 *Sententia §. praterea. 5. supr. de inutilib. stipulat.*
24 *Consideratio l. 1. §. si quis simpliciter. 3. ff. de verb. obligat.*
25 *Stipulatio an & quatenus sit actus individuus.*
26 *Individuum pro parte adimi non potest.*
27 *Testamentum quatenus actus sit individuus.*
28 *Consideratio l. continuus. 137. §. 1. ff de verb. obligat. & §. si de alia. 22. supr. de inutil. stipulationib.*
29 *In summis, quod minus est, spondere videtur.*
30 *An & quatenus mora rei principalis noceat fidejussori, distinctione expeditur.*
31 *Quamdiu obligatus permanet principalis, tamdiu etiam durat obligatio fidejussoris.*
32 *Mora habetur pro delicto, quamvis in omittendo consistat.*
33 *Ex facto alterius nemo damnum pati debet.*
34 *Mora unicuiq; sua debet nocere, & non alii.*
35 *Sententia l. si fidejussores. 68. §. 1. ff. hoc tit.*
36 *Fidejussor ad pœnam, in quam debitor incidit, non tenetur.*
37 *Effectus contractus semper respicit tempus contracta obligationis.*
38 *Fidejussor in usuras & accessiones ex morâ debitori tenetur, si in omnem causam se obligaverit.*
39 *Conditio in formâ specificâ adimplenda.*
40 *Summa l. centum Capua. 8. ff. de eo, quod certo loco, &c.*
41 *Sententia l. initio. 5. C. de pact. inter emptor. & vend. composit.*
42 *Intellectus l. mora. 88. ff. de verb. obligat.*
43 *Instantia refutatur.*
44 *Interpretatio accurata l. quaro. 54. in princ. ff. locati.*
45 *In dubio à propriâ verbi significatione non recedendum.*
46 *Particula si propria significatio.*
47 *Instantia diluitur.*
48 *Consideratio l. si ab uno. 17. ff. ut legator. seu fideicom. sev and. cauf. cav.*
49 *Quatenus fidejussor rei locum obtineat.*
50 *Consideratio l. amissi. 52. § 2 ff. hoc tit.*
51 *Consideratio l. 2. §. fin. & l. seq. ff. qui satisdare cogantur.*
52 *Intellectus l. si quis pro eo. 56. §. 2. ff. hoc tit.*
53 *Intellectus l. si postea. 10. ff. rem pupilli salvam for.*
54 *In gratiam pupillorum multa singularia sunt constituta.*
55 *Consideratio d. l. fidejussores. 68. §. 1. ff. hoc tit.*
56 *Argumentum à contrario sensu quando non procedat.*
57 *Consideratio l. 2. §. penult. ff. de administrat. rer. ad civitates pertinent.*
58 *Consideratio l. si quis solutioni. 24. §. 1. ff. de usur.*
59 *Quatenus indefinita propositio aquipolleat universali.*
60 *Si solus fidejussor moram committat, an ex hac morâ ad accessiones teneatur.*
61 *Fidejussor ex delicto conditionem suam meliorẽ facere non debet.*
62 *Quatenus fidejussor in duriorem causam, quam principalis, obligari possit.*

QVemadmodum fidejussor pro alienâ obligatione intercedere & obstringi possit, hoc loco explicat Imperator Justinianus, & ostendit: quòd sicut fidejussor non potest aliud debere, quàm debet ipse principalis; ita etiam non possit obligari, ut plus debeat, quàm debet is, pro quo obligatur: quamvis in minus obligari queat, *l. Gracè. 8 §. illud. 7. & § seq. l. hi, qui accessionis. 34. l. si Stichum. 38. l. si ita fidejussorẽ. 42. & l. si à reo. 70. §. si reo. 2 ff. hoc tit.* Ejusq; ratio 2
est perspicua: tum quia fidejussoria obligatio est accessio quædam principalis obligationis, *hoc §. nostro. vers. nam reorum. & d. l. hi, qui 34. ff. eod.* Accessio au- 3
tem naturam principalis sequitur, non excedit: cùm absurdum sit, plus esse in accessione, quàm in re principali, *arg. l. cùm principalis. 178. ff. de reg. jur. c. accessorium. 42. eod. tit. in 6. Gœddæus in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 24 n 435.*
Tum quia iniquissimum est: fidejussoris, qui nullo 4
jure cogente, & gratis quidem, officio humanitatis, & amore proximi adductus, fidem suam interponit, graviorem esse conditionem atq; damnosiorem, quàm ipsius principalis, *notante Valentino Franco in tract. de fidejussorib. cap. 4. num. 87.* Tum etiam, quia fide- 5
jussio, ceu species quædam stipulationis, stricti juris contractus est, *arg. §. actionum. 28. infr. de actionib. l. in actionibus. 5. § ult. & l. seq ff. de in lit. jurand. Anton. Pichard Vinuesa suprâ ad rubric. hujus tit. nu. 3. Henning. Wegner. disp. 11. ad Instit. thes. 8. lit. a.* in quo nihil 6
venit, nisi quod nominatum est actum. *l. quidquid adstringenda. 99. ff. de verb. obligat. l. blanditus. 12. C. hoc tit. Roland. à Valle consil. 58. n. 10. vol. 1. Anton. Hering. in tract. de fidejuss. c. 24. n. 33. & seq.* Cæterùm in plus 7
sese obligare fidejussor dicitur, vel re, vel tempore, vel loco, vel causa, *hoc §. nostro. vers. itaq; si reus, &c. §. si quis agens. 33. vers. plus autem. infr. de actionib.* Re 8
plus deberet fidejussor, quàm principalis: si, principali in quinque aureos obligato, fidejussor in decem obligaretur. *d. v. itaq; si reus, &c. & d. v. plus autem, &c.* Tempore plus deberet fidejussor: si 9
principali ad diem, vel sub conditione obligato, fidejussor purè obligaretur, *hoc §. nostro. circa finem. & d. §. si quis agens 33. vers. tempore. infr. de actionib.* Loco 10
plus fidejussor deberet: si reum purè interrogassem, & fidejussorem cum adjectione loci accepissem. *l. fidejussor. 16. § 1. ff hoc tit.* Causa deniq; plus deberet fide- 11
jussor, quàm principalis: si à reo principali stipulatus hominem aut decem, à fidejussore stipularer hominẽ aut decem, utrum ego velim. Quo casu non obligabitur fidejussor: quia durior ejus conditio facta est. *d. l. Gracè 8. § idem Julianus. 9 ff eod.* Sicut nec hæc fidejussio valet: si Stichum à principali stipulatus, à fidejussore Stichum aut decem stipularis: non tam quia durior hîc sit conditiõ fidejussoris (mortuo quippe Sticho, tenetur ad decem) quàm quia in aliam potiùs obliga-

ligationem accipitur. d.l. Gracè. 8. §. si quis Stichum. 8.
12 ff. hoc tit. Et quod hoc loco & alibi affirmatur: fide-
jussores in minus, sive in leviorem causam, quàm prin-
cipales, obligari posse; ita intelligendum est: dummo-
do non in aliam rem, quàm principales, obligentur.
Nam in aliam rem, quàm quæ principali credita est,
fidejussor obligari non potest. d. l. si ita fidejussorem.
42. ff. eodem. Et de illis subtiliter disputat Schifordeg-
her. lib. 1. ad Anton. Fabr. tractat. 28. quæst. 1 & seqq.

13 Porrò difficilima hic examinanda venit quæstio: u-
trùm, si fidejussor majorem summam, quam princi-
palis, promiserit, tota fidejussio sit inutilis: an verò sal-
tem ad concurrentem summam, hoc est, eam, quam
principalis debet, fidejussor obligetur? Et totam fide-
jussionem inutilem esse, responderunt Accursius, Bar-
tol. & alii in d. l Gracè 8. §. illud. 7. ff. hoc tit. Fulgosius
in l. hactenus. 11. §. 1. ff. de constit. pecun. Alexand. &
Iason. num. 9. in l. 1. §. si stipulanti. ff. de verb. obligat.
Hippolyt. de Marsil. in rubric. de fidejussorib. n. 291. Lu-
dovic. Roman. consil. 66. incip. vir eximie, &c. Con-
nan. lib. 6. Commentar. jur. civ. cap. 6 n. 8. Gœddæus in
Commentar. de contrah. & committ. stipulat. capit. 4.
conclus. 1. n. 74. cum seqq. Bertazolius in tract. clausul.
instrum. claus. 40. Gloss. 6. num. 2. Franciscus Iamotius
in Commentar. ad tit. de fidejussor. Hœnonius disp. 15.
ad Instit. controvers. 11. Hartman. Pistoris lib. 3. quæ-
stionum jur. q. 10. nu. 20. & seq. Franceus 1. tract. de fi-
dejussorib. c. 4. num. 92. & seq. Fachinæus lib. 8. contro-
versiar. jur. cap. 51. Timæus Faber disput. anniversar.
23. ad Institut. Imperial. thes. 10. Giphanius, Anton.
Matthæus, Bachovius & Hotoman. ennunciat. 1. in hoc
§. nostro. Horatius Carpanus ad statut. Mediolan. part.
2. cap. 189. num. 8. Schifordegher. lib. 2. tract. 9. ad An-
ton Fabr. per tot. Pyrrhus Maurus Arretinus in tract.
de fidejussorib. part. 2. cap. 3. nu. 8. & seqq pag 291. Rei-
senbergius disput. juris civil. renovata 1. corenid. 2. E-
rasmus Vngepaur. Exercit. Instin. 11. sub quæst. 5. p. 411.
cum seqq. edit. ult. & Paulus Berens disp. 10. ad Instit.
them. 2. quæst. 3. Sed contraria sententia, quòd videli-
cet tantùm pro excedente quantitate invalida sit obli-
gatio, pro parte verò concurrente valeat, benignior
mihi, & probabilior videtur. Eaq; stabilitur sequen-
14 tibus potissimùm juris fundamentis. I. Quicquid in
stipulatione est receptum, idem etiam obtinet in fide-
jussione: cùm ea nihil aliud sit, quàm fidejussoria sti-
pulatio, sive species stipulationis, ut monitum suprà
numer. 5. Ast in stipulatione ita jus est, ut si stipulanti
mihi decem, tu viginti respondeas, in decem obligatio
contracta dicatur. l. 1. § si stipulanti. 4. ff. de verb. oblig.
idque propterea, quòd qui viginti dicit, etiam in de-
cem consentire censeatur: cùm major numerus sem-
per in se minorem contineat. l. cum furti. 9. ff. de in lit.
15 jur. l. qui concubinam. 29 §. 1. ff. de legat. 3. Idem ergo
& in fidejussione locum sibi vindicare debet. Si enim
fidejussor seriò fidejussit in viginti: tum utique eum
habuit animum, ut in viginti sese obligaret. Multò
igitur magis in decem se obligasse intelligitur. l. inter
16 stipulantem. 83. §. diversa. 3. ff. de verbor. oblig. II. Quo-
ties promissum est plus, quàm promitti oportuit: non
tota obligatio, sed id, quod superfluum est, tantum-
modo infirmatur, & obligatio in suo robore perdurat,
quasi nullo penitus alio adjecto; sed hoc pro non scri-
pto, vel non intellecto esse creditur. l. hactenus. 11. in
fine. cum l. seq ff. de constituta pecun. l. præterea. 3. §.
ult. cum l. seq. l. rogatus. 33. ff. mandati. l. quibus idem.
18. ff. de verbor. oblig. l. sive generalis. 61. in princ. ff.
de jur. dot. l. sancimus. 34. in princ. C. de donationib. l.
hac ed[illegible] 6. in fine principii. vers. sin verò plus. Cod.
de sec[illegible]pt. §. is, qui exequitur. 8. infr. de manda-
to. [illegible]d si igitur hoc in constituto, stipulatione, 17
man[illegible]ote, & donatione receptum est, sicut præ-
dictæ l[illegible]probant: ratio nulla dari potest, quare non
æque in fidejussione, quæ per stipulationem contra-
hitur, locum habere queat. Siquidem & aliàs toties
utile per inutile non vitiatur, quoties utile ab inutili
separari & distingui potest. l. pecunia. 9. l. usuras. 20. &
l. placuit. 29. ff. de usur. l. si sponsus. 5. §. generaliter. 2. &
l. sed si vir 3c §. si vir uxori. 2. ff. de donat. inter vir.
& uxor l. 1. §. Trebatius. 18. ff. de aqua quotid & æst. l.
enim, qui ita 56. §. 1. ubi Gloss. in verb. supervacua. ff.
de verb. obligat. d. l. sancimus. 34. in princ. C. de do-
nat. c. utile. 37. ibiq; Dynus & Pockius. itemq; Ioan.
Baptista Vivianus. de reg. jur. in 6. Hubertus de Bo-
nacurso in practicâ rubr. de impedimentis quæ con-
tra rescripta, &c. num. 105. pag 252. & seq. III. Tum 18
obligatur fidejussor, quando nil amplius debet, quàm
principalis debitor, argum. d. l. Gracè. 8. §. illud. 7. &
d. l. hi, qui accessionis. 34. ff. hoc tit. Atqui si in sum-
mam concurrentem tenetur, non debet plus, quàm
principalis, ut ad sensum patet. Nec quenquam mo-
tari debent illa dicta l. 8. §. 7. verba, omnino non obli-
gari. Nihil enim vetat, quo minùs accipiamus, omnino
non, pro non omnino: quemadmodum Haloandri le-
ctio habet. Haud quippe novum est, ut particula ne-
gativa interdum postponatur, cùm præponi debuis-
set: ut, omnes non, pro non omnes, in l. si servus. 9. §. 1.
ibi, omnes status non esse. ff. si quis cautionib. in judic.
sistendi caus. fact. & potest non recusare, pro non pot-
est recusare, in l. sed & si hereditas. 11. § 1. vers. nam si
solebat. ff. ad exhibend. & omnibus non sufficere, pro
non omnibus sufficere, in l. de pupillo. 5. §. si plurium. 6.
ff. de operis novi nunciat. Sed & hoc non insulsé dici
poterit: Vlpianum in d. l 8. §. 7. ff. hoc tit. ad id tan-
tùm, quod summam principalem excedit, respexisset
ejusque excessùs intuitu respondisse, fidejussorem
omnino non obligari, id est, neque civiliter, neq; na-
turaliter. Atq; hanc fuisse mentem Vlpiani, ex eo li- 19
quidò apparet, quòd de universis, qui pro aliis inter-
cedunt, asserat: eos in duriorem causam adhibitos o-
mnino non obligari. Jam verò jus certum atque in- 20
dubitatum est: reliquos intercessores, nempe consti-
tutores & mandatores, si pro majori summâ interve-
niant, ad sortem principalem, sive summam in princi-
pali obligatione comprehensam obligari. d. l. hacte-
nus. 11. ff. de constit. pec. d. l. rogatus. 33. ff. mandati.
Idem ergo de fidejussoribus dicendum: ut ii, in ma-
jorem summam fidejubentes, in concurrentem tene-
antur. IV. Denique hanc assertionem plurimi insi-
gnes Interpretes in terminis amplectuntur & defen-
dunt, Azo in summâ tit. Cod. hoc. tit. num. 7. Cynus

& Al-

& Alberic. de Rosat. in l. fin. Cod. eod. Francisc. Balduin. Eguinarius Baro, Stephanus Bodeus, Gerardus Tuningius, Mynsinger. Wesenbec. Borcholt. Heigius n. 8. & Vultejus, num. 10. in hoc §. nostro, idem Wesenbec. in paratitl. ff. hoc tit. num. 5. Decius num. 12 & Molineus in addit. ad Decium lib. 8. in l. in eo, quod plus. 110. ff. de reg. jur. idem: Molineus, Lancell. Galianla, Alciat. Coras. & Duaren. ad d. l. 1. §. si stipulanti. ff de verb. obligat. Gomez. tom. 2. var. resolut cap. 13 n 2. & ibi Emanuel Soarez in addit. sub lit. a. idem in thesaur. recept sentent. lit. F. num. 129. Guilielm. Fornerius select. lib. 3. cap. 11. Fernand. Vasq. lib. 1. illustr controvers. cap 40. num. 5. Treutler. select. disput. vol. 2. disp. 28. th. 4. lit. b. ibiq; Bachovius in suis not. vers. sed videamus, &c. pag. 930. cum seqq & Hunnius ibidem in resolut. quæst. 27. pag. 205. cum seqq. idemq; libr. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 5. quæst. 9. Gothausen in sua necessariâ informatione, &c. disput. ult. pag. 291. Andreas Kohl. in tractat. de subfeudn. cap. 2. num. 36. Iohan. Iacob. Plebst. disputat. nov. antiq. 2. thes. 51. lit. C. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 24. num. 65. cum multis seqq. Dn. Collega Bocer. class 2. disp. 16. thes. 19. edit. 2. & in hoc tit. num. 162 cum seqq. pag. 324. Cramer. disp. 17. thes. 6. Arumæus exercit. Iustin. 13. thes. 15. Gilbert. Reg. lib. 2. ἐναντιοφανῶν. cap. 20. pag. 85. Marcus Lycklama lib. 6. membran. Eclog. 16. Bronchorst. cent. 4. ἐναντιοφανῶν. assert. 53. Andr. Gerhard. decad. 14. quæst. 20. Iul. Pac. in epitom. jur. disput. 13. thes. 16. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 15. cap. 48. lit. I. Iohan. Schröterus diatribar. domestic. decad. 7. quæst. 10. Arnoldus Vinnius lib. 2. Iurispr. contractæ c. 61. ad lit. L. pag. 189. aliiq; ferè innumeri.

21 Non obstat huic ita firmatæ decisioni textus *in d. l. Græcè 8. §. illud. 7. ff. hoc. tit.* ubi respondetur: illud commune esse in universis, qui pro aliis obligantur, quòd si fuerint in duriorem causam adhibiti, omnino non obligentur. Si igitur omnino non obligantur: ergo nec in concurrentem quantitatem, sive in id, quod aliâs reus principalis debebat. Nam dictio negativa, *non*, signo universali postposita, facit: ut verbum potentiæ suo contradictorio æquipolleat, ut *omnino non*, idem significet; quod *nullo modo*, per notata Bartoli *in l. legitimos. 5. §. in legitimis. 2 ff. de legitimis tutorib. & Decii in d. l. in eo, quod plus. 110. nu. 11. ff. de regul. jur.* Non, *inquam*, textus ille obstat. Etenim, *præter expositiones suprà allatas numer. 19.* hanc mentem Vlpiani fuisse nonnulli appositè satis contendunt: quòd illi, qui pro aliis obligantur, si in duriorem causam fuerint accepti, *omnino non*, id est, in solidum non obligentur: sed tamen obligentur
22 pro eâ parte, pro quâ & ipse reus tenetur: ut ita hoc loco verbum *omnino*, idem significet, quod verba *in solidum*: perinde ac si Jurisconsultus eos, in solidum non obligari dixisset. Quam interpretationem non solùm rationes *suprà num. 14. & seqq.* adductæ suadent: verùm etiam illi comprobant textus, quibus verba isthæc, *omnino vel omnimodo non*, idem denotant, quod *non in solidum*, sive *in totum*: ut in *l. cùm filiofamilias. 11. in fin. ubi Ludovic. Charond. ff. de legat. 2. l. si mihi purè. 39. circa finem. ff. de legat. 2. l. sive in duplum. 3. ff. qui satisdare cogant. l. voluntate. 10. in princ. vers. neq; omnimodo. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. Gilbert. Reg. d. lib. 2. cap. 20. Hunn. d. quæst. 9. vers. ad primum, &c. Knipschildt. exercitat. Acad. 7. quæst. 7. pag. 261. cum seq. Hering. d. cap. 24. num. 86. & seqq. ubi hanc solutionem fusiùs declarat.*

Non item resistit *§. præterea. 5 supra, de inutilib. stipulat.* ubi Justinianus ait; inutilem stipulationem esse, si quit quinque aureos à te dari stipuletur, & tu decem promittas. Eodem igitur modo inutilis videtur fidejussio, si creditor sibi quinque aureos dari stipuletur, & fidejussor decem suâ fide esse jubeat. *Respondetur enim*: in illo §. inutilem esse stipulationem, quatenus quis non respondet ad ea, de quibus erat interrogatus: quemadmodum ipse Vlpianus hoc interpretatur *in d. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb obligat.* ubi cùm interroganti & stipulanti decem, promissa essent viginti, adeòque ad interrogationem congruè responsum non esset, dicit Jurisconsultus: quoad decem, stipulationem contractam non esse. Sic igitur & illud, quod Iustinianus *in d. § præterea.* stipulationem istam inutilem pronunciat, si quis quinque aureos stipulanti decem promittat; eodem modo, quo prius, accipiendum est, quòd scilicet non simpliciter & in totum sit inutilis stipulatio, sed solùm quoad summam redundantem. *d. l. 1. §. 4. ff. de verb. obligat. Huc q; conferenda sunt, quæ uberiùs annotavimus ad d. §. præterea. sup. de inutilib. stipulat.* 23

Non quoque repugnat, quòd cùm adjicitur, vel detrahitur aliquid obligationi, semper probandum sit, vitiatam esse obligationem. *l. 1. §. si quis simpliciter. 3. ff. de verb. obligat.* Atqui in propositâ quæstione, ubi fidejussor majorem summam, quàm principalis, promittit, aliquid obligationi adjicitur. Ergo vitiatam esse obligationem, dicendum erit. Hoc, *inquam*, non repugnat: quia regula ista, quâ dicitur, quòd cum aliquid adjicitur, vel detrahitur obligationi, vitiata sit stipulatio, neutiquam procedit in stipulatione, in quâ interrogatio & responsio, quoad quantitatem seu summam, non congruunt: sed solum in stipulatione, in qua, quoad qualitatem responsio ab interrogatione discrepat: ut manifestè patet ex exemplis, *in d. l 1. §. si quis simpliciter.* adductis. Etenim de istâ stipulatione, in quâ de aliâ summâ est responsio, quàm de quâ erat interrogatio, alia subjicitur regula *in d l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat.* Quòd si verò prædicta regula omnino de his quoque stipulationibus, quarum responsio ab interrogatione quoad quantitatem discrepat, intelligi debet: tum non malè respondetur, stipulationem non in totum, sed saltem quoad eam quantitatem, quæ ampliùs erat in responsione, vitiatam esse, cùm obligationi aliquid additur, vel detrahitur, prout declaratio illius regulæ statim subjungitur *in d. §. si stipulanti. 4. Hunn. d. lib. 3. tractat. 5. quæst. 9. in fine.* 24

Non adversatur etiam, quòd stipulatio sit actus individuus. *l. 1. §. 1. l. continuus. 137. in princip. ff. de verb. obligat.* Actus autem individuus pro parte valere, 25

lere,& pro parte non valere,nequit. *l. si ita stipulatio.* 30.*§. ult. ff. de operis libertor.* Et quod individuum est, pro parte adimi,vel pro parte amitti non potest. *l. pro parte.*11.*in fine ff. de servitutib. l. una est.* 18. *ff. de ser-*
26 *vit. præd. rusticor.* Cùm igitur fidejussio per stipulationem contrahatur: videtur dicendum, quòd simili ter pro actu individuo sit habenda; & per consequens partim valere, partim non valere, haud possit. Non adversatur, *inquam*. Etsi enim stipulatio est actus individuus, quoad formam stipulationis, hoc est, interrogationem & responsionem: interim tamen summæ,in stipulationem deductæ, sunt dividuæ & separabiles. *l. 2. §. 1. l. stipulationes non dividuntur.*72 *ff. de*
27 *verbor. obligat.* Neque id adeò mirum est: cum & testamentum quoad ordinationem, sit actus individuus, *argum. l. si iis, qui testamentum.* 25 *ff. qui testam. fac poss. Decius & Cagnol in l. jus nostrum.* 7. *n.* 1 *ff. de reg jur.* & tamen res in eo contentæ divisionem ac separationem patiantur, *tot. tit. ff. de hered. instituend. & tot tit. ff. & Cod. famil. ercisc.*

28 Deniq; nihil refragatur,quòd si de aliâ re stipulator,de aliâ promissor senserit, perinde nulla contrahatur obligatio,ac si ad interrogatum responsum non esset. *d. l continuus* 137. *§. 1. ff. de verb. obligat. §. si de alia.* 22 *sup de inutil stipulat.* Cùm igitur in nostro themate creditor de minore, fidejussor verò de majore summa sentiat: videtur etiam nulla contrahi obligatio: maximè cùm & is omnino non respondeat,qui ad interrogata non respondet. *l. de ætate.* 11. *§. quod autem.* 5. *ff. de interrogat. in jure faciend.* Nihil inquã, refragatur. Quia illud intelligendum est de diversis corporib⁹,quæ vel substantiâ, vel qualitate planè differunt. At si res eadem sit,quamvis in quantitate & summâ ab invicem differat,quam creditor stipulatur, & fidejussor promittit: tunc aliud est dicendum: quoniam in ipsum corpus,sive in eandem rem uterq; consentit: nec opus est hic adeò congruere summam: cùm plus quàm manifestum sit, majori summæ minorem inesse: & semper in summis id, quod min⁹ est,
29 sponderi videatur *l si ita.*12. *d. l. inter* 83. *§. diversa* 3. *& l. si ita stipulatus.*109 *ff. de verb. obligat. l. si ita relictum.* 43. *§. ult. ff. de legat.* 2 *Hering. d. cap.* 24. *numer.* 506. Vide eandem quæstionem ingeniose explicantem Franzkium *exercitat.* 10. *quæst.* 7. *pag* 313. *& seqq.*

30 Porrò cùm ex prædictis constet: fidejussorem in aliud non obligari quàm quod reus principalis ab initio promisit: non inconvenienter quæri solet: utrùm mora rei principalis noceat fidejussori, adeò, ut ad usuras,pœnam, accessiones & interesse ob moram debitoris teneatur? Circa quam quæstionem non ineptè sic distinguitur: ut mora rei sive debitoris principalis noceat quidem fidejussori ad continuandam & perpetuandã obligationem: non verò noceat ad augendam ejusdem obligationem, ut in usuras, vel id quod postea accessit, aut interest, condemnetur; nisi in omnem causam vel eventum fidejusserit. *Prius* distinctionis propositæ membrum, quòd nempe mora
31 principalis obsit & noceat fidejussori ad continuandam & perpetuandam obligationem, (ita, ut licet res debita, quam sua fide esse jusserat fidejussor, interierit; non tamen tali interitu liberetur fidejussor, sed adhuc obstrictus teneatur) evidenter probatur *ex l si servũ.* 91. *§. nunc videamus* 4. *l. cùm filiusfamilias.* 49. *in princ. & §. 1. ff. de verb. obligat. & l si à colono.* 58. *in fine. ff. hoc tit.* Accedit & hæc ratio: quòd, cùm fidejussoris obligatio sit quædam principalis obligationis accessio: ideirco quamdiu non liberatur, sed obligatus permanet principalis, tamdiu etiam duret obligatio fidejussoris. Iam verò certum est; quòd, licèt res pereat casu fortuito: morâ tamen debitoris interveniente, duret ac perstat obligatio ipsius principalis. Ideoque nec fidejussoris obligatio tolletur, aut extinguetur. Ita sentiunt *post alios*, Gœddæus *in* Commentat. *de contrah. & committ. stipulat. cap.* 11. *conclus.* 10. *numer.* 123 *cum seq.* & Hunnius *lib.* 3. *variar. resolut. jur. civ. tract.* 5. *quæst.* 8. *vers. ceterùm ad continuandam. &c. pag.* 1049. Alterum istius distinctionis membrum, quòd videlicet fidejussor ex morâ rei principalis non teneatur in usuras, aliasque accessiones, nisi in omnem causam sese obligarit, sequentibus rationibus confirmatur. I. Quia
32 cùm fidejussio sit strictì juris, & mora etiam pro delicto habeatur, quamvis per se in omittendo consistat, *Gloss. in l si mora.* 9. *in verb. nec facto ff. solut. matrim. Ioban. Bapt. Plotus in tract. de in lit. jurand* §. 11. *nu.* 20. non mirum est, illud, quod ex morâ præstandum venit, non esse in obligatione fidejussoriâ, *argum. l. quicquid adstringenda.* 99. *in princ ff. de verb. obligat.*
33 cùm durum atque iniquum foret, ex facto alterius alterum damnum pati. *l. si ex duobus* 17. *ff. de nexalib. actionib. l. paterfamilias.* 44 *ff. de heredib. instituend. Andr. Rauchbar. part* 2. *quæst.* 7. *n.* 10. II. Quia
34 tritissima juris regula est: quòd mora unicuique sua, & non alii, obesse debeat. *l quod te mihi.* 5. *ff. de reb. credit. si cert. pet. l. si in Asia.* 12. *in fine ff. deposit. l. ratio.* 3. *§ fin. ff. de actionib. empt. l. mora.* 32. *§. quid ergo.* 3. *ff. de usur l. si rem æstimatam.* 14 *ff de jure dot. l. cùm servus.* 39. *§. 1. v. ipsius quoq̃. & l. cùm res.* 47. *in fin. ff. de legat.* 1. *l qui solidum.* 78. *in princip. & §. 2. l si quis servo.* 84 *ff. de legat.* 2. *l. cui fideicommissaria.* 18. *in princ. ff ad senatuscons. Trebellian. l. in condemnatione.* 173. *§* 2. *ff. de reg. jur. & c. mora.* 25. *eod. in* 6. Quare & mora debitoris principalis ipsi,& non fidejussori, nocere debet. III. Huc non parùm confert. *l. fide-*
35 *jussores magistratuum.* 68. *§. 1. ff hoc. t.* cujus in specie quærebatur, utrùm fidejussor non solùm in sortem, quam suâ fide esse jusserat; sed etiam in usuras ob moram à debitore principali commissam, teneretur? Respondet Paulus: fidejussorem non teneri ad usuras: & hujus suæ responsionis hanc rationem affert: quòd se in solacentum annua, adeòque in certam summam, & non in omnem conductionem, vel omnem conductionis causam obligaverit. Ex quo sine ullo negocio colligitur: quòd quoties fidejussor se non in omnem contractùs causam expresse obligat: ad usuras, morâ à principali commissa, non teneatur. IV Ea-
36 dem sententia corroboratur *per l. ult ff. eod.* ubi ad pœnam, in quam propter suam moram vel culpam debitor incidit, fidejussor non tenetur: item *per l. fidejussor.* 10. *Cod. eod. tit.* ex quâ patet, quòd ad hoc, ut

fide-

fidejussor teneatur ad usuras, requiratur, ut nomina-
tim in usuras accipiatur: alioqui simpliciter accept⁹,
37 in sortem duntaxat obligetur. V. Quia cùm effe-
ctus contractûs semper se referat ad tempus contra-
ctæ obligationis, *arg. l. Rutilia. 69. ff. de contrah. empt.*
non videtur fidejussor, simpliciter intercedens in ali-
ud se obligare, quàm intercessionis tempore debeba-
tur. Eo autem tempore nihil præter sortem in obli-
gatiône erat. Ergo in nihil aliud, præterquàm in sor-
tem fidejussor se obligare censetur. *l. per retentionem.
4. & l. pignorib 22. Cod. de usur. l. cùm te. 3. C. ne uxor
38 pro marito. &c.* VI. Firmat hanc conclusionem te-
xtus rotundus *in l. quare. 54. in principio ff. locati.* ubi
semel atq; iterum affirmatur; fidejussorem in usuras
& accessiones ex morâ debitoris teneri, *si in omnem
causam se obligaverit.* Quamobrem si non in o-
mnem contractûs causam se obligaverit expressè fi-
dejussor: propter moram principalis ad accessiones
39 non tenebitur. Conditio enim in formâ specificâ ad-
implenda est: adeò, ut si hoc factum non fuerit, actus
pro non gesto habetur, *argum. l. qui heredi. 44. in
princ. l. Mævius. 55. & l. Titio. 73. ff. de conditionib. &
40 demonstrat.* VII. Accedit quoq; textus *in l. cen-
tum Capuæ 8. ff. de eo, quod certo loco dari oportet.* ubi
41 dicitur, ob moram rei principalis obligationem fide-
jussoris nullo modo augeri, sive pleniorem fieri.
VIII. Stabilit pronunciatum nostrum *l. initio. 5 Cod.
de pact. inter empter. & vend. composit.* ubi cùm Gor-
dianus Imp. rescribat: usuras à debitore, & eo, qui in
omnem causam fidem suam adstrinxerit, exigi posse,
morâ à debitore commissâ: satis hoc ipso significat,
quòd is, qui non in omnem causam sese obligârit,
in usuras non teneatur. IX. Denique decisionem istâ
suis muniunt suffragiis *Iohan. Cerasius lib. 2. miscel-
lan. jur. civ. cap. 12. num. 8. & seqq. Vultejus hic num.
4. cum seqq. Donell. & Duaren. ad l. mora. 88. ff. de
verb. obligat. Valentin. Franc. in tract. de fidejussor.
cap. 5. num. 26. cum seqq. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφα-
νῶν. assert. 92. ed. 1. Treutler. disp. 28. thes. 5. sub lit. A.
volum. 2. Gœddæus d. Comment. de contrah. & com-
mit. stipulat. cap. 11. conclus. 10. n. 123. & seqq. Hunnius
d. lib. 3. var. resolut. tract. 5. quæst. 8. Olemannus ad Gi-
phan. lib. 3. disputat. 27. n. 11. & 12. Arumæus exerci-
tat. Iustin. 13. thes. 16. & in Commentar. de morâ. cap. 8.
n. 16. Paulus Berent disput. 10. ad Institut. them. 2. qu.
4. Anton. Hering. in tract. de fidejussorib. cap. 24. nu.
124. cũ multis seqq. Knipschildt d. exercitat. 7. quæst.
10. pag. 264. & alii.*

42 Huic verissimæ sententiæ primò non obstat. *l.
mora. 88. ff. de verb. obligat.* ubi Paulus simpliciter &
generaliter respondit: *moram rei fidejussori quoque
nocere.* Quamvis enim mora rei principalis noce-
at fidejussori, ad hoc scilicet, ut perpetuetur obliga-
tio: non tamen nocet, ad hoc, ut principalis obliga-
tio augeatur, *d. l. si servum. 91. §. nunc videamus. 4. ff.
de verb. obligat. & d. l. si à colono. 58. in fine. ff. hoc tit.*
Neque probè replicaverit quispiam, nullo modo dici
43 posse, principalis moram fidejussori nocere: cùm jam
ante eam commissam teneatur fidejussor, ita ut non
moræ imputandum sit, si obligatio duret, sed fidejus-
soris consensui, qui obligationi accessit. Rectè nam-
que nihilominus Paulus *in d. l. 88. ff. de verb. oblig.*
dixit, moram rei fidejussori nocere. Siquidem cùm
fidejussor pro Sticho, sicque re certâ, fidejusserat: di-
cendum videbatur, eo mortuo obligationem fidejus-
soris extingui, utpote extincto homine, pro quo fide-
jusserat. Quo non obstante, responsum est, obliga-
tionem fidejussoris manere: quoniam facto suo reus
principalis obligationem perpetuat, ut loquitur idem
Paulus *in. d. l si à colono. 58. §. 1. ff hoc tit.* quod factum
ut obesse, ita nec prodesse debet fidejussori: interim
tamen nocere dicitur, scilicet ne fidejussor liberetur;
sed ipse etiam ad æstimationem Stichi teneatur, ta-
metsi moram non fecerit. *Arumæus d. Commentar.
de mora. cap. 8. num. 16. & Vultejus hic num. 6.*

Secundò non obstat *suprà numer. 38. pro nostrâ* 44
conclusione adducta l. quare. 54. in princ. ff. locati. in
quâ decisionis rationem, ob quam fidejussor ad usu-
ras teneatur, hanc fuisse plerique existimant: quia in
omnem causam fidejussor, bonæ fidei contractui ac-
cedens, se obligasse censeatur: eò quòd usuræ etiam
bonæ fidei contractûs obligatione contineri intelli-
gantur, *argum. §. in bona fidei. 30. infr. de actionib.*
Unde particulam *Si*, in *d. l. 54.* interpretantur pro
quia: in quâ significatione in aliis quoque legibus ist-
hæc particula invenitur, *ut in l videamus. 4. in pr. ff.
de in lit. jurand. l. Titium. 47. §. à matre. 3. vers. si ma-
nent. ff. de administrat. & peric. tutor. l. qui Romæ. 122
§. Agerius. 4. & §. seq. vers si Seja ff. de verb. obligat.*
Deinde idem ex eo probari putant, quòd Paulus *in d.
l. quare.* ait: exemplo coloni usuras à fidejussore
præstari. Atqui exploratum est, colonum post mo-
ram teneri ad usuras, non quidem ipsa promissione
& obligationis necessitate; sed officio judicis, secun-
dùm ejus actionis naturam, cui inservit: ut *ex d. l.
quare. vers. usura enim in bona fidei. ff. locat.* colligi
autumant. Non, *inquam*, lex illa obstat. Quando-
quidem disertè (*uti suprà numer. 38 ostensum*) senten-
tiam nostram corroborat: cùm sub hac conditione
fidejussorem de usuris teneri dicat, *si in omnem cau-
sam sese obligarit.* Ubi particulam *Si*, notam esse ra-
tionis, atque idem, quod *quia* denotare; non verò no- 45
tam esse conditionis, minime admittendum est: pro-
pterea quòd in dubio, in quo nunc versamur, non de-
beat recedi à propriâ verbi significatione, præter-
quàm si manifestissimum sit, legislatorem id voluisse,
vulgatâ l. non aliter 69. in princ ff. de legat. 3. Proin-
de cùm hæc sit genuina & propria particulæ istius *Si*, 46
significatio, ut non rationem, sed conditionem deno-
tet: consequens est, quòd etsi aliàs idem, quòd *quia*
significet: id tamen hoc in loco recipiendum non sit:
maximè cùm interpretationi huic suprà relatæ æqui-
tatis & juris rationes reclament, & perspicuè evincant,
quòd aliter fidejussor in usuras & accessiones non te-
neatur, quàm cùm apertè in omnem causam fide-
jusserit.

Sic nec alterum quicquam ad rem facit, quod *ex d.
l. quare.* eliciunt. Nam, *ut ex ipso contextu clarissi-* 47

mè liquet, non idcirco fidejussor illic exemplo coloni tenetur in usuras, quia officio judicis adstringatur: sed quòd in omnem causam sese obligaverit. Itaq; si non in omnem causam sese obligaverit fidejussor: non tenebitur exemplo coloni in usuras. Nec ibi instituitur comparatio coloni & fidejussoris in genere, sed nominatim & in specie illius fidejussoris, qui in omnem causam se obligavit, *D. Hunn. d. lib. 3. var. resol tr. 5. quæst. 8. vers. nec magni ponderis, &c.*

48 Tertiò non obloquitur *l. si ab uno. 17. ff. ut legator. seu fideicommissor. servand. caus. caveat.* ubi Paulus IC. asserit: si ab uno coheredum eodem legato gravato totum fidejussor datus sit, & postea pars unius vel omnium coheredum accrescat huic, qui fidejussorem dedit: tunc in solidum legatum teneri hunc fidejussorem: licèt ab initio videatur in partem legati fidejussisse. Nam juri accrescendi locus est in coherede adeunte, cæteris deficientibus. Hinc est, ut ab initio hæc fidejussio perinde habeatur, ac si pro toto legato facta esset: quia eventus docet, eum totum legatum retrò debuisse: quod ita est, nisi disertè in partem legati intercessisset. Sed & hanc cautionis interpretationem elicit suadetque favor legatorum ac fideicommissorum: ne legatarius & fideicommissarius sub specie fidei in reliquo decipiatur. Idq; latiùs declarat D. Gœddæus *d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 11. conclus. 10. numer. 141.*

49 Quartò nihil impedit conclusionem nostram, quòd fidejussor rei locum obtineat: ac proinde obligatus sit in usuras easdem, in quas obligatus est reus principalis. *l. potest. 4. in fine ff. hoc tit.* Locum enim rei fidejussor obtinet non in omnibus & singulis, sed in his duntaxat, quæ promisit, non etiam in aliis, de quibus fortè ne cogitatum quidem fuit. Atque hæc interpretatio sumitur ex naturâ fidejussionis: fidejussio siquidem fit per stipulationem. Atqui stipulatio stricti juris est, *ut dictum suprà num. 5.* Ea autem, quæ stricti juris sunt, ad alia non extenduntur, nisi de illis dictum fuerit. *d. l. quicquid adstringendæ. 99. in princ. ff. de verb. obligat.* Quòd si verò tam strictè fidejussorem rei principalis locum obtinere dicamus: hoc absurdum inde sequetur, ut eadem semper sit fidejussoris conditio, eademque obligatio, quæ est rei principalis: quod tamen legibus repugnat, secundùm quas fidejussor in causam etiam leviorem accipi potest, *d. l. Græcè 8. §. illud. 7. & l. seq. ff. hoc tit. & hoc §. nostro. vers. at ex diverso. ibiq; Vulte jus. num. 8.*

50 Quintò non refragatur *l. amissi. 52. §. fidejussores. 2. ff. hoc tit.* ubi Papinianus scribit: fidejussorem à colono datum, teneri etiam ob pecuniam dotis prædiorum: hoc est, ob pecuniam straminum, stercorum, graminum, boum arantium, aratrorum, ligonum, stabulorum, pedamentorum, aliorumque, quæ ad instructionem fundi pertinent. Et subjicit IC. hanc rationem: quòd ea quoque species locationis vinculum ad se trahat. Quocirca etiam ad accessiones fidejussor obligatus videtur, quamvis ad eas sese non obstrinxerit. Lex, inquam, illa non refragatur. Quia certum est: conductorem statim ab initio obligationis contractæ de dotibus prædiorum æquè, atque de ipso prædio custodiendo ac restituendo teneri, uti locator ad præstandum eas obligatur. *l. videamus. 11. §. item prospicere. 2. l. si in lege. 24. §. si domus. 2. ff. locati. l. 2. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrahit.* Quare dici nequit, ex post facto augeri istam obligationem ob moram vel factum rei: cùm ab initio hæc inesset principali obligationi, in quam totam fidejussor fidejussit. *Gœdd. d. cap. 11. numer. 142. Berous. d. disput. 10. them 2. quæst. 4. vers. quintò non obstat. &c.*

Sextò nil quoque officit *l. 2. §. fin. cum l. seq. ff. qui satisdare cogantur.* ubi traditur; eum, qui judicio sisti promisit, teneri non in id, quod veritatem côtinet, sed quantum reverà in judicium deductû est, nisi in certam quantitatem fidejussisset: adeò, ut si actio fuerit in duplum vel quadruplum sit, vel vi bonorum raptorum: fidejussor etiam tanti sit obligatus. *Etenim* ex ipsis legum prædictarum verbis clarescit: quod ibi mora principalis & ex post-facto, obligatio nec principalis, nec fidejussoris augeatur: sed ea summa, in quam fidejussor teneri dicitur, reverâ in obligatione & actione priùs fuerit, eaque petita, & in judicium deducta sit. *Hunn. d. lib. 3. tract. 5. quæst. 8. pag. 1047. in fine.* 51

Septimò nihil obest sententiæ nostræ *l. si quis pro eo. 56. §. nummos. 2. ff. hoc tit.* ubi expressum est, fidejussorem non obligari, qui acceptus est in eam pecuniam mutuò datam, cujus creditor dominus non erat, nisi secutâ consumptione: quia videtur in omnē causam acceptus, quæ ex eâ numeratione nasci potest. *In ea* namque lege non agitur de obligatione accessoriâ, quæ ex accidenti propter moram, aut culpam debitoris enascitur; sed de eâ, quæ principaliter venit ex re, super quâ facta est intercessio, & ita respicit principalem obligationem. Erat quippe data aliena pecunia, in quâ mutuum non consistit: & ideo nec fidejussor teneri videtur, qui in causam mutui acceptus est. Verùm quia in omnem causam ab initio acceptus censetur; ideirco, consumptis nummis, tenetur, quâvis aliâ ex causa ii condicantur. *Qua de re latè Petrus Augustin. Morla part 1. emporii jur. tit. 8. in præmissis. num. 19. & seqq. Huc q; pertinent, quæ annotavimus suprà ad princip. tit. quib. mod. re contrahit. obligat. numer. 22.* 52

Octavò nos non moverit *l. si postea. 10. ff. rem. pupilli salvam fore.* ubi Africanus apertissimè scribit: fidejussores teneri ex mora tutoris, rem pupilli salvam fore promittentis, in fructus & usuras, tametsi non in omnem causam fidejubendo se expressè obligârint. *Nam* hoc speciali pupillorum favore indultum est contra fidejussores tutorum, ut ad omnes accessiones ex morâ rei teneantur. *l. etiam. 3. l. si cum fidejussoribus. 5. & l. penult. ff. de fidejussorib. tutor.* quemadmodum & multa alia singularia in gratiam pupillorum à legislatoribus sunt constituta. *l. cum ostendimus. 4. §. ultim. ff. d. tit.* quæ ad consequentias porrigi & produci non debent. *l. quod verò. 14. ff. de legib. l. quod contra. 141. ff. de reg. jur. Coras. d. lib. 2. miscell. jur. civil. cap. 12. numer. 11.* Vel potiùs respondendum est: illud ideo fieri, quòd fidejussores in omnem causam actionis tutelæ intervenerint. Quicunque 53 54

cùque enim actionis tutelæ alicujus nomine intercedit: in omnem causam, & quidquid sententiâ judicis accedere potest, tacite ex naturâ stipulationis, rem pupilli salvam fore, intercedere intelligitur: nisi taxationem certam fidejussioni apposuerit. *Cujac. ad African. tract. 3. pag. mihi. 67. & 68. Gœddaus d. cap. 11. numer. 145. Hering d. tract. de fidejussor. cap. 24. num. 154. & seq.*

55 Nonò nihil negocii nobis facit *d. l. fidejussores. 68. §. 1. ff. hoc tit.* ubi traditur; fidejussorem ideo fisco obligatum non esse ad usuras, quia in certam summam fidejusserit, & non in omnem causam. Ex quo inferri videtur argumento à contrario sensu, quod in jure est fortissimum. *l. 1. § hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict.* quòd si non in certam summam, sed simpliciter fidejussisset, in usuras

56 teneretur: quia in omnem causam intercessisse videretur. *Primò* enim respondetur: argumentum à contrario sensu non procedere, nec vim concludendi ullam habere contra expressos textus, & contra rationem juris, *per notata Everhardi à Midelburg. in loc. suis legalib. loc. à contrario sensu. numer. 4.* Atqui non solùm expressi textus, sed & ratio juris æquitatisque suadent, ex solâ principalis morâ obligationem fidejussoriam non augeri; nec in accessiones teneri fidejussorem, morâ à principali commissâ, nisi apertè in omnem causam sese obligaverit. *Deinde* argumentum à contrario sensu sic, ut factum est, non rectè *ex d. l. 68. §. 1. ff. hoc tit.* ducitur; sed hoc modo concludendum erat: Fidejussor non tenetur ex principalis morâ in usuras, quia non in omnem causam, sed in certam summam fidejussit. Ergo quando non in summam certam, sed in omnem causam fidejussit: tenetur non modò in sortem, sed etiam in usuras & accessiones. *D. Hunn. d. quæstion. 8. vers. ad septimam respondeo, &c.*

57 Decimò nullum obstaculum præbet *l. 2. §. penult. ff. de administ. rer. ad civitates pertinentium.* ubi qui pro conductore publicorum vectigalium fidejussit, & simpliciter acceptus est, etiam in usuras convenitur. *Illud* enim jus singulare est conductorum publicorum vectigalium: ut fidejussores conductorum vectigalium in omnem causam teneantur. Nam & in conductione vectigalium multa specialia sunt recepta, *argum. l. si quis. 3. § 1. ff. ad senatusconsf. Macedon. Broncherst. d. cent. 2. quæst. 92. vers. secundò opponitur, &c. edit. 1.*

58 Vndecimò non infringit assertionem nostram *l. si quis solutioni. 24. §. 1. ff. de usuris.* ubi Paulus simpliciter ait: *cùm reus moram facit, & fidejussor tenetur.* Aut enim iste §. explicandus est secundùm distinctionem ejusdem Pauli *in d. l. quæro. 54. ff. locati.* ita, ut si fidejussor in omnem causam fidejusserit, etiam ex morâ debitoris teneatur. Aut dicendum: quòd per morâ rei fidejussoris obligatio non quidem augeatur: interim tamen etiam non minuatur, sed perpetuetur, *præallegata l. si servum. 91. §. nunc videamus. 4. ff. de verb. obligat. d. l. si à colono. 58 §. 1. ff. hoc tit. Donell. in tract. de mora. cap. 2. vers. ne quisquam iniquum, &c.*

Hondedaus consultat. 50. vol. 1. part. 3. numer. 8. & 34. Hering. d. cap. 24. numer. 158.

Duodecimò & ultimò nullius prorsus momenti est, quod objicitur, indefinitam elocutionem sive propositionem universali æquipollere, *argum. l. si necessarias. 8. §. si annua. 3. ff. de pigneratit. act. l. si pluribus. 44. ff. de legat. 2.* & consequenter eum, qui in causam alicujus contractûs se fidejubendo obligavit, in omnẽ contractûs causâ sese obligasse intelligi. *Nam respondetur:* indefinitam propositionem æquipollere universali interdum, non verò semper: tunc videlicet, cùm prædicatum inest toti subjecto. Atqui prædicatum istud, *obligari in usuras ex morâ principalis,* non inest omni, nec toti subjecto: cùm is demum fidejussor in usuras teneatur, qui omnem in causam sese obligavit, *juribus suprà allegatis. Hunnius d. quæst. 8. v. ad ultim. &c.* Præterea vulgaris illa regula tantùm obtinet in materiâ favorabili. *l. si quis ita. 16. §. 1. ff. de testamentar. tutel.* non etiam in odiosa. *l. 2. ff. de liber. & posthum. heredib. instituend. Ceraf. d. lib. 2. Miscellan. jur. civ. cap. 12. num. 10.* Quapropter cùm simus in materiâ odiosissimâ perperam illa regula objectatur: atq; ita tandem, contrariis plerisq; remotis, firmiter concluditur: moram rei principalis fidejussori nequaquam nocere, quo ad augendam obligationem: eo casu excepto, quo in omnem causam fidejussor sese obligârit. 59

At quid statuendum, si solus fidejussor, & non etiam principalis, moram committat? nunquid ex hac morâ suâ ad accessiones, hoc est, usuras & fructus tenebitur? Teneri, liquidissimè apparet *ex l. cùm filiusfamiliat. 49 in princ. vers. at si pater. & l si pupillus 127. in fine. ff. de verbor. obligat.* Hujusque sententiæ ratio est perspicua: quòd cùm unicuique moratori sua mora obesse, nec alteri nocere debeat. *l. is condemnatione. 173. §. 2. ff de reg. jur. cap. mora. 25. eodem tit. in 6. & multa legibus similibus suprà cumulatis. numer 34.* idcirco & fidejussori, qui ab istâ regulâ nullibi exceptus reperitur, sua mora nocebit. Et quamvis summo jure nõ teneatur fidejussor: cùm secundùm naturam sit, ut obligatione & causa principali, interitu rei debitæ sublatâ, liberentur ac tollantur accessiones. *l. in omnib. 43 ff de solut. l. si fidejussor. 19. ff. de dolo.* ex legis tamen sententiâ tenetur. Etsi enim principalis obligatio sublata sit: accessoriam tamen obligationem adversus fidejussorem retineri hoc casu, æquum est: eò quòd non conveniat, fidejussorem suo facto obligationem tollere, sicque ex suo delicto meliorem conditionem suam facere. *l. si servum. 91. §. nunc videamus. 4 ff. de verb. obligat.* Hinc etiam utilis tantùm actio adversus fidejussorem datur ob ipsius moram: quoniam non ipso jure, sed sententiâ solum legis tenetur. *Donell. in d. l. cùm filiusfamilias 49. in princ. ff. de verb. obligat. Andr. Kohl. in exercitat. legal. exercitat. 10. num. 21. pag. 143. Hunnius d. lib. 3 var. resolut. jur. civ. tract. 5. q. 7 Hering d. tract. de fidejussorib. cap. 24 n. 161. & seqq.* 60 61

Neque evertit hanc sententiam, quòd fidejussor ab initio in duriorem causam obligari non possit, & ut plus debeat, quàm principalis, *hoc §. nostro.* Nã semel 62

mel in eandem rem & causam obligatus, eventu ex morâ & facto suo ita obstringi potest, ut amplius teneatur præstare, quàm ipse reus principalis. Nec hoc tam ex conventione & obligatione fidejussoriâ, quàm ex propriâ fidejussoris morâ, quæ auget obligationem, descendit. *Hunn. d. q. 7. in fine.*

§. Si quid autem. 6.

Si quid autem fidejussor pro reo solverit: ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

SVMMARIA.

1 *Quicquid fidejussor pro reo principali solvit, actione mandati contrariâ repetere potest.*
2 *Nemini officium suum debet esse damnosum.*
3 *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.*
4 *Pro absente & ignorante fidejubens, negociorum gestorum actionem habet.*
5 *Prædictis actionibus quid petatur.*
6 *Num confessio creditoris, contenta in instrumento, de solutâ à fidejussore pecuniâ, ita probet factam solutionem, ut fidejussor præfatas actiones contra debitorem exercere possit.*
7 *Quibus casibus fidejussor ante factam solutionem, contra debitorem, rectè ad liberationem agat.*
8 *Primus casus est, si reus principalis nimis diu solutionem protraxerit.*
9 *Secundus est, si debitor post fidejussionem in prodigalitatem inciderit.*
10 *Tertius est, si fidejussor, uti solvat, judicis sententiâ condemnatus fuerit.*
11 *Quod parùm distat, nihil distare videtur.*
12 *Quartus casus est, si fidejussor ob moram rei principalis incarceratus fuerit.*
13 *Quintus, si inter contrahentes convenerit, ut fidejussor ante solutionem ad liberationem agere possit.*
14 *Contractus legem ex conventione accipiunt.*
15 *Sextus est, si fidejussor pecuniam, in obligationem deductam, in judicio obtulerit.*
16 *Septimus, si fidejussor creditori debitorem alium, quamvis minùs idoneum, delegaverit.*
17 *Octavus, si fidejussor cum creditore debitum compensaverit.*
18 *Compensatio instar solutionis est.*
19 *Nonus est, si fidejussor à creditore per acceptilationem liberatus fuerit.*
20 *Acceptilatio vice solutionis habetur.*
21 *Decimus casus est, si fidejussor peregrè vellet proficisci, & diu absfuturus esset.*
22 *Undecimus est, si quis alterius negocia gesserit, seq; eo nomine obligaverit.*
23 *Duodecimus & ultimus casus, si inimicitiæ capitales inter fidejussorem & debitorem fuerint exortæ, culpâ ipsius debitoris.*
24 *Ubi eadem ratio, ibi eadem debet esse juris dispositio.*
25 *Consideratio l. Lucius. 35. ff. mandati. & l. si pro ea. 10. C. eod.*
26 *Pro inimico quis solvere non cogitur.*
27 *An si terminum solutionis creditor debitori principali prorogaverit, per hoc fidejussor liberetur.*
28 *Fidejussor simpliciter datus, ad omnem causam & casum obligari intelligitur.*
29 *Quatenus tempus non sit modus inducendæ & tollendæ obligationis.*
30 *Quid in usuris, pœnis, & aliis pensionibus receptum.*
31 *Iure Saxonico per prorogationem termini fidejussor indistinctè non liberatur.*
32 *Quibus aliis casibus etiam ante solutionem fidejussor contra debitorem, pro exoneratione, agere possit, remissivè.*

1 Qvicquid fidejussor pro reo principali solvit aut expendit, actione mandati contrariâ repetere potest, *hoc §. nostro. l. idemq; 10. § fidejussores. 11. l. rogatus. 33. l. qui fide alterius. 53 ff. mandati. l. si fidejuss. 6. Cod. eod.* Ratio manifesta est: tum quia cùm nemini 2
officium suum damnosum esse debeat. *l. sed si quis. 7. ff. testamenta quemad. aperiant. l. si servus. 61. §. quod verè. 5. ff. de furt. l. absentia. 140 ff. de reg. jur. l. videlicet. 29. ff. ex quib. caus. majores, &c.* æquitati perconsentaneum est, fidejussori de indemnitate actionem dari contra debitorem sive reum principalem: alioquin dispendium quis pateretur, unde videtur potiùs præmium meruisse. *cap. 2. ext. hoc tit.* Tum quia 3
semper qui non prohibet pro se intervenire, aut solvere, mandare creditur. *l. indebitam. 47. ff. de condict. indebit. l. semper. 60. ff. de reg. jur.* Quod quidem verum est; si quis pro præsente, vel alias sciente ac patiente fidejusserit. *l si remunerandi. 6. §. si passus. 2. l. qui patitur. 18. ff. mandati d. l. si fidejussor. 6. Cod. eod. tit.* Nam pro absente & ignorante fidejubens, non 4
mandati, sed negociorum gestorum actionem habet: siquidem mandati actio ei competere nequit, cùm mandatum nullum antecesserit. *l. ex mandato. 20. §. 1. & d. l. qui fide. 53. ff. mandat. l. 1. l. 2. & tot. tit. ff. de negoc. gest.* Cæterùm si pro præsente & vetante quis intercesserit; nec mandati, nec negociorum gestorum actionem competere, Paulus respondit. *l. si pro te. 40. ff. mandat.* Idemque rescripsit Justinianus. *l fin. C. de negoc. gest. Et hoc verbosius explicat Hunnius in resolut. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 5. lit. G. pag 200. & seq.* Istis autem actionibus non tantùm principale de- 5
bitum; sed omne etiam damnum, expensas & interesse fidejussor repetit & consequitur. *d. c. 2. ex hoc t. l. si quis alicui. 27. § impendia 4. ff. mandati. Angel. de Clavas. in summa suâ. verb. fidejussor. nu. 15. Bertazol. in tract. clausul. instrum. clausul. 43. Gloss. 1. n. 1. & Gloss. 2. n. 1. Robert. Lancellot. de attentat. part. 2. c. 20. limitat. 6. num. 11. Franc. in tract. de fidejussorib. c. 1. n. 508. cum seqq. Hering. eod. tract. cap. 26. n. 60. & seqq.* Quin & prædictæ actiones fidejussori competunt, quamvis sine judicio (id est, extra judicium interpellatus à creditore) solverit. *d. l. idemq; 10. §. fidejussores. 11. ff. mandat. d. l. si fidejussor. 6. Cod. d. tit.* dummodò defensiones etiam reo competentes (nam & his fidejussor uti potest. *l. ex persona 32. ff hoc tit.*) non omiserit. *l. si fidejussor. 31. ff. hoc tit.* Sed num confes- 6
sio creditoris, contenta in instrumento publico vel privato, de solutâ à fidejussore pecuniâ, ita probet factam solutionem, ut fidejussor præfatas actiones contra debitorem exercere possit, controvertitur? Et quòd non sufficiat talis confessio, sed oporteat, quòd fidejussor probet verè & realiter se solvisse, concludit Bartolus *n. 3.* & Fulgosius *in l. in duobus. 28. § 1. ff. de jurejurand.* Rom. *in l. prædia. 48 ff. de acquir. vel amitt. possess.* Angel. de Perus. *in l. Vranius Antoninus. 71. §. fin. ff. hoc tit.* Verùm contrarium verius videtur, *argumento l. Publica Mævia. 26. §. fin. ff deposit. l. qui debiterem. 18. ff. hoc t. & l. in contractibus. 14. §. super cæteris. 2. Cod. de non num. pecun.* Idque tenent *Paulus de Castro, Salicet. Alexand. & Iasen. in d. l. in duobus. 28 §. 1. ff. de jurejurand. eosq; cum aliis citans Gomezius tom. 2. variarum resolut. cap. 13 numer. 13.*

Qui-

Quibus adstipulantur. *Hippolytus de Marsil. in rubr. de fidejussorib. n. 265 D. Bocerus clas. 2. Disp. 16. thes. 41. & Heringius d. tract. de fidejussorib. c. 20. n. 48. & seq.*
7 Etsi verò regulariter ante solutionem fidejussor
mandati actione, adversus debitorem, ut obligatione
fidejussoria liberetur, experiri nequit. *l. heredem. 14. in
princ. l. si mandavero. 22. in princ. & §. 1. l. fidejussor.
51 ff. mandat. & hoc §. nostro. ibi, pro reo solverit. Do-
nell. lib. 13. Commentar. de jur. civ. cap. 13.* reperiuntur
tamen nonnulli in jure casus, quibus fidejussor ante fa-
ctam solutionem, contra debitorem, rectè ad liberatio-
nem agit. *Primus est*: si reus sive debitor principalis
nimis diu solutionem protraxerit. *l. Lucius. 38. §. 1. ff.
mandati. c. ult. ubi Canonistæ. extra, hoc tit. Martin.
Bonacina in tract. de contractib. & restit. disp. 3. quæst.*
8 *9. puncto 1. num. 10. pag. 626.* Neque enim fidejussio
perpetua esse debet: ne semper solutionis sit pertime-
scendum periculum. *l. si mora. 9 ibiq; Zasius mult. no-
tab. ff. solut. matrimon.* & omni momento in ancipiti
quis fluctuare cogatur. *l. si is, à quo. 3. in fin. ff. ut in
possess. legator. vel fideicommiss. servandor. caus. esse
liceat.* Diu autem videtur esse, cùm decennium est e-
lapsum, *arg. l. si, cùm fideicommissa. 16. §. Aristo. 3. &
inibi Gloss. in verb. decennio. ff. qui & à quib. manu-
missi, liberi non fiunt. Donell. d. loco.* Quanquam id
arbitrio judicis ponderandum, alii rectiùs existiment.
*l. 1. §. fin. ff. de jur. deliber. Gloss. & Panormitan. in d. c.
ult. in fin. hoc tit. Angel. de Perus. Alboric. de Rosat. O-
dofredus, & cæteri in d. l. Lucius. 38. § 1. ff. mandati.
Schneidevvin. num. 4. Mynsinger. num. 5. & Hegius
num. 6. in hoc §. nostro, Cyrillus Fulgeonius in sum.
crim. rubr. de fidejussorib. § 4. num. 4. ad fin. Gail. lib.
2. observ. 29. num. 6. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap.
13. num. 10. Menoch. de arbitr. judic. quæst. lib. 2. cent.
1. cas. 41. num. 3. Coler. de process. execut. part. 1. cap.
10. n. 319 D. Marta Tom. 3. Digestorum novissimorum.
tit. fidejussor. cap. 32 fol. 176. & cap. 40. fol. 177. Fran-
cus d. tractatu, de fidejussorib. cap. 5. n. 560. & sequen-
te, aliiq; plures, per eum citati.*
9 Secundus casus est: si debitor post fidejussionem
ita in prodigalitatem inciderit, ut facilè omnibus bo-
nis exinde labi possit. *d. l. Lucius. 38. §. 1. ff. mandati. l. si
pro ea. 10. ubi Sichard. n. 8. Cod. eod. d. l. ult. ext. hoc tit.
Chassanæus in consuetud. Burg. rubr. 5. §. 2. numer. 26.
Gail. d. observ. 29. n. 9. Hering. d. tract. de fidejuss. cap.
25. n. 16. & 59.* Nam & eo casu tempestivè fidejussor
sibi vigilare, & antequam creditori satisfecerit, debi-
torem convenire potest: ne mora in suam ipsius per-
niciem redundet. *l. pupillus. 24. ff. quæ in fraudem cre-
ditorum, &c.* suumq; officium sibi damnosum exi-
stat, *contra d. l. sed si quis. 7. ff. testam. quemad. aperi-
ant. & similes supra allegatas, n. 2.* Illudq; pulchrè de-
clarat *Francus d. cap. 5. num. 568. & aliquot subseqq.*
10 Tertius casus est: si fidejussor, ut solvat, judicis
sententiâ condemnatus fuerit. *d. l. si pro ea. 10 C. man-
dati d. cap. ultim. ext. hoc tit. Rittershus. & Heigius
hic num. 7.* Statim enim post factam condemnatio-
nem, mandati actionem adversus debitorem exercere
potest: etiamsi nondum creditori, cui condemna-
tus est, satisfecerit: eâque actione consequitur, ut de-
bitor pro ipso solvere cogatur. *l. si mandatu meo. 45.
§. sed si mandavero. 4. ff. mandati. l. si fidejussor. 6.
Cod. d. tit.* Et ratio ejus non obscura est: quia cùm
adversus hunc fidejussorem, qui condemnatus est,
parata sit in continenti executio, *l. 1. & 2. Cod. de exe-
cut. rei judicat.* res eo loco habetur, ac si jam solvis-
set. Quod etenim parùm distat, nihil distare videtur. 11
*arg. l. 1. §. 1. ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de testam.
milit. & l. qui pœna. 8. §. divus. 2. ff. de manumis-
sionib.*
Quartus casus est: si fidejussor ob moram rei 12
principalis in carcerem detrusus fuerit. Nam licet
ille nondum solverit: se tamen & obligatione & car-
cere liberari, damnumque inde acceptum resarciri,
petere non prohibetur; *sicuti docent Baldus in cap.
ex rescripto. in fin. de jurejur. & in l. 2. numer. 6. Cod.
mandati. Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejusso-
rib. num. 216. Coler. d. cap. 10. part. 1. num. 323. eosq;
laudans Francus d. cap. 5. num. 589.*
Quintus casus est: si inter contrahentes, ut ante 13
solutionem fidejussor ad liberationem agere possit,
convenerit. *d. l. si pro ea. 10. C. mandat.* Quæ conven- 14
tio rata est: siquidem contractus legem ex conven-
tione accipiunt. *l. 1. §. si convenit. ff. depos. l. contra-
ctus. 23. ff. de reg. jur. Schneidevvin. hic nu. 4. Gail. d.
lib. 2. observat. 29. n. 14.* De prædictis casibus videatur
quoque D. Besoldus *in delibatis juris ex lib. 46. Di-
gestor. quæst. 1. pag. 171. & seq.*
Sextus casus est: si fidejussor pecuniam, in obliga- 15
tionem deductam, in judicio obtulerit, consignaverit,
& penes judicem deposuerit: quo casu fidejussor
confestim mandati experiri & agere potest. *l. qui mu-
tuam. 56. §. 1. ff. mandati l. fidejussor. 64. ff. hoc tit.* Ta-
lis enim depositio solutioni æquiparatur, ac fidejusso-
rem obligatione liberat. *l. obsignatione. 9. C. de solutio-
nib. & liberat. l. acceptam. 19 Cod. de usur. Coras. in l.
frater à fratre. 38. §. quæsitum. 1. n. 39 ff. de condict. in-
debit. Mynsinger. hic n. 4. Hering. d. tract. de fidejussor.
cap. 20 §. 1. n. 34. & cap. 25. n. 23.*
Septimus est casus: si fidejussor creditori debito- 16
rem alium, quamvis minùs idoneum, delegaverit. *l.
inter causas. 26. § abesse. 2. ff. mandati.* Nam & qui
delegat, solvere intelligitur: unde statim mandati a-
ctionem intentare potest. *l. qui debitorem. 18. ff. hoc
tit. l. quamvis. 8 § interdum 3 ff ad SC. Vellejan. l. 2.
C. de novationib. Francus d. cap. 5. n. 593.*
Octavus casus est: si fidejussor cum creditore debi- 17
tum compensaverit: id quod ipsi licitum est. *l. si quid
5 ff. de compensationib.* quia satius est, potius non sol-
vere, quàm solutum repetere. *l. 3. ff. d. tit.* Et cùm com- 18
pensatio instar solutionis sit. *l. si debitor. 4 ff. qui po-
tior. in pign. vel hypoth. hab.* ideo rectè fidejussor con-
tra debitorem mandati actionem exercebit, *argum. l.
amplius, 15. ff. rem ratam haberi. Franc. d. c. 5. n. 594.*
Nonus casus est: si fidejussor à creditore per acce- 19
ptilationem, remunerandi causa liberatus fuerit: hoc
est, si creditor ait, se acceptum habere id, pro quo fide-
jussor intercesseras, licèt nihil solutum sit. *l. 1 ff de ac-
ceptilat.* Nam & hic fidejussori actio competit, per- 20
inde ac si solvisset: cùm acceptilatio vice solutionis

 habea-

habeatur. *d. l. idemq. 10. §. fin. ff. mandat. Ceraf. in d. l. frater à fratre. 38. §. quæsitum. num. 41. ff. de condict. indebit. Francus d. cap. 5. num. 595. Hering. d. cap. 25. numer. 26.*

21 Decimus est casus: si fidejussor peregrè vellet proficisci, & diu absuturus esset; veluti, si Studiosus, qui pro alio fidejussit, ab una Universitate ad aliam abire cuperet, posset petere, ut fidejussione eximeretur, *arg. l. filiusfamilias. 8. §. fin. & l. aut longa peregrinatio. 23. ff. de procuratorib. l. licèt. 15. ibi, vel profectio urgens ff. de recept. qui arbitrium, &c. l. si longius. 18. in princ. ibi, vel necessaria profectione. ff. de judic. Panormitan. in d. c. ult. n. 4. ext. hoc tit. Gail. d. observ. 29. num. 15. lib. 2. Costal. ad d. l. Lucius 38. ff. mandati. Angel. & Schneidevvin. in hoc. § n. 4. Marsilius in d. rubr. de fidejussorib. n. 216. Socin. reg. 147. n. 5.*

22 Undecimus casus est: si quis alterius negocia gesserit, seque eo nomine obligaverit, antequam solvat, agere poterit, *l. si quis mandatu. 28. & ibi Costal. in princ. ff. de negoc. gest.* Ut & procurator, rem emeos domino, antequam precium dederit, convenire dominum, ut ipse precium expendat, non prohibetur, *per notata Ludovici Romani, in l. facere posse. 28. ff. solut. matrim. Hippolyt. de Marsil. d. rubr. nu. 226. & Franci. d. cap. 5. n. 600. & seq.*

23 Duodecimus & ultimus casus est: si inimicitiæ capitales inter fidejussorem & debitorem fuerint exortæ, culpâ ipsius debitoris. Nam & hoc casu fidejussor, ante solutam à se pecuniam, fidejussioni renunciare, atque ad liberationem agere contra debitorem poterit. *Lud. Rom. in d. l. facere posse 28. ff. solut. matrim. Marsilius d. rubr. num. 216. Francus d. cap. 5. numer. 599. Hering. d. cap. 20. Vide infr. fol. 5. d. cap. 20. §. 32. num. 9. & d. cap. 25. num. 30.* Et hanc sententiam veritati conformem esse, facilè evinci potest *ex prallegata l. si pro eâ 10. C. mandati*, ubi Impp. Diocletianus & Maximianus rescribunt: fidejussorem etiam ante solutionem convenire posse debitorem, si bona dilapidare sua incipiat: additâ hac ratione: quia hic fidejussor, justam metuendi causam habet: ne detrimentum ex debitoris sui facto patiatur. Quæ fæneratio in nostro quoque casu locum sibi vendicat, quo fidejussor, cujus capitalis inimicus est debitor, etiam justissimè metuit; ne ex fraude debitoris sui damno aliquo afficiatur. Proinde meritò huic fidejussori mandati actio ante solutionem accommoda-

24 tur. Ubi namq; eadem est ratio, ibi eadem debet esse juris dispositio. *argum. l. quædam sunt. 9. §. nummularios. ff. de edendo. l. si putator. 31. ff. ad leg. Aquil. & similium.*

25 Huic sententiæ non reluctatur *d. l. Lucius. 38. ff. mandati. & d. l. si pro ea. 10. C. eod.* ex quibus legibus quidam dissentientes hanc extruunt ratiocinationem: Cuicunq; certis in causis actio conceditur: eadem in cæteris causis omnibus denegata videtur, *argum. l. maritus. 21. Cod. de procuratorib.* Sed in legibus jam allatis certæ referuntur causæ, quibus fidejussori ante solutionem præstitam experiri actione mandati permittitur: neque capitales inimicitiæ illis annumeratæ inveniuntur. Ergo capitalibus inimicitiis interveni-entibus, ante solutionem adversus debitorem fidejussor eo nomine, ut liberetur, mandati agere nequit. Non, *inquam*, hæc ratiocinatio nostræ sententiæ reluctatur. Etenim falsum est, quod astruitur, in adductis legibus capitalem inimicitiam non inveniri, aut contineri. Satis quippe expressè illa continetur *in d. l. si pro ea. 10. C. mandati.* in quâ fidejussori indulgendam esse mandati actionem, quando justam metuendi causam habet, evidenter deciditur. Eòdem non pa-

26 rùm facit *l. sanè. 23. ff. mandati.* ex quâ apparet, quod quis pro inimico solvere non cogatur: & consequenter liberari debeat. *Paul. Beroni disp. 10. ad last. thema 2. quæst. 7. ad fin.* Adde Davidem Döringium *in Bibliothecâ iurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio mandati. num. 12. fol. 382. ubi septendecim casus recenset, quibus actio mandati etiam ante solutionem fidejusso-*

27 *ri competit.* Illa quæstio mitum in modum exagitari solet: an, si terminus solutionis debitori principali prorogatus à creditore fuerit, fidejussor per hoc liberetur? Et inter varias opiniones, quarum septem commemorat Matthias Berlichius *part. 2. conclusionum practicab. conclus. 25.* mihi ultima, quam & ipse *num. 18. in fine pag. 562.* verissimam esse putat, non displicet, quâ ita distinguitur: Aut fidejussor simpliciter absq; certi temporis expressione datus est: aut ad certum & definitum dunraxat tempus se obligavit. Prio-

28 ri casu fidejussor per prorogationem termini, se inscio & ignorante factam, non liberatur: quia fidejussor simpliciter datus, ad omnem causam & casum obligari intelligitur, donec creditori plenè satisfactum fuerit *l. quare. 54. ff. locati. l. si quis pro eo. 56. § si nummos. 2. ff. hoc tit.* Posteriori vero casu liberatur fidejussor. Etsi enim tempus non est modus inducendæ &

29 finiendæ obligationis, *l. obligationum. 44. §. 1. ff. de obligat. & actionib.* hoc tamen non procedit, si inter contrahentes aliter conveniat; aut nisi tempus limitandæ vel tollendæ obligationis causa expressum fuerit. *l. qui hoc anno. 42. ff. de verb. oblig. Rum. consil. 82. num. 3 vel. 1. Ranchb part. 2. quæst. 23. num. 7. vers. respondeo, illud procedere, &c.* Hoc autem in casu tempus eâ intentione esse adjectum, certum est. Atq; hanc distinctionem in terminis tradunt *Hostiens. in c. constitutis. 3. ext. hoc tit. Iason. in l. lecta. 40. ff. de reb. credit. si cert. pet. num. 9. & seq. Anton. Tessaurus decis. Pedement. 125. Gail. lib. 2. observ. 30. n. 11. cum seq. Mynsinger cent. 6. observ. 53. num. 3. & seq. Hartman. Hartmanni lib. 2. obs. 1. de fidejussor. 30. observ. n. 4. & seqq. Fachineus lib. 2. controversiar. jur. c. 88. Bald. in l. si nnus. 27. §. si cum reo. 1. in secundâ lectura. num. 3. ff. de pact. Felin. in c. de causis. 4. ext. de offic. & potest. judic. deleg. num. 3. & in c. ad aures. 24. num. 2. ext. de simonia. Hippolyt. de Marsil. in repetitione rubr. ff. de fidejuss. num. 89. hosq. omnes referens Berlichius loco antè designato.* Quibus adjiciantur *Petrus Heig. in § fidejussor non tantum. 2. nu. 7. cum seq. suprà hoc tit. Gravetta lib. 2. conclus 30. consid. 3. Coler decis. 30. num. 2. cum seq. citans Plebst. disp. nov-antiq. 2. th. 64. lit. b. item Vngepaur. exercit. Instin. 31. quæst. 6. pag. 419. & seqq. edit. ult. & Knipschildt exercitat. Acad. 7 quæst. 9. pag. 263. & seq.* Ver- 30

nota-

untamen isthæc assertio declarationem recipit in usuris, pœnis, & aliis pensionibus seu debitis, quæ ex præteritis annis exigibilia fuerunt. puta si quis pro aliquo non tantùm quoad sortem, sed etiam quoad usuras, vel pro conductore quodam ad aliquod certum tempus fidejussit, & elapso hoc tempore, tempus solutionis vel locationis debitori prorogabatur. Hoc sanè casu fidejussor, illo certo tempore elapso, liberatur quidē quoad sortem principalem, vel pensiones locationis in futuros annos: ratione autem usurarum & interesse, quæ pro præteritis annis debentur, & exigibilia sunt, item ratione pensionum præteritorum annorū non liberatur, sed nihilominus obligatus manet, *per textū apertum in l. si, cum Hermes. 7 Cod. de locato. Alex. consf. 72. num 4. & seq vol. 6. Valent. Franc. in tractat. de fidejussorib. cap. 6. num. 62 & seqq. Hering. tract. eod. cap. 20. §. 12. num. 4. cum seqq. Celerus de process. execut part. 1. cap. 10. nu. 346. & seq Rauchbar. part. 6. quest. 23 num. 11. & 16. Domin Cardinal. Tuschus tom. 3. practic. conclus. lit. F. conclus. 317. num. 10. & seqq. ibiq. laudans Berlich. d. part. 2. conclus. 25. nu. 19.*

31 Enimverò jure hodierno Saxon. constitutum est, ut fidejussor per prorogationem termini indistinctè non liberetur: sed nihilominus obligatus remaneat. *Novell. Elector. Augusti. part. 2 const. 19. ubi Daniel Moller. num. 3 & seq. & lib. 1. semestr. cap 17. Beust. ad l. admonendi. 31 ff. de jurejur. nu. 341. Hering. d. cap. 20. §. 12. nu. 17. 25. & seq. Berlich. d. conclus. 25 num. 21. & seqq. ubi hujus constitutionis Saxonicæ duas notabiles limitationes subjicit.* De prædictis videatur quoque Valentinus Riemer. *decad. 10. quest. illustr. 4. & 5.*

32 Porrò plures casus, quibus etiam ante solutionem fidejussor contra debitorē, pro exoneratione, sive exemptione, actione mandati experiri potest. *post alios, quos concervant,* diligenter recensent Hippolytus de Marsil. *d. rubr. de fidejussorib. num. 216. cum seq.* Francus *sæpe citato tract. de fidejussorib. cap. 5. numer 558. cum seqq.* & Heringius *eod. tract cap. 25. num. 12 & multis seqq.* Hunnius *in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 6. lit. C. quest 45 pag. 231. & seq.* ibique Bachovius *in suis not. pag. 966. & seq.*

§. *Græcè etiam. 7.*

Græcè etiam fidejussor ita accipitur: τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ: id est, meâ fide jubeo ego. Sed & si dixerit: θέλω sive βούλομαι id est, volo. Sed & φημί: id est, affirmo, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω: id est, dico.

SVMMARIA.

1 *Fidejussio quacunq; linguâ, & quibuscunq; verbis fieri potest.*
2 *Hodie pleraq; linguas per Interpretem intelligere; ac consequenter fidejussionem perficere possumus.*
3 *Non sola & nuda commendatio pro fidejussione habeatur.*
4 *Mens & consideratio l. 4. §. ult ff. de fidejussor. tutor. & curator.*
5 *Actus agentium non operantur quicquam ultra eorum intentionem.*
6 *Quando quispiam ex nudâ commendatione teneatur.*

1 HOc in §. agitur de formâ verborum per quam fidejussor obligatur. Quod autem de principali stipulatione dictum est, eam quacunque linguâ, & quibuscunque verbis contrahi posse. *§. 1. supr. de verbor. obligat. l. 1. §. eadem. 6 ff. eod l. omnes. 10. Cod. de contrah & commit. stipulat.* Idem quoq; de accessoriâ stipulatione Imperator hic affirmat, quòd scilicet & Græcè & quibuscunque verbis fieri possit; dummodo contrahentes se invicem intelligant, *l. Græcè. 8. in princ ff. hoc tit. l. blanditus. 12. Cod. eod. Anton. Hering. in tract. de fidejussorib. cap 11. num. 136. & seqq.*

Et quamvis, M. Cicero *lib. 6. Tusculanar. quæst.* a. e rat: nos omnes in illis linguis, quas non intelligimus, quæ sunt innumerabiles, surdos esse: hodie tamen plerasque per Interpretem audire ac intelligere, & iisdem per eundem respondere; & consequenter etiam fidejussionem perficere possumus, *juxta ea, quæ tradit Mynsingerus cent. 5. observ. 45. & respons. 88. Rutger. Rulond. in tract. de Commiss. lib. 4. cap. 18. nu 1. Treutl. disput. 28. thes. 4. lit. a. vol. 2. Gæddæus in Comment. de contrah. & committ stipulat. cap. 3. conclus. 10 nu. 184. & seqq. ibiq. referens Heringius. d. cap. 1. num. 154. & seq.* 2

Illud hic obiter admonendum: quòd ex solâ & nudâ commendatione fidejussio non inducatur; nec commendans, instar fidejussoris, conveniri queat. *Verbi causa:* Titium ego, tanquam locupletem, quique solvendo esset, Sempronio commendavi. Sempronius, hac meâ commendatione fretus, contraxit cum Titio. Postea Titius deprehenditur non esse solvendo. Vult igitur Sempronius, Titii excussione factâ, me convenire, tanquam fidejussorem. Quæritur: an hoc jure facere possit? Et plerique negativè, & quidem non sine ratione, respondent, *Iohannes Köppen decis. 36. numer. 10. Alciat. lib. 2. parerg. cap. 12. Anton. Gomezius tom. 2. var. resolut. cap. 13. num. 5. Anton. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 18. num. 7. & seqq. ibiq. referens Hunnius in resolut. ad Treutl. d. vol. 2. disput. 28. thes 4. quæst. 25. pag. 204* Aliud quippe esse commmendare, aliud mandare, liquidò constat *ex l. si verò. 12. §. cùm quidam. 12 ff. mandati.* 3

Neque hanc sententiam enervat *l. cùm ostendimus. 4. §. ult. ff. de fidejussorib. tutor. & curator.* ubi apertè dicitur: eos, qui falsò affirmaverint, tutores esse idoneos, ex solâ & nudâ affirmatione pro fidejussoribus haberi. *Nam* hoc planè speciale est in eo, qui tutorem idoneum esse affirmat; idque duplici favore comparatum est: & pupillorum, ut habeant, quem pro tutoris minùs idonei administratione convenire possint: & magistratuum, ne subsidiariâ in factum actione tam facilè teneantur. Extra hanc verò causam, neminem ex hujusmodi affirmatione quasi fidejussorem conveniri, certum est. Id quod etiam hæc ratio confirmat, quòd actus agentium non soleant quicquam operari ultra eorum intentionem, nec eos ulterius obligare. *l. non omnis. 19. in princip. ibique Bartol. & Dd. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Atqui indubitatum est, quòd illi, qui aliquem alicui commendant, nequaquam hoc agant sive intendant, ut fidem suam pro ipso obstringant, vel pro eo, quod ipse gesserit, fidem suam interponant: 4

sed

sed solùm, ut ipsi commendato, ut pote homini locupleti & solvendo existenti, eò major fides habeatur. Ita, *post alios*, docet D. Hunnius *dicto loco*: ubi subjicit, hanc conclusionem limitari, ut non procedat, si probatum fuerit; aliquem sui lucri gratiâ alium falsò commendasse, vel commendantem exactè cognitam & perspectam habuisse conditionem ejus, quem commendavit; ac dolosa suâ commendatione alterū dolo malo ad contrahendum induxisse, *per l. quòd si, cùm scires. 8. ff de dol. malo.*

§. In stipulationib. 8. & ult.

In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi: ut quodcunq; scriptum sit, quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit, se fidejussisse: videri omnia solenniter acta.

SVMMARIA.

1 *Quòd si in instrumento scriptū fuerit, aliquem fidejussisse: præsumatur, quòd solennis stipulatio intervenerit.*
2 *Solennitas intrinseca semper præsumitur.*
3 *Stipulatio hodie etiam per epistolam contrahi potest.*
4 *Fidejussio quibus modis tollatur.*

1 QVemadmodum de principali stipulatione dictum est: quòd si in instrumento scriptum fuerit, aliquem promisisse, perinde habeatur, ac si interrogatione præcedente ritè responsum sit. *§ si scriptum 16 supr de inutilibus stipulationib.* ita quoq. hic de fidejussoriâ stipulatione affirmatur; quod si scriptum reperiatur, aliquem fidejussisse: præsumatur, quòd solennis stipulatio intervenerit: hoc est, interrogatio præcesserit, & responsio conveniens subsecuta fuerit: adeò ut si ipse fidejussor, postea à creditore convent⁹, neget fidejussionem solenniter factam: quia dicat fortassis, stipulationem minùs rectè celebratam, vel quia ipse abfuerit, vel propter diversitatem responsionis, &c. non huic fidejussoris assertioni, sed potiùs
ejus scripturæ fides adhibeatur. *l. sciendum. 30. ff. de*
verbor. obligationib. Ratio illius hæc reddi solet: 2
quia solennitas intrinseca (qualis est stipulatio in fidejussione) semper præsumitur, *argument. l. Titia. 134. § ultim ff d. titul. l. 1. Cod. de usuris l. 1. Cod. de contrah & commit. stipulat. Mynsinger hic num. 5. & 6. Bartol. Angel. & Dd. in d. l sciendum. 30 ff. de verbor. obligationib.* cùm ex ipsa naturâ actûs sumatur, per notata Menochii *lib. 1. de præsumptionib. quæstione 18. numer. 9. & lib. 2. præsumptione 23. numer. 3. & lib. 6. præsumptione 14. num 22* cumque laudantis Heringii *in tractat. de fidejussorib cap. 11 num. 113.* Vide Bachovium *in not. ad Treutler vol. 2. disp. 28. th. 1. lit. B. vers stipulatio porrò. p. 896.* & Hunnium *ibidem in resolut. quæst. 6 pag. 178. & seq* itemq; Dn. Collegam Besoldum *vol 2 consi 72. numer. 17. & seqq. fol. 303. & seq.* Etsi porrò jure stricto Romano stipulatio
& præsentia utriusque contrahentis in fidejussioni- 3
bus præcisè requiratur: hodie tamen communi quodammodo Germaniæ practicâ & stylo receptum est; ut non minùs valeant stipulationes per epistolam contractæ, quàm si legitimo jure, hoc est, præcedente interrogatione & subsequente responsione, inter præsentes celebratæ essent, stipulationis solennibus usu quasi desuetis, ut loquitur Hieronymus Treutler. *d.*
vol. 2. disputat. 28. thes 4. lit. A. Idque pluribus per- 4
sequitur Heringius *d cap. 11. numer. 76. & subsequentib.* Cæterùm illud hoc loco breviter admonendum & subjiciendum est: quòd quibuscunque modis principalis obligatio tollitur, iisdem & fidejussio finiatur, *l. in omnibus. 43 ff. de solutionibus.* putâ solutione. *l. Granius Antoninus. 71. in princ ff. hoc tit.* novatione. *l. novatione 4. Cod. hoc tit. l. ubicunq; 60. ff. eod.* successione seu actionis confusione. *l. generaliter. 5. in princ. l. cùm reus 14 l. heres 21. §. ultim. l. Lucius Titius. 24. d. l. Granius. 71. in princ. vers. tamen ubi successerit. ff. hoc tit. l. fidejussoris 24. C. eod.* pacto de non petendo. *l. si stipulatus, 15. §. fin. ff. hoc tit.* & multis aliis modis, de quibus, *post alios*, accuratissimè & latissimè dissertant Valentinus Francus *in tract. de fidejussorib. cap. ult.* & Heringius *eod. tractat. de fidejussorib. capit. 20. per totum.*

DE LITERARUM OBLIGATIONIBUS,

TITULUS XXII.

Olim scripturâ fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodiè non sunt in usu. Planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est: de pecuniâ minimè numeratâ, post multū temporis, exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissimè constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum queri non potest, scripturâ obligetur: & ex eâ nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum

tum autem tempus in hac exceptione, antea quidem ex Principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutiùs possint suis pecuniis forsitan defraudari: per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur.

SVMMARIA.

1 *Continuatio tituli.*
2 *Duplex literarum obligatio, vetus & nova.*
3 *Vetus literarum obligatio quomodo fiebat.*
4 *Veterum nominum in locum chirographa successerunt.*
5 *Nova literarum obligatio quando contrahi intelligatur.*
6 *Exceptio non numeratæ pecuniæ non solum actori opponi: sed & eundem antevertere, atque in modum querelæ proponi potest.*
7 *Ex quibus causis isthæc exceptio competat.*
8 *Cur eadem exceptio in causa tantùm mutui & doti locum habeat: quando item non admittatur.*
9 *Intra quod tempus hæc exceptio opponatur.*
10 *Si intra biennium debitor hanc exceptionem non objecerit: postea non audietur, sed tanquam verus debitor condemnabitur.*
11 *Exceptio est actionis exclusio.*
12 *An post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ objici possit, si paratus sit reus probare, pecuniam sibi non esse numeratam.*
13 *Consideratio l. si intra. 8. in fin. C. de non num. pecun.*
14 *Omne quod dicit, nihil excludit.*
15 *Consideratio l. in contractibus. 14. in princ. & §. 2. in fin. C. de non num. pecun.*
16 *Ultra biennii metas exceptio non numeratæ pecuniæ minimè extendenda.*
17 *Satisfacere creditori quid sit.*
18 *Minoribus hoc privilegium est tributum, ut adversus ipsos præscriptio isthæc biennalis non incipiat.*
19 *Impossibilis est probatio factum negantis.*
20 *Obligatio quibus modis contrahatur.*
21 *Ut se habet obligatio civilis respectu exceptionis pacti de non petendo, intra legitima tempora non opposita: ita se habet respectu exceptionis non numeratæ pecuniæ.*
22 *Illicitæ atque iniquæ exactiones non admittendæ.*
23 *Quatenus exceptio doli sit perpetua.*
24 *Condictio quævis regulariter perpetua.*
25 *Unâ viâ prohibitum, aliâ non est concedendum.*
26 *Biennium quid debitori tribuat.*
27 *Tempus quatenus nō sit modus inducendæ vel tollendæ obligationis.*
28 *Consideratio §. item verborum. 21 supr. de inutilib. stipulat.*
29 *Intellectus l. qui pecuniam. 30. ff. de reb. cred. si cert. pet.*
30 *Veritas & communis opinio æquiparantur.*
31 *Contra quam scripturam exceptio non numeratæ pecuniæ opponi queat.*
32 *An, si debitor in chirographo confiteatur, se ante annum certam pecuniæ quantitatem mutuò accepisse, exceptionem istam nihilominus intra biennium opponere possit.*
33 *Mens & sententia l. adversus. 9. vers. cum autem. & l. generaliter. 13. in princ. Cod. de non num. pecun.*
34 *Utrùm exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui testibus præsentibus confessus est, se accepisse pecuniam, quo se chirographo obliganti & confitenti conceditur.*
35 *Sine scripturâ literarum obligatio exoriri nequit.*
36 *Intellectus §. idem juris. 2. infr. de exceptionib. & l. cùm ultra. 9. Cod. de non num. pecun.*
37 *Priores leges ad posteriores trahuntur, & posteriores ad priores.*
38 *Si lege municipali caveatur, certas duntaxat exceptiones contra instrumentum opponi debere, an adhuc exceptio non numeratæ pecuniæ valeat.*
39 *Interpretatio ista non recipienda, quâ quispiam injustè opprimatur, aut lex iniquitatis arguatur.*
40 *Exceptio non num. ratæ pecuniæ statuto tolli potest.*
41 *Exceptio hæc etiam inter mercatores locum habet.*
42 *Exceptio ista quatenus debitoris heredibus detur.*
43 *A quo die tempus reliquum, quod defuncto ad exceptionem supererat, heredi cedat.*
44 *Sententia l. ea, quæ. 5. §. ulti. C. de temporib. in integr. restitutionis, &c.*
45 *Ecquid minor 25. annis, qui successit debitori in id tempus, quod restabat, eo tempore finito, adhuc exceptione non numeratæ pecuniæ uti valeat.*
46 *Melius est, jura minorum intacta servari, quàm post causam vulneratam remedium quærere.*
47 *Num creditor habens chirographum, an verò debitor exceptionem non numeratæ pecuniæ opponens, docere debeat, se esse intra biennium.*
48 *Exceptiones peremptoriæ regulariter usq; ad sententiam opponi possunt.*
49 *Exceptioni non numeratæ pecuniæ, an & quatenus debitor renunciare queat.*
50 *Renunciatio, jurejurando confirmata, valet.* (verst.
51 *Cessat exceptio illa, si debitor fidem cautionis quocunq; modo agno-*
52 *Si ille, qui chirographo decem se accepisse fuerit confessus, postea simpliciter quinque solvat, an cautionis fidem plenè approbasse censeatur.*
53 *Num exceptio non numeratæ pecuniæ in ultimâ voluntate locum habeat.*
54 *Confessio geminata hujus exceptionis privilegium excludit.*
55 *Cessat item hæc exceptio in tutore, qui confessus est, à pupillo suo se mutuo accepisse.*
56 *Exceptio ista etiam creditori tribuitur, quam contra apocham, intra triginta dies, opponere potest.*
57 *Ubi majus periculum, ibi cautiùs agendum.*
58 *Favorabiliores sunt leges ad liberandum, quàm ad obligandum.*
59 *Quatenus exceptio isthæc intra triginta dies creditori competat.*
60 *Si quis receptâ quietantiâ, creditori suo integrum debitum solvit: sed quietationem vel amisit, vel se habere ignoravit, à creditore denuò conventus & condemnatus solvit: an repertâ quietatione solutum repetere possit.*
61 *Solutum per sententiam repetitur condictione sine causa, quando causa, ex quâ fuit lata sententia, reducitur ad non causam.*
62 *Repertâ quietantia, si alia deficiunt remedia, datur debitori actio de dolo.*
63 *Fallit in herede sive successore.*

EXpeditâ obligatione, quæ re, item quæ verbis contrahitur: rectè divisionis supra *in § fin. tit. de obligationib.* positæ species, videlicet literarum obligatio, subnectitur. Et quidem initio hujus tituli Iustinianus Imper. obligationis nominum meminit; adeòque duplicem literarum obligationem esse, veterem nimirum & novam, ostendit. Unde & titulus, *de literarum obligationibus:* & non, *de literarum obligatione,* conceptus est. Ad veterem literarum obligationem quod attinet: de eâ breviter sciendum: eam non minùs civilem, quàm stipulationem, fuisse. Ut enim stipulatio solennibus verbis; ita hæc literarū obligatio solenni scripturâ fiebat. Et ut stipulatio firmandorum aliorum negociorum causa comparata fuit: ita & literarum obligatio priori causæ aut negocio confirmando adhiberi solebat. Idque duobus fiebat modis: vel ita, ut (*verbi gratià*) mutuam crediturus pecuniam cum accipiente ad argentarium qui in foro mensam habebat: unde etiam mensularius vocabatur) adiret, ab eòque in rationes suas ac tabulas re- 1 2 3

ferri peteret, tot vel tôt illi ab illo esse credita & annumerata. Quo facto dicebatur obligatio fieri nominibus per mensæ scripturam. *l qui tabulas 27. §. inde potest. 1. ubi Gothofred. ff. de furtis. l quadam. 9. §. nummularios. 2 ff. de edendo. Cujac. lib. 22. observation.*
4 *cap. 4.* Vel ita, ut debitor ipse in rationes, calendaria, seu tabulas domesticas ac privatas sese inscriberet, easque obsignaret. Quare literis atque obsignatis tabulis ita inscriptus debitor, præsertim si ipse suâ se manu, in suo aut creditoris calendario, ut debitorem inscripsisset, obligatus etiam citra numerationem esse credebatur. Atque isthæc veterum tabularum & nominum ratio in desvetudinem abiit, *monente hic Iustiniano:* & eorum loco chirographa successerunt, ut liquet *ex l. pluret. 19. Cod. de fide instrumentorum, &c.* Eamque rem explicatiùs persequuntur *Hotoman. Giphanius, Vultejus, Rittershusius, Heigius. Anton. Pichardus, & alii ad hunc tit. & Wesenbecius in suâ Isagoge in lib. 3 Institut. num. 19. & seqq. itemq; noviter Frantzkius exercitat. jurid. 10. quæst. 9. pag. 319.*
5 *& seqq.* Cæterùm nova literarum obligatio contrahi intelligitur, cùm debitor spe futuræ numerationis dat creditori chirographum, in quo confitetur, se certam pecuniæ summam ab eo mutuò accepisse, quæ tamen postea numerata non sit. *hoc tit. nostro. vers. planè si quis &c. ibiq; Schneidevv. numer. 2. Mynsinger numer. 4. & cæteri Interpp. communiter. Duar. ad t. C. de non num. pecun. in princ. Donell. lib. 14. Commentar. de jure civ. cap. 37. latissimè Ant. Merenda lib. 1. controvers jur cap. 47. pag. 65 & seqq. itemq; Timaus Faber disp. anniversf. 23. ad Instit. Imperial. th. 11.* Hæcque literarum obligatio, si communis juris civilis ratio spectetur, omnino quidem obligat & constringit: verùm legibus comparatum est, ut pecuniam non numeratam allegans, *ἀναργυρίας* seu non numeratæ pecuniæ exceptionem habeat, *argum. hujus tit. l. in contractibus. 14 & tot. tit. C. de non num. pecun.* Quâ exceptione quis, ob pecuniam instrumento quidem comprehensam, & quasi acceptam, nondum tamen numeratam, adversus creditorem se tuetur: ut, si Titius scripserit, se centum à Sempronio mutuò accepisse, eâ opinione, ut brevi acciperet: si eam postea pecuniam non acceperit, & à Sempronio conveniatur, tanquàm acceperit, tueri se hac exceptione pecuniæ non numeratæ poterit. Quin & chiro-
6 graphum condicere poterit ultro, id est, antequam conveniatur à Sempronio. Est quippe hoc singulare in hac exceptione, ut ea non solum actori opponatur: sed & antevertat actorem, atque in modum querelæ proponatur. *l. si quasi. 7. ibiq; Gothofred. Cod. de non numer pecun. Bald. Salicet. & reliqui Dd. in l. si ex cautione. 3. Cod. d. tit. Eguinarius Baro & Giphan. ad d. vers planè si quis. hoc tit. & ibidem Mynsinger. n. 12. & seq. Felin. in c. si cautio. 14. numer. 60. cum seq. ext. de fide instrument. Wesenbec. in d. Isagoge in lib. 3. Instit. numer. 24. & seq. Iohan. Kitzelius in exegesi de obligat. mutui. cap. 18 numer. 16. & seq.* Illud obiter adhic moneũnd & addendum: quod Bachovius *hic numer 1. pag. 792. cum seq.* contra sententiam Divi Imp. Justiniani, *in §. fin. supr. de obligationib. & in præsenti tit.* expressam, argutis nonnullis rationibus ostendere annititur: obligationem ex literis non esse veram: cum tamen, potius in memoriam sibi revocare deberet, quod ipse, *ad §. quoties 12. supr. de inutil. stipulat. pag. 778. circa finem,* hisce formalib. verbis, Hotomanum suo more mortuus, scripserit: *Quid tandem certum erit in jure nostro, si cuivis Interpreti ex cerebro suo liceat mutare & refigere textus. Prurigo hæc est novatorum, corrumpenda Iurisprudentia; quam angue & cane pejus odisse debemus.* Hueq; referenda sunt annotata *infra num. 20.* Vide quoq; eâ de re Dn. Locamerum *fasciculo 38. quæstionum juridicar. quæst 1.*

Competit autem isthæc exceptio solummodo ex causa mutui & dotis. *l. adversus 5. ibiq; Gothofred.* 7
& l. pen. ibi, vel dotis, vel alterius (id est, mutui) causa nomine. C. de non numer. pecun. Gloss. & Schneidevvin num. 25. Mascard. de probat. conclus. 695. num. 29 aliiq; pleriq; ad hunc tit. Nam si ex alia causa, putà depositi, empti, transactionis, &c. quis scriberet, & confiteretur, se debere centum: talis confessio statim præjudicaret, & contra scribentem probaret. *l. Publia. 26. §. fin. ff. deposit. l. si transactionis. 11. & l. generaliter. 13. Cod. de non num pecun.* ubi Justinus Imp. hanc elegantem rationem subjungit: *Nimis enim* (inquit) *indignum esse judicamus, quod suâ quisque voce dilucidè protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioq; proprio resistere.* Ratio porrò, 8
cur in istis duobus tantùm casibus, mutui scilicet & dotis, hæc exceptio locum obtineat, præcipua illa videtur: quia homines faciliùs inclinant ad confitendum effrenatè in his contractibus, quàm in ullis aliis, propter affectiones quas habent ad consequendas pecunias & uxores. Debitor etenim indigens pecuniâ, facilè, imò vel decies confessionem conficeret, si modò spes consequendæ pecuniæ affulgeret: & sponsus facillimè scriberet, & profiteretur, se dotem accepisse, dummodo sponsâ potiretur, *Schneidevvin d. num. 25. in fine.* Quamvis non desint, qui & in aliis contractibus huic literarum obligationi & exceptioni locum esse, opinantur, *Emanuel Costa in d. l. si ex cautione. 3. Codic. de non num. pecun. Petrus Heigius hic num. 19. & seqq. D. Boerius numer. 33 pag. 346. Amori Affelman, de contractib. disput. 13. th. 4. pag. 336. Knipschildt exercitat. Iustin. 7. quæst. 15. pag. 270. aliiq; ab his relati.* Sanè illum, qui in extremis laborans, sive mortis in articulo constitutus fatetur; se vel dotem recepisse, vel aliquam pecuniæ summam suscepisse mutuò, non posse excipere de non numeratâ dote vel pecuniâ. *post Menochium de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 12. numer. 49. Rolandum à Valle consil. 37. numer. 4. lib. 3. & alios.* baod sine ratione tradit Polydorus Ripa *in Commentar. de Actis in mortis articulo. cap. 5. & 6.* Etsi verò hæc exceptio olim intra 9
quinquennium opponebatur, *ut apparet ex fragmentis Cod. Hermogen. tit. de cautâ & non numer. pecun.* hodie tamen ex Justiniani sanctione intra biennium opponenda est, *hoc tit nostro, in fine l. in contractibus. 14. Cod. de non numer pecun. §. idem juris. 2. infr. de exceptionib.* & hoc specialis privilegii habet; ut, si intra bien-

biennii metam à debitore objiciatur: probandi necessitas creditori tenore literarum sibi deberi, incumbat. d.l. si ex cautione.3.l. adseveratio.10.Cod.de non num. pecun. Præsumit enim legislator contra chirographum, pecuniam non esse numeratam, utcunque id chirographum testetur: partim propter odium fœneratorum, qui plerumq; syngraphas, antequam numerent, exigunt: partim propter facilitatem ipsorum debitorum, qui facilè (ut paulò antè dictum) quamlibet confessionem exhibent: modò spes sit, aliquando pecuniam numeratum iri. Mynsinger. ad vers. planè si quis. hoc tit. numer 6. Schegk. in delibat. jur. disp.17.thes.ult. ad lit. A. Quam numerationem si creditor probaverit: reus vel debitor convictus, qui propriam scripturam abnegavit, vel numerationem inficiatus est, in duplum condemnatur, auth. contrà.
10 Cod.de non numer.pecun. Novell. 18.cap.8. Quòd si tempus istud debitor neglexerit, posteà non audietur, sed tanquam verus debitor condemnabitur, & ad solutionem tenebitur. d.l. in contractib. 24. in princ. Cod.d tit.d.vers planè hoc tit. Quia non est verisimile: tam supinum, tamque negligentem fuisse debitorem, ut intra totius biennii spacium pecuniam nō exigeret, aut cautionem datam non reposceret, ut tradit Mynsingerus hic d.num. 6. & Schneidevvinus numer. 18.

Nec moverit quicquam, si objiciatur, illud iniquum esse, si fortè is, qui chirographum accepit, intra biennium non agat, sed malitiosè differat actionem, donec tempus exceptioni præfinitum elabatur: ad agendum autem cogi non possit, tot. tit. Cod. ut neme invitus agere vel accus. cogatur. Atqui ubi non
11 est actio, ibi neq; exceptioni locus est: cùm exceptio nihil aliud sit, quàm actionis exclusio. l.2. in princ. ff. de exceptionib. Hoc, inquam, nihil moverit: quandoquidem hoc casu si alter non agat, potest is, qui chirographum dedit; scripto denunciare ei, qui accepit, & testari, nihil sibi numeratum esse: vel si is absit potest coram judice querelam non numeratæ pecuniæ interponere, & syngrapham suam per condictionem repetere. d.l. si quasi 7. & d l. in contractibus.14.§ in omni.4 Cod. de non numer. pecun. l. ultim. Cod. de condict. ex lege, &c. Rittershus. hic pag. 462.

12 Atgravis hoc loco, & intricata occurrit quæstio: An post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ objici possit, si paratus sit reus liquidò probare, pecuniam sibi numeratam non esse? Plerique id affirmant, Accursius & Paul de Castro in d.l. in contractibus.14. Cod. de non. numer. pecun. Bartol. Angel. & Salicet. in d l si ex cautione.3. Cod. eod. Angel Aretin. in d.§ idem juris. infr. de exceptionib. numer. 4. Alexand. consil. 168. col penult. lib.1. Iason. ad l.3.§. ult. n. 8. & ad l. manifesta. 38. numer. 6. ff. de jurejur. Decius ad l. jure natura. 206. numer. 1. ff. de reg. jur. Gomez. tom. 2. var. resol. jur. c. 6. numer. 7. & ibi Soarez in addit. lit. I. Martin Schikhard. disp. 13. ad Instit. thes. 7. sub lit b. & resol. quæst. 1. Ant. Faber in Cod. Fabr. de non numer. pecun. definit 1. numer. 5. & 6 ll. ine Vmmius disputat. de process. judic. 8. conclus. 5. numer. 35. pag. 339 cum seq. Pacius in Epitom. jur. disput. 13. thes. 30. Henensius disput. 25. controvers. 15. Brenchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 68. edit 1. Ioh. Franc. Ozerius. Henricus de Pyrne, Balduinus, Vultejus numer. 7 Thadæus Piso numer. 5. & Schneidevvin. numer. 11. hoc tit. Vngepaur. exercit. Iustin. 11. quæst. 9. pag. 430. cum. seq edit ult. Laurent. Kirchov. commun. opinion. cent. 6. conclus. 16. & alii, ab his commemorati, qui communem hanc opinionem pronunciant: non pauci verò negant. Alberic. de Rosat. & Curt. jun. in l 2. § appellata. num. 7. ff. de reb. credit. si cert. pet. Odofredus, Azo, Richardus, Oldradus, Butrigarius, Placentinus, eosq; referens Emanuel à Costa in d.l si ex cautione. 3. Cod. de non numer. pecun. limitat. ultim Vasquius de success creat. lib. 1. §. 9. numer. 22. Ioan. Faber. Anton. Matthæus & Heigius hic numer. 34. & seqq. Duaren. ad tit. Cod. de non numer pecun. cap. 4. Matth. Stephan. cent. 3. quæst. 58. Donellus ad l. si intra. 8. C. eod. & latius lib. 14. Comment. de jur. civ. cap. 38. & ibi Hilliger. in suis not. ad lit. A. Goler. de process. execut. part. 1. c. 10. numer. 216 & seqq. Duennas in reg. 261. ampl. 1. & lim. 2. vers. scilicet Zanger. in tract. de exceptionib. part. 3. cap 14. numer. 66 Fachineus lib. 2. controversiarum jur cap. 81. Hunn. lib. 3. variar. resolution. jur. civ. tract. 6. quæst. 2. Arumæus exercitat. Iustin. 12. thes. 12 Timeus Faber. d. disp. 23. ad Instit. Imperial. th. 13. Kitzelius d. exeges. de obligat. mut. cap. 3. numer. 37. & seqq. D Becer. hic numer. 22. cum seqq. pag. 343. Frantzkius exercit. jurid 10. quæst. 10. pag. 324. cum seqq. Riemer. decad. 10. quæst. illustr. 8. Henricus Nobelkra, decisionum lib. 1. decis. 22. aliiq; nonnulli. Atque horum sententia cui ceu veriori & ego meum lubens adjicio calculum sequentibus innititur argu- 13
mentis. I. Divus Imp. Alexander in d.l. si intra. 8. in fine. Cod. de non numer. pecun. disertè rescribit: debitorem post legitimum tempus, id est, post biennium effluxum, omnimodo compelli debitum solvere. Si igitur debitor omnimodo post biennium solvere pebitum compellitur: consequens est, eum nullo modo solutionem evitare posse, sive paratus sit probare, pecuniam non esse numeratam, sive non sit paratus. Nam qui omnem modum dicit, nullum modum excipit, argum. l. omnia. 7. ubi Decius ff. d. reb. credit si 14
cert. pet. II. Divus Imp. Iustinianus in d.l. in contractibus. 14. in princ. Cod. de non numer. pecun. apertè sancit: exceptionem sive querelam non numeratæ pecuniæ, post biennium, nullomodo esse intro ducendam vel admittendam. Ergo ne tunc quidem eadem exceptio admittenda est, si debitor vult probationis onus in se recipere, & docere, pecuniam sibi numeratam non esse. III. In eadem, l. in contractibus. 14. §. 15
super cæteris. 2. in fine scribitur: post præstitutum tempus, intra quod exceptio non numeratæ pecuniæ competebat, adeò non licere eam opponere, ut ne liceat dicere pecuniam non esse numeratam. Ex, quo evidentissimè

perspicitur: debitorem planè non esse audiendum, quantumvis probationem offerat. Quia prius est, ut dicat, pecuniam sibi non numeratam esse, quàm ut probet, non esse numeratam. *l. 2. ff. de probationib.* Quare si ei non licet dicere, non esse numeratam pecuniam: non etiam licebit probare, non numeratam esse. IV. Idem Imp. Justinianus *in fine hujus tituli nostri*, perspicuè cavet: ut ultra biennii metas hujus-
16 modi exceptio minimè extendatur. Atqui verò extenderetur ultra biennii metas, si hac conditione admitteretur, ut ipse reus in se onus probandi recipere posset. Quin & si post biennium elapsum admitteretur hæc exceptio: eveniret, ut creditores diutiùs pecuniis suis defraudarentur: adeòque Justiniani constitutio elusoria redderetur: ob quam tamen rationem ipse Imperator tempus exceptionis hujus coarctandum & constituendum putavit: *ut ex fine hujus tituli relucet.* V. Quisquis obligatus est secundum formã juris certi, non aliter facto suo liberatur, quàm si solvat, aut satisfaciat creditori iis modis, qui recensentur *infra tit. quib. mod. tollit. obligat. l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. ff. de pignoratic. act.* At dicere, pecuniam non esse numeratam, & id probare: non est solvere creditori, sed maximè solutionem negare:
17 multò minus est satisfacere. Nam satisfacere creditori est, eum volentem, pro eo, quod à nobis petit, contentum sive securum reddere. *l. 1. ff. qui satisd. cogant.* Quapropter debitor, literis obligatus, istã pro-
18 bationis oblatione liberari non potest. VI. Frustrà esset minoribus hoc privilegium concessum, ut ne adversus eos præscriptio isthæc biennalis incipiat: si ea neque adversus alios quosvis debitores currat. *l. fin. Cod. in quib. caus. in integr. restitutio necessaria non est.* VII. Huc facit, quòd post biennium reus ad debitum, quod confessus est, exolvendum obligatus dicitur, *hoc tit. nostro:* adeòque ex eo tempore necessitas solvendi ei imponitur, *initio tit. supr. de obligationib.* Atqui nullã adstringeretur solvendi necessitate, si aliquo modo, nempe per contrariam probationem, evitare solutionem posset. VIII. Accedit hæc ratio, quòd in proposito nulla per rerum naturam probatio videatur esse posse negantis factum, atque adeò ista probatio impossibilis censeatur. *L. Actor. 23. Cod. de*
19 *probationib.* Idq; in specie de hac exceptione non numeratæ pecuniæ affirmant Impp. Diocletian. & Maxim *in l. adseveratio. 10. Codic de non num. pecun.* Etsi enim mille testes dixerint, se non vidisse, pecuniam debitori numerari: fieri tamen potest, ut numerata sit, & illi non viderint. Et quamvis creditoris etiam instrumentum proferatur, in quo is fatetur, se non numerasse pecuniam: fieri tamen potest, ut postea numeraverit. Cùm igitur ille, qui paratus est probare, pecuniam sibi numeratam non esse, ad impossibile se
20 offerat: meritò audiri minimè debet. IX. Si admittitur probatio post biennium: sequitur, nec scripturam ad obligationem ullam quicquam facere, nec obligationem literarum esse à cæteris distinctam. At posterius est falsum, & contra expressam sententiam Justiniani, *in § fin. supr. tit. de obligationib.* ubi dicitur: obligationem vel re, vel verbis, vel literis, vel consensu contrahi. Ergo & prius. Ratio consequentiæ est: quia alias præsumeretur, solum debitorem ex mutuo esse obligatum; quam præsumptionem literæ debitoris causarentur: sicque scriptura hoc in casu duntaxat fidem aliquam faceret, ut aliàs regulariter. *l. Publia Mævia. 26. §. Titius. 2. ff. depositi. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. l. 3. ff. de fide instrument.* quæ contrariã probatione iterum refutari posset *d. l. Publia. 26. in fin. ff. depositi.* & obligatio omnis ex mutuo ficto esset: atque ita frustrã Justinianus literarum obligationem ab eã, quæ ex mutuo descendit, sejunxisset. Nunc dum hoc non nisi absurdè dici potest: nihil quoque ad hanc obligationem refert, utrùm pecunia numerata sit, nec ne: &, quod consequens est, frustrà debitor suscipiet probationem, pecuniam numeratam non fuisse: cùm etiam sine numeratione literis illis post biennium obligetur. *Hartman. Pistor. lib. 4. q. 12. n. 13. pag. 430. Duaren. ad tit. C. de non n. pecun. d. cap. 4. eoq; referens Frantzkius. d. exercit. 10. q. 50. num. 11. pag. 326.* X. Quemadmodum se habet obligatio civi- 21
lis, respectu exceptionis pacti de non petendo, intra legitima tempora non oppositæ: ita se quoque habet respectu exceptionis non numeratæ pecuniæ. At priori casu si ante sententiam non opponat ur exceptio, ita confirmatur civilis obligatio, ut propter auctoritatem rei judicatæ probatio nulla admittatur, *arg. l. singulis. 6. ff. de except. rei judicat. l. ingenuum. 25. ff. de stat. hom. l. servo. 65. §. cùm prætor. 2. ff. ad senatusc. Treb.* sed sententia omnino executioni mandetur. *l. sub specie. 4. C. de re judic. l. Imperatores 35. ubi Zas. & Duaren. ff. eod l. admonendi 31. ff. de jurejurand. Mynsing. cent. 4. obs. 60. num. 2.* Ergo & casu posteriori. Ratio consequentiæ evidens est: quia hoc respectu comparantur, *arg. §. 2. 3 & 5. infr. de exceptionib.* Vt enim priori casu civilis obligatio, quæ jure summo manet incolumis. *d. §. 3.* interpretatione juris ex æquitate quadam civili per sententiam confirmatur, & ad exigendum id, quod judicatum est, efficax redditur. *d. §. 5.* ita hæc nostra obligatio eodem modo ante biennium summo jure tantùm ad agendum habilis, per exceptionem facillimè eliditur: lapsu verò biennii (idque propter consensum scribentis, qui ex negligentiã non querentis colligitur) efficaciter confirmatur. *Frantzk. d. exerc. 10. q. 10. nu. 14. & seq.* Atque hanc decisionem jure quoque canonico (cùm dissensio nulla sit expressa) obtinere, complures tradiderunt; *Specul. int. de restitut. in integr. §. 1. n. 25. Archidiacon. in can. si quis episcoporum. 2. caus. 3. q. 6. Bald. num. 22. & Iason. num. 28. in l. cùm quis. 10. Cod. de jur. & facti ignorant. Petrus Duen. d. reg. 261. num. 12. Hippolyt. Riminald. cons. 272. num. 20 lib 3. eoq; citans Fachineus. d. lib. 2. controvers. jur. cap. 82.* Quibus quoque suffragantur *Heigius hic numer. 40. Kitzel. d. exegesi de obligat. mutuc. cap. 8. numer. 26. Hilliger. in Donell. enucleat. d. lib. 14. c. 38. lit. A. Knipschildt. d. exercit. 7. quæst. 17. pag. 272. & Matthias Stephani d. cent. 3. q. 59.*

Cui non obstat, quòd illicitæ & iniquæ exactiones 22 sive

sive petitiones non sint admittendæ. *l. illicitas. 6. in princip. ff. de offic. præsid.* Hæc autem sit illicita & iniqua exactio, quâ creditor pecuniam non numeratam exigit, tanquam numeratam. Facit enim iniquum lucrum, cùm recipit, quod non dedit. *d. l. illicitas. 6. l. cùm hi. 6. si quis. 22. vers. sanè. ff. de transact.* & creditor debitorem sibi non obligat ultra id, quàm ei numeravit. *l. rogasti 11. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Nam respondetur: illicitam & iniquam exactionem esse, exigere pecuniam, quam constat non esse numeratam. Ast ubi dubium est, an sit numerata, de quo hîc agitur: nihil est æquius, quàm creditori, chirographum debitoris proferenti, fidem haberi: nihil, *inquam*, est æquius, quàm debitorem confessioni suæ, literis testatæ, stare: quippe cùm eam silentio integri biennii confirmârit: & non verisimile sit, illum tamdiu passum esse, chirographum suum esse apud creditorem, nisi pecunia ei numerata fuisset. *Adhæc* beneficium querelæ intra legitimum tempus debitori tributum erat hac conditione: ut nisi intra id tempus querelam istam deferret, biennio finito omnino excluderetur. *d. l. si intra. 8. in fine. & d. l. in contractibus. 14. C. de non num. pecun.* Sibimetipsi ergo imputet, quòd beneficio legis, intra tempus à jure præfinitum, usus non fuerit. Quicunque enim beneficio legis, certâ conditione sibi tributo, secundùm voluntatem legis, non utitur: de sese tantùm, & non de jure, aut de adversario queri debet, quòd compendia & commoda sua amiserit, *argum. § sed nostra. 6 supr. de hered. qualit. & different. l. ult. §. sin autem hoc. 14. vers. & sibi imputet, &c. C. de jure deliberandi. Donell. d. lib. 14. Commentar. de jur. civ. cap. 38. pag. 362. n. 40. & seq.*

23 Non refragatur etiam, quòd exceptio doli sit perpetua. *l. purè. 5. §. fin. ff. de doli mali, & met. except.* Exceptioni verò non numeratæ pecuniæ, exceptio doli conjuncta sit, unaq; in alterius locum succedat. *l. si ex cautione 3. Cod. de non num. pecun.* Proindeque utraque, & doli, & non numeratæ pecuniæ exceptio, sit perpetua. *Ad majorem* namque respondetur: dictam *l. purè. 5. §. fin. ff. de doli mali, & met. except.* de tali doli exceptione accipiendam esse, quæ per se stat, & principalis est: non autem de tali doli & metûs exceptione, quæ per se non subsistit, sed conditionem principalis exceptionis, cui connexa est, sequitur, *argum. l. cùm principalis. 178 ff. de reg. jur.* veluti in nostro casu principalis exceptio est, exceptio non numeratæ pecuniæ: minùs principalis, exceptio doli, ipsi accedens: quarum ambæ pariter biennio circumscribuntur & extinguuntur, *d. l. si intra. 8. in fin. C. de non num. pecun. Donell. d. cap. 38. pag. 363. num. 10. cùm seqq. Kitzel. d. exeges. de obligat. mutui. cap. 8. nu. 47. & seq. Idq; fusiùs onedat. Henric. Nebelkra. d. decis. 22. pag. 263. & seq.*

24 Similiter nihil decerpit nostræ decisioni. *l. si quasi. 7. Cod. de non nu. pecun.* ubi cum condictio chirographi & cautionis debitori permittatur: condictio autem quævis, nisi exceptio doceatur, perpetua sit. *l. 2. circa mediũ principii. ibi. neq; sit in quocunq; casu, &c. Cod. de constituta pecun.* & ad triginta annos extenditur. *l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* inde colligi videtur, exceptionem quoq; non numeratæ pecuniæ, cui prædicta condictio surrogata est, onere probandi à debitore suscepto, perpetuam esse, ac post biennium opponi posse. *Etenim respondetur:* in hoc negocii genere quælibet remedia, sive in modũ exceptionis, sive actionis proponantur, intra biennium concludi: adeò, ut post biennium omnis non numeratæ pecuniæ querela removeatur, reusque omnino solvere teneatur. Idq; tum generalitas dictarum constitutionum, *putà l. si intra. 8. l. in contractibus. 14. & similiũ C. de non num. pecun.* tum etiam capitula 39. & 84. cùm quid unâ viâ prohibetur alicui, ad id alia non de- 25 bet admitti. *de reg. jur. in 6.* evidenter suadent: ut proinde *d. l. 2. Cod. de constit. pecun. & d. l. 3. C. de præscript. 30 vel 40. annor.* ubi omnes personales actiones 30. annos durare censentur, cum hoc temperamẽto accipiendæ sint: nisi quædam exceptæ reperiantur: veluti pleræque actiones pœnales, in personam, anno circumscribuntur. *l. in honorariis. 35. in princ. ff. de obligation. & actionib. Kitzel. d. cap. 8. n 45. & 46.*

Præterea non adversatur, quòd biennii lapsus non 26 potest debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit. *l. non potest videri. 208 ff. de reg. jur.* Atqui biennium tribuit solùm debitori immunitatem probationis intra biennium. *d. l. asseveratio. 10. Cod. de non n. pecun.* sic, ut non ipse reus, sed adversarius, sive actor onus probandi sustinere debeat. Igitur & hanc solam probationis immunitatem, non etiam exceptionem non numeratæ pecuniæ, lapsus biennii reo adimit. *Nã respondendum est*: assumptionem hujus argumenti apertè esse falsam. S q idem bienniũ debitori duo tribuit, exceptionem non numeratæ pecuniæ, & immunitatem probandi. *d. l. 3. C. de non n. pecun.* Quare argumentum hoc in sententiæ contrariæ suffragatores ita rectè retorquetur: Quicquid biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit. *d. l. si intra 8. & d. l. in contractibus. 14. Cod. d. tit.* At verò biennium debitori non tribuit tantùm immunitatem probationis; sed etiam, & quidem in primis, exceptionem non numeratæ pecuniæ. *d. l. 3. Cod. eod.* Ergo lapsu biennii debitor utrumq; habere desinit: & consequenter solvere omnimodo compellitur: quantumvis pecuniam sibi non esse numeratam, demonstrare sit paratus. *d. l. in contractibus. 14. in princip. & §. 2. Cod. d. tit. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. tract. 6 quæst. 2. vers. non etiam refragatur, &c. pag. 1063.*

Nihil insuper obsistit *l. obligationum. 44. §. 1. vers.* 27 *placet. ff. de oblig. & actionib.* ubi dicitur, quòd tempus non sit modus inducendæ vel tollendæ obligationis: & per consequens lapsus biennii obligationem non inducat. *Regula* namq; ista procedit, nisi tempus legis dispositione (ut in propositâ quæstione) munitum sit: exemplo usucapionis: quæ quidem in tempore fundata est, sed ita volente & jubente juris auctoritate. *Wesenbec. in Paratit. l. ff. de oblig. & act. n. 9. Arumæus d. Exercitat. Iustin. 12. thes. 12. in fine. Nebelkra. d. decis. 22. pag. 266.*

Hoc amplius nihil ad rem pertinet *§. item verborũ.* 28 *12. supr. de inutil. stipulat.* ubi scripturæ sive instrumento stipulationis credendum esse traditur, nisi ad-

versarius possit ostendere, se toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, in aliis locis fuisse. Ergo & idem in nostro themate dicendum videtur. *Quia respondetur:* diversam esse utrobiq; causam. Instrumentum siquidem, de quo ibi agitur, non confectum est à promissore. Ast in nostrâ specie chirographum sive instrumentum confessionis ab ipso debitore, vel certè voluntate ipsius ab alio, est confectum. Instrumentum præterea illud quia alienum est, infringi nequit, nisi fuerit oppositum: at literarum obligatio sive chirographum per condictionem repeti potest, etiamsi petitio ex illâ obligatione à creditore nondum instituta fuerit. *d.l.si quasi.7. Cod. de non. num pecun. Arum.loco modò indicato.*

29 Deniq; non turbat nostram sententiam, quòd Paulus *in l. qui pecuniam. 30 ff. de reb.cred. si cert.pet.* ait: eum, qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habere, ne accipiendo se ei obstringat. Vnde inferri posse videtur: quòd si debitor pecuniam non acceperit, non sit obstrictus illo tempore: & consequenter omni tempore, & sic etiam post biennium excipere possit, se pecuniam non accepisse. *Respondetur enim:* in istâ lege nullius scripturæ, seu cautionis creditori oblatæ, sed nudæ duntaxat sponsionis mentionem fieri: ex quâ cùm literarum obligatio, citra scripturã non emergat: debitori quovis tempore liberum est, non accipiendo pecuniam, creditori futuro sese non adstringere: quod cum hac non numeratæ pecuniæ exceptione nihil commune habet: ut rectè tradidêre Kitzelius *d.exeges. de obligat. mutui.cap.8.n.50.* & Fachineus *d lib.2.controvers.jur. cap. 81. in fino. Et de intellectu illius legis agitur queq; ad §. idem juris.2. infr. de exceptionib.* Aliis quibusdã argumentis contrariis nuperrimè satisfecit Frantzkius *d.exercitat.10. q.10. n.22. & seqq.pag 328. cum seqq* Atq; ita evictũ est: non numeratæ pecuniæ exceptionem, post bienmi lapsum cessare, utcunq; debitor onus probandi in se recipere velit. Verùm enimverò si
30 judex, conscientiæ scrupulo commotus, contrariam sententiam, quæ communis perhibetur, in judicando sequatur: eum haud peccare arbitror. Siquidem veritas & communis opinio æquiparantur, *per notata Andrea Gail lib.1.observat.153.n.5.* Atqui omnes judices veritatem sequi debere, constat *ex l nemo. 23. in fine. C. de sentent. & interloc. omn.judic.*

31 Porrò non valde dubitatur: hanc *ἀναργυρίας* seu non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi posse contra quamlibet scripturam, quâ quis pecuniæ summam confitetur, vel publicam a Notario confectam, *argum.l.si ex cautione.3.ubi Gloss. & Bartol. & l. ult. ibi, tam in fœneratitiis cautionibus.quàm in aliis instrumentis.Cod.de non num. pecun. l.ult. Cod. de dote cauta,non numeratâ.junctâ l. Imperatores,29. in fine principii. ff. de probationb. & l. 1. Codic. de jurejur. propt.calum.dand.Schneidevvin.hic num.13.* vel privatam manu debitoris scriptam, *l.1.2 3.& passim.Cod. de non numer.pecun. & hic in vers. planè si quis, &c. ibiq; Faber.num.3.& Schneidevvin num.14.* aut tantùm subscriptam. *l.sicut. 8.§. non videtur.15.ff. quib. mod pig.vel hypothec.solvit.l. si per epistolam.50 ff. de acquir. vel omitt. heredit.l. cùm antiquitas.8 §.ult. Codic.de testam. initio tit. inf de empt. & vend. vers. in iis autem.Felin. in can. quoniam.11.de probationib. n.43. & seqq.* Sed & eandem exceptionem contra instrumentum publicum Guarentigium, paratam executionem habens, competere verius est, *argumento d.l.3. & d.l ultim. Cod. de non num.pecun. generaliter loquentium: & tradunt Iason. in l. qui pecuniam 30 ff. de reb. cred si cert.pet. num. 7. Emanuel à Costa in d.l.3.in 12.fallentia C.de non n.pec. Gomezius tom.2 var.resolut.jur.civ. c.6. n.3. & ibidem Soarez. in addit.lit g. aliiq; ab iis laudati.*

De eo magna Doctorum dissensio est: Num, si de 32
bitor in chirographo confiteatur, se ante annum, aliudvé tempus, certam pecuniæ quantitatem mutuò accepisse, exceptionem istam nihilominus intra biennium opponere possit? Et quòd non possit, existimant *Accursius in l. in contractibus.14. in verb. alia res. Cod.de non num.pecun Alberic. de Rosat. Simon Vincentius, & Salicet. in l.generaliter.13 Cod. eod. Iacob. Butrigar.Christophor.de Castell. & Socin.sen.ad l.2 §. appellata.ff. de reb. credit. si cert pet.Hunnius & Bachovius in not. & resolut. ad Treutler. disp. 20 th. 2. lit.c. vol.1. Affelman.d.disput 13.de contractib.th.14. pag.343. hosq; referens Knipschildt d. exercit.7.quæst. 16. pag.270.* Sed contraria affirmantium sententia multò est probabilior. *Tum* quia leges exceptionem non numeratæ pecuniæ concedentes, generaliter conceptæ sunt, nullâ factâ distinctione, utrùm quis simpliciter, an verò longè ante chirographum, sese pecuniam accepisse, confiteatur. *Tum* quia nulla afferri potest differentiæ ratio, sive quis simpliciter, sive ante hoc vel illud tempus se accepisse profiteatur. Semper enim subest dolus creditoris, & fragilitas aviditasque debitoris. *Tum* denique quia eâdem facilitate, quâ quis confitetur, se simpliciter accepisse, quod non accepit, confitebitur etiam, se accepisse longè ante chirographum. *argum l.si mulier 22.Cod.ad senatusconf.Vellejan.* Et ita sentiunt *Ludovicus Roman. Alexand. & Decius in d.l 2.§. appellata. ff. de reb. credit. si cert. pet. Cynus in d.l.generaliter. 13. opposit. 1. Cod. de non num. pecun. Angel. Aretin. in § idem juris. num.23. infr.de exceptionib. Gomez.d. tom.2.var. resolut. cap.6. numer. 4. Fachineus lib. 2.controvers. jur. cap. 83. Zanger. d. tract. de exceptionib. cap.14. part. 3.n.38. edit.postrema.Kitzel. d.exeges. de obligat. mutui.cap.8 num.7. & seq.*

Neque obstant *l. adversus. c. vers. cùm autem ex* 33
præcedente & d.l.generaliter. 13. in princ. C. de non num. pecun. ex quibus dissentientes colligunt: exceptioni non numeratæ pecuniæ locum haud esse, quando debitor chirographo suo professus est, se ante annum pecuniam à creditore accepisse. *Nam* leges illæ de facti specie longè diversa loquuntur; nempe cùm quis confitetur, se debitorem esse alterius ex aliâ, quàm crediti, causa præcedente; utputa si quis in chirographo fateatur, se alicui debere centum, quæ ante annum nomine depositi accepit; vel quæ ante annum ex causa emptionis præstare tenebatur. Hoc casu non inquiritur, an pecunia numerata sit: sed an causa ve-

sa verè præcesserit, nec nè: & confessioni statur, donec contrarium doceatur. *Fachin. d. cap. 83. ad finem.*

34 De illo quoque acriter inter Interpretes litigatum est: utrùm exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui testibus præsentibus confessus est, se accepisse pecuniam, quo se chirographo obliganti & confitenti concedi solet? Et quidem plerique statuunt, istam exceptionem eodem modo competere ei, qui citra scripturam, mediante stipulatione, præsentibus testibus; sese creditori ad restituendam pecuniam, quam se accepisse professus est, obligavit, quo competit & conceditur illi, qui mediante scripturâ confessus est, sese alteri pecuniam debere, *Bartol. nu. 3. Bald. numer. 14. & Salicet. numer. 14. in d. l. si ex cautione 3. Cod. de non numer. pecun. Duaren. ibidem. cap. 1. in princ. Alciat. in l. qui pecuniam. 30. circa finem ff. de reb. credit. si cert. pet. Faber hic num. 7. & Fachineus. d. lib. 2. contro vers. jur. cap. 85.* Verùm alii, ipsa rei veritate penficulatiùs considerata, rectiùs concludere jam mihi videntur: debitorem, si citra scripturam, testibus præsentibus sese pecuniam accepisse confessus sit, isthâc confessione non obligari: sed ipsi semper liberum esse negare, se id accepisse, de quo confessus est; & eam in rem, post biennium etiam probationem inducere: hacque probatione impletâ, omnino absolvendum esse. *Accursius in l. si non singuli. 5. Cod. si certum petatur. Donellus lib. 14. Comment ar. de jur. civ. c. 30. pag. 368. hocq; laudans Iohannes Kitzelius d. cap. 8. numer. 10. Vide 1. fol. abhinc 5. & seqq.*

35 Cùm enim Justinianus Imp. *in d. l. in contractibus. 14. Codic. de non num. pecun. & in hoc tit. nostr.* scriptam cautionem nominatim exigat, adeòque sine scripturâ obligatio literarum exoriri nequeat: inde satis manifestum fit, quòd ex stipulatione, citra scripturam, hujusmodi exceptio non numeratæ pecuniæ, tam ante, quàm post biennium, in modum exceptionis regularis, cum suscepto onere probandi, opponi possit.

36 Non obstat huic conclusioni §. *idem juris. 2. infr. de exceptionib. & l. cùm ultra. 9. Cod. de non num. pecun.* quorum locorum in utroque cùm præcipiatur, exceptione non numeratæ pecuniæ & eum defendi debere, quem ex stipulatione dare oportet: ex eo evincere conantur adversarii, quòd exceptio non numeratæ pecuniæ, intra biennium retractandæ confessionis ergò opponenda, sicque privilegiata, etiam detur ei, qui sine scripto, stipulanti creditori, pecuniam sese daturum seu soluturum, promisit. Non obstant, *inquam*, illi textus. Quando enim Imp. Justinianus *in d. §. 2. in fin. infr. de exceptionib.* rem totam, de quâ priùs in isto §. constituerat: expressè revocat ad constitutionem suam, *in d. l. in contractibus. 14. Cod. de non num. pecun.* certè textus ille Institutionum secundùm dictam modò legem, quam diximus nominatim exigere scriptam cautionem, accipiendus erit: sicuti etiam *d. l. cùm ultra. 9. C. d. tit.* cùm generalis sit, nec quicquam exprimat, scriptòne quis promiserit, an sine scripto, ex aliis legibus ejusdem tituli supplenda: atque adeò utrobique stipulationi cautionem scriptam in crediti sive mutui causa adjectã fuisse, omnino præsupponendum est, *argumento hujus tituli nostri, & dicta l. 14. Cod. de non num. pecun.* Nihil siquidem (dummodò cautio scripta sit) quoad dandam exceptionem non numeratæ pecuniæ, refert: utrùm ea sola sit, an verò ei aliud quippiam, majoris securitatis gratiâ accesserit, puta pignoris obligatio, stipulatio, vel etiam jurisjurandi religio. *l. 1. l. 3. d. l. 9. & l. fin. Cod. eod.* Nam & aliàs in jure nostro haud infrequens 37 est, ut & priores leges ad posteriores trahantur, & posteriores ad priores. *l. non est novum. 26. & duab. seqq. ff. de legib. Donell. & Kitzel. locis preallegatis.* Adde Döringium *in Bibliotheca juriconsultor. tom. 1. in verb. actio chirographaria. num. 6. fol. 297.*

Sed nec ille casus admodum planus est: si videlicet 38 lege municipali seu statuto civitatis caveatur, certas duntaxat exceptiones, puta solutionis, compensationis, rei judicatæ, &c. contra instrumentum opponi debere, an adhuc vim suam exerceat hæc non numeratæ pecuniæ exceptio? Et, non obstante opinione Baldi, id negantis *in l. pecun. 14. C. de solution. nu. 4. & in l. 3. Cod. de postuland. in celum ult.* aientium sententiam veritati magis accedere, puto. Ejusmodi namque *ἀναργυρίας* exceptio inest ipsi obligationi & confessioni; quia lex præsumit, confessionem factam spe futuræ numerationis, & intra biennium exceptionem concedit. Quare in dubio nunquam à lege municipali talis exceptio exclusa censeri debet: quemadmodum nec, si quis jurejurando fateatur, se accepisse, impeditur, quò minùs excipere possit. *l. ult. Cod. de non numer. pecun.* Neque enim obligationi videtur 39 consentire, qui se accepisse confitetur; nisi pecunia numeretur: proindeque injustum esset civitatis statutum, quo exceptio illa rejiceretur. Non autem ea recipienda est interpretatio, quâ quispiam injustè opprimatur, quâ lex iniquitatis arguatur, & à sapientibus reprehendi mereatur, *argum. l. Salvius Aristo. 6. ff. de legat. prestand. Menoch lib. 2. de arbitrar. judic. quæst. cent. 2. cas. 199. numer. 8. & seqq.* Atque ita tenent *Cynus ad d. l. in contractibus. 14. C. de non numer. pecun. Iason. ad l. qui pecuniam 30. num. 7. ff. de reb. cred. si cert. pet. Felin. in cap. si cautio. 14. num. 47. de fide instrument. Gomez. lib. 2. var. resolut. cap. 6. numer. 3. eosq; citans Fachineus lib. 2. controvers. jur. cap. 84.* Sanè expressè tolli statuto hanc exceptionem posse, 40 non negandum est, *argum. l. uto ex pretorio. 27. ff. de reg. jur. & l 2. in fine. Cod. de constitut. pecun.* Jure siquidem civili ea est inventa, *hoc tit. nostro. & tot. tit. Cod. de non num. pecun.* Igitur per statutum tolli poterit. §. *sed naturalia. 11 supr. de jur. natur. gent. & civ. Bald. in fin. Salicet. numer. 20. & Eman. Costa. fallent. 13. in d. l. si ex cautione. 3 C. de non nu. pecun. Felin. in d. c. si cautio. 14. numer. 35. de fide instrument.* Quòd si statutum nullum extet: ubivis locorum 41 regulariter exceptionem hanc, etiam inter mercatores, habere locum, probabilius est. Nam licèt de hoc quidam addubitent, *Iason & Decius in d. l. qui pecuniam. 30. ff. de reb. credit. si cert. pet. Wesenbec. consil. 31. num. 23. vol. 1. Zanger. d. tract.*

de ex-

de exceptionib. cap.14.part.3 numer.54 edit postr. & alii: tamen magna ratio est, cur his etiam magis, quàm ullis aliis, propter promiscuū chirographorum & literarum usum, sit subveniendum, ut rectè docuerunt. *Costa in d.l.3 fallent.18. Codic. de non num. pecun. Straccha in tract. de mercatura. tit. quomodo in causis mercator. proced. cap. de exception. num. 9. Fachin. d. lib. 2. cap. 86. Matth. Stephani. cent. 3. quaest. 60. Kitzel. d. exeges de obligat. mutui. c. 8. n. 19. & Petrus Heigius in hoc tit. n. 73.*

Praeterea competit haec ἀναργυρίας exceptio non
42 debitori solùm, sed & ejus, heredibus: ita tamen, ut nihil amplius illis detur, quàm reliquum tempus, quod defuncto ad exceptionē supererat. *Exempli gratiâ:* si post chirographum emissum, intra annum decesserit debitor: heredi eadem exceptio competit, sed intra annum duntaxat: quia tantum temporis solummodo relictum erat defuncto ad querimoniam movendam. *l. si intra. 8. Cod. de non num. pecun.* Si autem tempus legitimum elapsum fuerit: heres, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compellitur. *d. l. si intra. 8 in fine. Cod. eod.* Sed quando tempus istud reliquum
43 heredi cedat, an à die aditae hereditatis, vel petitae bonorum possessionis, an verò à die mortis debitoris, controvertitur? Et posterius mihi magis probatur, *argumento. d. l. in contractibus. 14. in princ. ibi, intra solum biennium continuum Cod. d. tit. & l. captam 14*
44 *ff. de usurpat. & usucapionib.* Neque resistit textus *in l. ea, quae 5 §. ult. Cod. de tempor. in integr. restitutionis, &c.* ubi traditur: tempus petendae restitutionis in integrum, in quam heres successit, non cedere vel computari, nisi ab aditâ hereditate. *Multùm* enim interest, utrùm quaeratur de inchoanda praescriptione, an verò de complendâ. Initium seu inchoatio à certo tempore incipit: quod tempus non cedit heredi, nisi post aditam hereditatem *d. l. ea, quae. 5. §. ult. Cod. eod.* At hoc tempus, de quo hic agitur, tanquam semel coeptum continuatur & progreditur, nec morte debitoris interrumpitur: alioquin tempus istud non diceretur continuum. *Ita docent Glo. Bald. Castrens. & alii in d. l. si intra. 8. Cod. de non num. pecun. Sichard. ad rubric. Cod. d. tit. n. 10. Angel. in §. idem juris. 2. n. 3. infr. de exceptionib. & Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. n. 49. & seq edit. ult.*

45 Non inutiliter & illud dubium hoc loco movetur: utrum minor 25. annis, qui successit debitori in id tempus, quod restabat, eo tempore finito, adhuc ἀναργυρίας exceptione uti possit? Et quidem ipso jure non possit: sed per restitutionem in integrum illum juvari, communiter, & rectè quidem, receptum videtur. *d. l. si intra. 8. Cod. de non num. pecun. & l. unic. Cod. si advers. usucap. Glos. in l. fin. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. ubi Cynus n. 4. & Bartol. n. 6.* Licèt enim tempus seu praescriptio contra minorem & pupillum currat, is tamen semper in integrum restituitur, nisi contrariū sit expressum, *argum. l. 1. §. 1. ff. de minoribus 25. annis. Angel. d. §. idem juris. 2. num. 3. vers. advertas infr. de exceptionib. Francisc. de Caldas ad l. si curatorem. in verb. suâ facilitate n. 48. cum seqq. & n. 94. Cod. de in integr. restitut. minor.*

Zanger. d. cap. 14. n. 51. Caeterùm si minor ipse chirographum dederit: aliud dicendum erit. *l. sancimus. 5 Codic. in quib. caus. in integr. restitut. necessaria non est.* ubi Justinianus eleganter rescripsit: *melius esse, intacta minorum jura servari, quàm post causam vulneratam remedium quaerere.* Illud quoque hîc 46
quaerere libet: num creditor habens chirographum, 47 an verò debitor hanc exceptionem opponens, docere debeat, se esse intra biennium? Sed hoc posterius meritò negatur. *argum. d. l. fin. Cod. in quib. caus. in integr. restitutio, &c.* Sufficit etenim allegare, se chirographum spe futurae numerationis dedisse, nec pecuniam hactenus numeratam esse, *argum. l. si minorem. 4. Cod. de in integr. restitut. minor. & d. l. si ex cautione. 3 ubi Dd. Codic. de non num. pecun.* Planè hanc exceptionem in judicio, etiam post litem contestatam, 48 opponi posse, certum est: siquidem inter peremptorias refertur, quae regulariter ad litem usque finitam sive sententiam opponi possunt. *l. praescriptionem 8. Cod. de exceptionib. l. peremptorias 2. Cod. sententiam rescindi non posse, Angel. in d. §. idem juris. 2. numer. ult. infr. de exceptionib.*

De renunciatione hujus exceptionis non numeratae pecuniae sic sentiendum est: quòd renunciatio debitoris, in instrumento confessionis posita, nullum habeat effectum: propter identitatem rationis. Quâ 49 enim facilitate & fragilitate quispiam inducitur ad confitendum, eâdem inducitur ad renunciandum *l. si mulier. 22. Cod. ad senatusc. Vellejan. l. doli 19. vers. diversum. ff. de novationib. & delegat.* Deinde si renunciatione admitteretur isthaec exceptio debitoris: remitteretur creditori dolus futurus: & impunitate eidem proposita, invitaretur ad peccandum & delinquendum. Nam si pecuniam non numeravit: consequitur hac renunciatione, ut liceat ei postea impunè non numerare, & ita debitorem fraudare. Hujusmodi autem pactionem nullius momenti esse, constat *ex l. si unus 27. §. illud. 3 ff. de pactis & l. illud. 5. §. 1. ff. de pactis dotalibus.* Atque ita censent *Cynus, Bartol. Bald. Salicet. & Sichardus num. 10. in d. l. 3. Codic. de non num. pecun. Michael Graff lib. 2. opinion commun. cap. 11. quaest. 11. Mascard. in tract. de probationib vol. 2. conclus 695. num. 14. Colerus in tract. de processib. execut. part. 1. c. 10. n. 212. Zang. d. tract. de exceptionib. cap. 14. n. 71 & seq. part. 3. ed. ult. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 14. cap. 37. lit. f. Schneidevvin. hic n. 19. & Heigius n. 58. cum seqq. Kirchov. in commun. opin. verb. exceptio. Schikhard disput. 3. ad Instit. thes. 7. sub lit. b & in resolut. quaest. 2.* Tametsi dissentiant *Azo & Accursius in d. l. 3. C. de non num. pecun. Hieron. de Cavall. in specul. suo com. opin. quaest. 365. & novissimè Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 6 quaest. 3 & Bachov. in not. & animadvers. ad Treutler. vol. 2. disp. 26. th. 5. lit. E. vers. renunciari. pag. 759. & seq.* Planè renunciationem debitoris ex intervallo temporis, & post cautionem creditori jam traditam, interpositam (cùm hoc casu deficiat superior ratio) valere, plerique statuunt, *argum. l. Titius. 24. ff. de pignorat. act. ibiq. Bartol. l. Ballista. 32. ff ad senatusc. Trebellian. d. l. si mulier. 22. C. ad SC. Vellejan. Sichar-*

dus

dus-numer 12. & reliqui Dd. in d. l. 3. C. de non num.
50 *pecun. Mascard. d. conclus 695. numer. 15. & alii.* Sed
& renunciationem, jurejurando confirmatam, vires
suas obtinere, crebriùs placuit, *argum. l. 1. & Auth.*
sacramenta puberum. Cod. si advers. vendit. c. cùm
contingat. 28. de jurejurand. quamvis. 2. de pact. in 6.
Bartol. in l. fin. C de non numer. pecun Salicet. in d. l. 3.
numer. 25. Cod. eod. ib. Eman. Costa fallent. 1. & 9.
Felin. in c. si cautio. 14. num. 50. de fide instrument. Col-
ler. Zanger. & Heig. locis praallegatis. Cùm itaque
renunciatio debitoris, adhibito juramento, valeat se-
cundùm communiorem opinionem: hæc practica
traditur à Bartolo *in d l fin.* & Sichardo *in d. l. 3. num.*
ultim. Codic. de non numer. pecun. ut quamvis exce-
ptionem eo casu debitor opponere nequeat, sed pecu-
niam solvere teneatur: attamen eandem summam so-
lutam per condictionem sine causa, vel ob turpem
causam, repetere possit, *tot. tit. ff. de condict. sine caus.*
& tit. ff. de condict. ob turp. vel injust. caus. argumento
cap. debitores. 6. ext. de jurejurand.

51 Porrò cessat hoc exceptionis non numeratæ pe-
cuniæ beneficium, si debitor fidem cautionis vel chi-
rographi quocunque modo agnovisset. *l. cùm fidem*
4. ibiq; Dd. Cod. de non numer. pecun. Mynsinger. hic
numer. 15. & Rittershus circa finem. vers. casus, qui-
bus. &c. Ecquid verò si is, qui chirographo decem se
52 à Titio accepisse fuerit confessus, postea simpliciter
quinque solvat, cautionis fidem plenè approbasse vi-
deatur, obscurum est? Sed ego negativè decidendum
reor: ita ut ratione portionis non numeratæ, adhuc
exceptio illa competat, *argum l. minorem 2. Cod. d. tit.*
Salicet. in d l. cùm fidem. 4 Cod. eod. Angel. in pradicto
§. idem juris. 2. numer. 38. infr. de exceptionib. Sanè
dictam *l. 4. Codic. de non numer. pecun.* procedere
quidam existimant: si debitor, solvens quantitatem
aliquam, evidenter referat se ad majorem quantita-
tem chirographo contentam: cùm aliàs indebitũ il-
le magis solvisse, quàm fidem cautionis agnovisse vi-
deatur. *Bartol. in d l. 4. Cod. eod. Iason. in l. qui pecu-*
niam. 30. numer. 5 ff. de reb. credit. si cert. pet. Heigius in
hoc tit. numer 68. & seq. Illud quoque non satis cla-
53 rum & expeditum est: utrùm hæc *ἀναργυρίας* exce-
ptio in ultimâ voluntate locum habeat; purà si testa-
tor in testamento confiteatur, se à Titio recepisse cer-
tam quantitatem ex causâ mutui, jubeatque ei solvi:
num heredes illam nihilominus obiicere possint?
Quod negandum censeo, *argum. l. unic. Codic. de pe-*
cul. ejus, qui libertatem meruit. Gloss. in l. 1. Cod. de
falsa caus. adjecta legato. Cyn. & Salicet. in l. in con-
tractibus. 14. Cod. de non num. pecun. Iason. in d. l qui
pecuniam. 30. num. 3. ff de reb. credit. si cert. pet. Felin. in
d. cap si cautio. 14. num. 54. de fid. instrum. Gomez. d.
tom. 2. var. resolut. cap. 6 n. 5. Ejusque ratio hæc est:
quia etsi falsa sit legati vel debiti causa testamento ex-
pressa, tamen in vim fideicommissi resolvitur reli-
ctum: quòd præsumatur testator, exonerandæ con-
scientiæ causa, etiam debita non valida solvi voluisse,
vel saltem vera confitendo in peccato mori noluisse;
dicique nequeat, spe futuræ numerationis à mori-
bundo emissam confessionem. *l. Lucius. 88. §. quis-*
quis. 10. ff. de legat. 2. Glos. in d. l 1. Cod. de fals. caus. ad-
ject. Costa in d. l. si ex cautione. 3. fallent. 11. Cynus,
Castrens. & alii in d. l. in contractibus 14. Cod. de non
n. pecun. Vasq. de success. creat. lib. 1. § 9. n. 29. hosque
referens Heigius in hoc tit. n. 64. Præterea cõfessio- 54
nem geminatam seu repetitam, si videlicet à princi-
pio in instrumento debitor, & post temporis interval-
lum rursus numerationem confessus fuerit, hujus ex-
ceptionis privilegium excludere, non valde ambigi-
tur. *d. l. in contractibus. 14 §. sed quoniam. 1. circa fi-*
nem. ibiq; Gloss. super verb. penitus. Cod. de non num.
pecun. argum. d. l. Ballista. 32. ff. ad SC. Trebellian. l.
cùm scimus. 22. C. de agric. & censit. & d. l cùm fidem.
4. Codic. de non n. pec. & ibidem Cynus in fine. Panor-
mitan. in d. c. si cautio. 14. n. ult. de fid. instrument.
Matth. de Afflict. decis. 110. in fin. Emanuel Costa in d.
l. si ex cautione. 3. fallent. 14. Cod. de non num. pecun.
Schneidevvin. n. 18. & Heigius n. 65. in hoc tit. nostro.
Licèt frustra reclament *Felinus in d. c. si cautio. 14. n.*
56. de fide instrum. & Decius in l. 1. n. 30. Cod. de pactis.
Deniq; exceptio ista vim suam amittit in tutore, qui 55
confessus est, à pupillo suo se mutuò accepisse, eique
debere: ita ut hanc exceptionem opponere non pos-
sit, *argum. l. quotiens. 9. §. non tantùm 7. ff de admini-*
strat. & peric. tutor. Facit enim hoc favor pupilli:
nec verisimile est, tutorem spe futuræ numerationis
confessum esse, qui in manu ac potestate habet pupil-
li pecuniam. *Iason in l. singularia. 15. ff. de reb. credit.*
si cert. pet. n. 21. & ibidem Decius n. 8. Sichard. in d. l.
in contractibus 14. §. sed quoniam. in fine. Cod. de non
n. pecun. qui idem in curatoribus & administratori-
bus sive prælatis Ecclesiarum obtinere autumat, *per*
l. civitas. 27. ff. de reb. credit. si cert. pet. & auth. hoc jus
porrectum C. de sacrosanct. Eccles.

Tandem exceptio hæc non solùm debitorem re- 56
spicit: sed & creditori tribuitur: quam opponere po-
test contra apocham sive (*uti vocant.*) quietantiam,
quâ pecuniam sibi solutam esse confitetur. Cæterùm
non idem eum debitore tempus, sed brevius, triginta
nempe dies, habet *d. l. in contractibus. 14. §. super ca-*
teris. 2. C. de non num pecun. Ratio brevitatis tempo- 57
ris in creditore; biennii verò in debitore, varia reddi
solet. *Tum* quia ubi majus periculum intenditur, ibi
cautiùs agendum, & magis subveniendum est. *l. 1. §.*
sed & si quis. 5. vers. nam vel. magis. ff. de Carbon. edict.
c. ubi periculum 3 de elect. in 6. Tum quia favorabi-
liores sunt leges ad liberandum, quàm ad obligan-
dum. *l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & actionib.* Tum
etiam, quia non præsumit lex, tam facilè creditorem,
atq; debitorem, non factâ numeratione, cautionem
talem scripturum. *Heig. hic num. 30.* Tum postre- 58
mò, quia haud tanta aviditas creditoris est, pecuniam
suam recipiendi: quanta debitoris mutuum deside-
rantis & anhelantis, *Dd communiter in d. l. in contra-*
ctibus. 14. §. super cateris. 2. Cod. de non num. pecun.
Sic autem isthæc exceptio intra triginta dies credito-
ri competit; ut intra hos dies illi potestas fiat queren- 59
di, sibi pecuniam solutam non esse. Id si rectè facit,
exceptionem efficit perpetuam. *d. l. in contractibus.*
14. §. in omni. 4. C. eod. Post illud verò tempus ela-

psum creditor exceptionem amittit ut omnimodo cautioni suæ stare cogatur, nec possit querelam movere de pecuniâ sibi non solutâ, etiamsi onus probandi, pecuniam solutam non esse, in se recipere velit, *d. l. in contractibus. 14. § super cæteris. in fin. C. d. tit. ibiq; Bald. in princ. Castrens. n. 28. & 29. Salicet. n. 15. & Sichard. n. 5. Wesenbec. consil. 42. n. 28. & 29. vol. 1. & Zanger. d. tract. de exceptionib. part. 3. cap 14. num. 30. & seqq. edit. postr.* ubi *n.* 33. subjicit, contrarium defendere, *post Dynum*, Emanuelem à Costa *in repetitione sæpe allegata l. si ex cautione 3. §. 6. diff. ult. num. 6.*
60 *C. de non num. pecun.* Mantissæ vice hic addi potest illa non vulgaris quæstio: si quis receptâ syngraphâ sive quietantiâ, creditori suo integrum debitum solvit: sed quietationem vel amisit, vel se habere ignoravit, creditore iterum conventus & condemnatus solvit: an repertâ quietatione solutum repetere possit? Et quòd debitum solutum per condictionem sine causa repetere possit, Doctores unanimiter asserunt, *argum. l. si sponsus. 5. §. si uxore 7. in fine ff. de donationib. inter. vir. & uxor.* Hujusque assertionis hanc
61 assignant rationem: quia per repertam quietantiam reducitur sententia ad non causam, cùm ea lata fuit ex instrumento, quod nullum, & per solutionem factam cassatum fuit, *argum. principii tit. infr. quib. mod. tollit. obligatio.* Solutum autem per sententiam repetitur per condictionem sine causâ, quando causa, ex quâ fuit lata sententia, ad non causam reducitur. *Bald. in l. si fullo. 2. ff. de condict. sine caus. & in l. si fidejussor. 29. §. in omnibus. 5 ff. mandati. Speculat. lib. 2. part. 3. tit. de execut. sentent. §. postremò 6. num. 7 & seq. Paul. de Castro. consil. 257. incip. in causa, quæ vertitur. n. 3. & seq. lib. 2. Iason in l. Imperatores. 55. num. 12 & seq. ff. de re judicat. Beust in l. admonendi. 31 ff. de jurejurand. numer. 21. & multis seqq.* Quos omnes refert & sequitur Matthias Berlichus *decis. 62. num. 4.* subjiciens, *num.* 6. ita etiam respondisse Iurisconsultos Wittenbergenses ad consultationem Petri Meinædens, *Anno 1616.* Enim verò isthæc assertio vera cen- 62
setur in ipso creditore, qui in dolo fuit, & solutionem vel quietationem factam scivit: eò quia ipse solutionem accepit, per notata Iasonis, *in d. l. Imperatores. 35. ff. de re judicat. numer. 12. post princip.* Idq; adeò procedit: ut, si alia remedia cessarent & deficerent, debitori ad repetitionem soluti, actio de dolo competat, *juxta Angel. in l. si fine. 22 §. si procurator. 8. ff. rem ratam haberi & Paulum de Castro in d. l. Imperatores. 35. ff. de re judicat. numer 3. & seq.* Cæterùm si cre- 63
ditor non est in dolo, putà quia est heres, & non ipsi, sed ejus prædecessori fuit solutum: tunc debitori succurritur per restitutionem in integrum, ex clausulâ illâ generali, si qua alia mihi justa causa esse videbitur. *l. 1 §. ult. ff. ex quib. caus. majores 25. annis in integr. restit. Paul. de Castr. prædicto consil. 257. incip. in causa, quæ vertitur. numer. 1. & seqq per tot. lib. 2. Alexand. consil. 84. incip. in causa vertente. numer. 4. lib. 1. & consil. 69. incip. in causa & lite. numer. 4. & seq. lib. 3. Cardinal. Tusch. tom. 7. verb. sententia. conclus. 160. numer. 29. & seq. eosq; laudans Berlichius d. decis. 62. numer. 8. pag 136.*

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

TITULUS XXIII.

1 Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi: quia neq; scriptura, neque præsentiâ omnimodo opus est. At nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio: sed sufficit eos qui negocia gerunt, consentire. Vndè inter absentes quoque talia negocia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet: cùm alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

SVMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Omnes obligationes consensum requirunt.*
3 *Cur obligationes ex consensu, consensu contrahi dicantur.*
4 *Obligationes ex consensu quomodo differant à cæteris.*
5 *Prima differentia.*
6 *Contractus ex consensu etiam inter absentes, per epistolam, vel nuntium, perfici possunt.*
7 *Non ipse nuncius contrahere dicitur: sed per nuncium, ut & per epistolam, absentes contrahere intelliguntur.*
8 *Procurator domini personam repræsentat, eiq; acquirit obligationem.*
9 *Secunda differentia.*
10 *Tertia differentia.*
11 *Quamvis contractus hic enumerati consensu fiant: non tamen fieri possunt pacta.*
12 *Num emptio-venditio, locatio-conductio, societas & mandatum propriè loquendo sint contractus.*
13 *Cur isti contractus solo consensu fieri dicantur.*
14 *Intellectus l. traditionibus. 20. C. de pactis.*

Obliga-

OBligationib⁹, quę re, verbis, & literis ineuntur, diſ
1 cuſſis: ſequitur quarta & poſtema ſpecies obliga-
tionũ ex contractu, nempe obligatio, quæ ſolo con-
2 ſenſu fieri dicitur. Etſi enim omnes obligationes cõ-
ſenſum neceſſariò requirunt. *l. 1. §. conventionis. 3.*
verſ. adeò autem. ff de pact. l. in omnibus rebus. 55. & l.
in omnibus negociis. 57. ff. de obligationibus. & actio-
nib. hæ tamen quatuor ſolæ hîc enumeratæ, videlicet
3 emptio-venditio, locatio-conductio, ſocietas & man-
datum, conſenſu contrahi ideo dicuntur: quia hæ ſo-
læ nuda voluntate, nudòve & ſolo contrahentium
conſenſu perficiuntur: cùm in cæteris tribus contra-
4 ctuum generibus, præter conſenſum, aliud quid ſit
neceſſarium: ut in iis contractibus ſeu obligationi-
bus, quæ re celebrantur, rei datio ſive traditio & nu-
meratio requiritur, *de quib. ſupr. tit. quib mod. re con-*
trahit. obligat. in ſtipulatione, præſentia & verba ſo-
lennia deſiderantur, *de quâ ſupr. tit. de verbor. obligat.*
& ſeqq. in literarum obligatione, ſcriptura exigitur
5 *de quâ modo explicatum tit præcedente.* Atque hæc
una eſt differentia, quâ hæ obligationes ex conſenſu
ſecernuntur à cæteris, de quibus titulis ſuperioribus
dictum: quòd nimirum in ſuperioribus illis non ſuf-
ficit nudus conſenſus; ſed præter eum aliquid ampli-
us requiritur: in his vero ſolus ac nudus conſenſus
ſufficit, *l. 2. §. 1. & l. obligamur. 52. §. pen. & ult. ff. de*
6 *obligationib & actionib.* Et quia in iis ſolus ſufficit
conſenſus: etiam inter abſentes, per epiſtolam, vel per
nuntium, perfici poterunt, ut docet Juſtinianus *hic in*
verſ nudo inter abſentes, &c. & Cajus *in d. l. 2 §. 2. ff.*
de obligat. & actionib. Eſt igitur hoc proprium ad-
junctum horum contractuum, qui conſenſu fiunt,
quòd inter abſentes quoque per epiſtolam, vel nun-
cium perfici poſſunt. Ipſa tamen obligatio in nuntii
perſonâ non conſiſtit: cùm ille miniſterium tantum-
modò ad ipſum contractũ præſtet, *arg. l. & litèt. 15.*
7 *ff. de conſtit. pecun.* Vnde non ipſe nuncius contrahe-
re dicitur: ſed per nuntium, ut & per epiſtolam, abſen-
tes quemadmodum paciſci, ſic & contrahere intelli-
guntur. *l. 2 ff. de pactis.* Alia ratio & conditio eſt pro-
8 curatoris: qui domini perſonam repræſentat, eique
obligationem acquirit. *§. ex his itaq. 5. ſupr. tit. per*
quas perſon cuiq. acquirit. & tradit Dn. Collega Bo-
9 *cer. hic numer. 15. & ſeqq. pag 353.* Eſt & altera inter
has & ſuperiores obligationes differentia: quod hæ
obligationes ſeu contractus ex conſenſu, omnes u-
trinque ſint obligatorii, *hoc tit. noſtro. in fine. inſtio.*
tit. ſupr. de auctorit. tutor. l. 2. §. ult. ff. de obligat. & act.
l. Labeo. 19. ff. de verb. ſignificat. ſuperiores autẽ ob-
ligationes ſive contractus non omnes ultrò citroque
obligatorii ſint; ſed quidam tantùm ab uno latere:
ut mutuum & ſtipulatio. Nam mutuò accipiens,
danti obligatur, non contra. Sic in ſtipulatione pro-
10 miſſor duntaxat ſtipulatori, ſtipulator vero promiſ-
ſori non obligatur. Indicatur hic in fine & tertia inter
has obligationes, quæ conſenſu fiunt, & ſuperiores
illas differentia: quod hæ omnes ſint bonæ fidei: ac
idcirco officiò judicis ex æquo & bono multa præ-
ſtentur, de quibus expreſsè non eſt inter contrahentes
conventum: ut ſunt uſuræ, fructus, intereſſe, & aliæ
acceſſiones: illæ verò non omnes ſint bonæ fidei, ſed
quædam tantùm: & quædam ſint ſtricti juris, ut mu-
tuum, ſtipulatio, nominum ſive literarum obligatio;
eamque ob cauſam in iis nihil veniat præſtandum, ni-
ſi de quo nominatim inter contrahentes actum eſt &
cautum. *l. quia tantundem. 7. ff. de negoc. geſt. l. quic-*
quid aſtringenda. 99 ff. de verb. oblig. Illud hic obſer- 11
vandum: quòd quamvis iſti contractus, de quibus in
titulis ſubſequentibus tractatur, conſenſu fiant: non
tamen fieri poſſint pactis: licèt in his etiam conſenſus
verſetur. *Verbi gratiâ*: emptio-venditio contrahitur
conſenſu: non autem pacto de vendendo: adeòq; nõ
ſufficit de vendendo in futurum concepta conventio.
Aliud quippe eſt venditio: aliud promiſſio, ſive pa-
ctum de vendendo: ut, *poſt Hartmannum Hartman-*
ni ab Eppingen. miſcellan. ex jur. civ. cap. 1 obſ. 2. num.
1. & Antoninum Teſſaur. deeiſ. 233. numer. 9. à ſe cita-
tos. annotavit Rittershuſius hîc in fine, & D. Martinus
Rümelin. *exercitat. 15. ad Inſtitut. th. 2. ad lit. a p. 130.*
Idque diffuſius, more ſuo, explicat Tiraquellus, *de re-*
tract. convent. §. 5. ad fin. titul. Gloſ 2. n. 42. & ſeq.

In quæſtionem vocari hoc loco & illud poterit:
nunquid emptio-venditio, locatio conductio, ſocie- 12
tas & mandatum, ſint propriè loquendo contractus?
Quòd licèt neget Giphanius *ad l. jurisgentium. 7. §.*
ſed cùm nulla 4. ff. de pact. ubi ait, hos contractus, qui
conſenſenſu conſtant, nihil eſſe aliud, quàm nuda pa-
cta; tantùmque nomine differre, quòd nuda ſcilicet
pacta nullum habeant nomen; hi contractus habe-
ant: nos tamen illud affirmam⁹, moti non ſolum hoc
titulo, ſed omnibus textibus illis, in quibus hi contra-
ctus ex conſenſu dicuntur contractus. Nec obeſt quid- 13
quam, quòd hi contractus paſſim nudo conſenſu fie-
ri dicantur, *hic & d. l. 2. ff. de obligat. & actionib. l. qui*
ad certum. ibi, ſed nudo conſenſu convaleſcunt. ff. lo-
cati conducti. l. quod ſi nolis. 31. §. illud. 18. ff de adilit.
edict. l. prout. 80. ff. de ſolut. & liberat. l. nihil. tam na-
turale. 35. ibi, nudi conſenſus obligatio. ff. de reg. jur.
Nam non ideo iſti contractus dicuntur fieri nudo
conſenſu, quòd nullum habeant in ſe negocium: ſed
quia (ut Juſtinianus hîc loquitur, & Cajus *in d. l. 2. ff.*
de obligat. & act.) neque ſcripturâ, neque præſentia
omnimodo opus eſt: ac nec dari quicquam neceſſe
eſt, ut ſubſtantiam capiat obligatio. Habere autem
contractus iſtos in ſe negocium, non dubium eſt, &
conſtat ex traditis per Vulteium *ad principium t. ſupr.*
de obligationib num. 33. & ſequentib.

Similiter non obſtat *l. traditionibus. 20. C. de pact.* 14
ubi nudis pactis (hoc eſt, contractibus, qui nudo con-
ſenſu fiunt) non dicuntur transferri dominia rerum.
Etenim in iſtâ lege nuda pacta dicuntur illa, quæ à
traditione ſunt nuda: ſiquidem Impp. Diocletian. &
Maximianus pacta nuda traditionibus perſpicuè op-
ponunt, *arg. l. 1. in princ. ff. de pignerat. act. & § inter-*
dum. 44 ſupr. de rer diviſione, &c Non igitur nuda
pacta ibi dicuntur, quæ nuda ſunt à cauſa ſeu negotio:
quemadmodum opinatur Giphanius *loco citato.* E-
amque rem novitet explicatiùs perſequitur Erasmus
Vngepaur *exercit. Inſtin. 12. quæſt. 1. pag. 438. edit. ult.*

DE EMPTIONE ET VENDITIONE,

TITULUS XXIV.

Principium Tit.

Emptio & venditio contrahitur, simulatque de precio convenerit: quamvis nondùm precium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scripturâ consistunt, obtinere oportet. Nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scripturâ conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propriâ contrahentium; vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impunè eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim subsecuto; sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor; perdit, quod dedit: nisi verò venditor; duplum restituere compellitur, licèt super arrhis nihil expressum est.

SUMMARIA.

1 *Emptionis & venditionis etymon, & significatio: ejusq; contra Grammaticos defensio.*
2 *Quid emptionis verbo contineatur.*
3 *Contractus hujus quot sint partes.*
4 *Origo emptionis & venditionis.*
5 *An, & qua emptio sit antiquior permutatione.*
6 *Emptio-venditio definitur.*
7 *Eam esse contractum juris gentium, ostenditur.*
8 *Nummus primâ hominum ætate incognitus.*
9 *Ad appellationem juris gentium quid requiratur.*
10 *Sententia l. fin. C. de veterum numismat. potest. & l. fin. Cod. de fals. monet.*
11 *Nummi inventio ad quod jus referenda.*
12 *Emptio venditio cur sit contractus nominatus.*
13 *Sensus l. Labeo scribit. 50. ff. de contrah. empt.*
14 *Contractus bonæ fidei & stricti juris, cur ita dicantur.*
15 *Emptio-venditio solo consensu perficitur.*
16 *Actio empti & venditi quando nascatur.*
17 *Consideratio l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.*
18 *Error in corpore, vel in pretio, vel in materiâ seu substantiâ officit emptioni.*
19 *Non item in pignore & stipulatione.*
20 *Error nominis, aut qualitatis, & in accessionibus, an & quatenus vitiet hunc contractum.*
21 *Ambigua conventio adversus eum, qui potuit legem contractui apertiorem dicere, interpretanda.*
22 *Cujacii erronea sententia confutatur.*
23 *Correctio legum odiosa, ac propterea vitanda.*
24 *Quod uni legi deest, ex aliâ supplendum.*
25 *Cur in judiciis ambigua intentio semper pro actore, contra reum, explicetur.*
26 *Exponitur l. si mihi & Titio. 110. §. ult. ff. de verb. obligat.*
27 *Nomine rei, sine quâ emptio non intelligitur, quid contineatur.*
28 *Intellectus l. ex empto. 11. §. fin. & l. si jactum. 12. ff. de actionib. empt. & num. 57.*
29 *Venditor tradere, non dare mercem emptori tenetur.*
30 *Quando venditor faciat emptorem dominum mercis.*
31 *De evictione quatenus teneatur venditor.*
32 *In morâ quando quis constituatur.*
33 *Num venditor præcisè cogatur ad tradendum, an verò interesse præstando liberetur.*
34 *Donatori necessitas tradendi rem donatam absolutè incumbit.*
35 *Verbum (oportere) præcisam necessitatem importat.*
36 *Verba (omnino, omnimodo, præcisè & similia,) cur prægnantia dicantur.*
37 *Restituere condemnatus, præcisè restituere cogitur.*
38 *In uno correlativorum dispositum, & in alio dispositum videtur.*
39 *Res eadem duobus an & quatenus citra falsi crimen vendi possit.*
40 *Nemini suus dolus patrocinari debet.*
41 *Alteri per alterum iniqua conditio non est inferenda.*
42 *Aliud pro alio invito creditori non solvitur.*
43 *Malignandi occasio vitanda.*
44 *Pacta & conventiones servanda.*
45 *Venditor cogitur implere venditionem.*
46 *Quod expressè fieri non potest, id multò minùs tacitè recipitur.*
47 *Dominus ad feudum tradendum vasallo compelli potest.*
48 *Argumentum à contrario sensu quando procedat.*
49 *Mens & sententia. l. 1. in princ. ff. de actionibus empt.*
50 *Interpretatio quæ sit recipienda.*
51 *Consideratio l. ex empto. 11. §. 9. ff. de action. empt. & l. contractus. 17. C. de fid. instrum. & num. 94.*
52 *Expositio l. vinum. 22. ff. de reb. credit.*
53 *Explicatio l. si traditio. 4. C. de actionibus empti.*
54 *Consideratio l. si ita distrahatur. 25. §. 1. ff. de contrah. empt.*
55 *Consideratio l. si in venditione. 60. ff. de evictionib.*
56 *Re emptâ evictâ, ad quid venditor emptori teneatur.*
57 *Explanatio l. si jactum. 12. ff. de actionib. empt.*
58 *Quibus ex causis juratur in litem, an in interesse præstando liberamur.*
59 *Jurejurando in litem quando sit locus.*
60 *Suæ rei emptio non valet.*
61 *In factis obligationibus, post moram obligatio ad interesse succedit. Item intellectus l. 72. & 75 § 7 ff. de verb. oblgat. Item an & quatenus promissor ex pacto de retrovendendo præcisè revendere teneatur.*

62 Ero-

62 *Enodatur textus in tit. 7. §. ult. lib. 2. feuder.*
63 *Fructus feudi ad vasallum pertinent.*
64 *Sine pretio emptio & venditio nulla est.*
65 *An uno nummo emptio contrahatur.*
66 *Intellectus l. 1. §. Divi fratres. 6. ff. de quæstionib.*
67 *Consideratio l. & quis sub. 10. C. de distract. pignor.*
68 *Sententia l. si ususfructus. 66. ff. de jure dot.*
69 *Qui actus imaginaria venditionis interventu celebrari consueverint.*
70 *Pretium certum quodnam censeatur.*
71 *Pretium in hoc emptionis contractu, in pecuniâ numeratâ consistere debet.*
72 *Emptor nummos venditoris facere tenetur.*
73 *Cur emptor nummos dare; venditor verò rem tantùm tradere necesse habeat.*
74 *Quæ substantialibus non differunt, an & quatenus inter se non differant.*
75 *Finis cujusq; rei præcipuè spectandus.*
76 *Merces in locatione, in quavis re fungibili consistere potest.*
77 *Insinuatio ad emptionis contractum necessaria jure Würtembergico.*
78 *Emptio solâ pretii conventione perficitur.*
79 *Mutuum numerationem desiderat.*
80 *Qualis consensus in emptione & venditione exigatur.*
81 *Arrha quid, & unde deducatur.*
82 *In quibus negociis, & à quibus arrha dari soleat.*
83 *Arrharum nomine quid detur.*
84 *Emptio in scriptis quid requirat.*
85 *Emptio tam sine, quam in scriptis, quomodo perficiatur.*
86 *Paria sunt, vel manu propriâ scribere instrumentum, vel se ei subscribere.*
87 *Quo casu subscribens sibi æquè præjudicet, ac si totum instrumentum scripsisset.*
88 *An & quatenus instrumentum emptionis probet, si pretium in eo non exprimatur.*
89 *Instrumenta, in quibus pretii & numerationis in genere fit mentio, contra quem fidem faciant.*
90 *Emptor & sponsus quando arrhas datas amittant.*
91 *Utrùm emptione perfectâ, arrharum dispendium, earum vè duplicatarum restitutio illam annihilet.*
92 *Ab emptione perfectâ, alterutro contrahentium invito, recedere non licet, ne quidem Principis rescripto.*
93 *Ad augendum inductum, diminutionem operari non debet.*
94 *Verus intellectus principii hujus tit. vers. donec enim, &c. & l. contractus. 17. C. de fide instrumentor.*
95 *Arrha an & quatenus sint argumentum emptionis contractæ.*
96 *Militari beneficio non renunciat, qui jure communi testatur.*
97 *Arrha quando venditori in pretium imputetur: quando item actione repetatur.*
98 *An & quando furiosus hunc emptionis contractum celebrare possit.*
99 *Furiosus in dubio perseverare in furore præsumitur.*
100 *Quid inspiciendum, si dubitetur, utrùm actus à furioso sit gestus tempore furoris, an intermissionis ejus.*
101 *Explicatur l. 2. §. voluntatem ff. solut. matrimon.*
102 *Pater filiæ, in potestate constitutæ, est loco curatoris.*
103 *Filius & servus sine patris & domini jussu, hereditatem adire nequeunt.*
104 *Sententia l. in eo jure. 45. §. 5. ff. de ritu nupt.*
105 *Consensui nihil tam contrarium est, quàm error.*
106 *Obligatio naturalis ex nudo consensu perficitur.*
107 *Obligatio alia ex re ipsa inducitur: alia ex consensu oritur.*
108 *Intellectus l. Marcellus. 25. ff. de fidejussorib.*
109 *Nemo invitus vendere vel emere cogitur.*
110 *Exponitur l. si cui legetur. 49. §. pen. & ult. item l. & si aquæ pretio. 66. ff. de legat. 1.*
111 *An & quatenus teneatur heres rem aliquam emere vel vendere.*
112 *Heres adeundo contrahere videtur.*
113 *Exponitur l. communi 7. §. ult. ff. commun. divid. & l. Iulianus. 13. §. idem Celsus. 17. ff. de action. empt.*
114 *Communio mater dissordiarum.*
115 *Emptor ad quæ intelligatur obligatus.*
116 *Princeps quatenus dicatur totius mundi dominus.*
117 *Enarratio l. 2. C. de communium rer. alienat.*
118 *Rem suam justâ ex causa quis vendere compelli potest.*
119 *Explicatio l. 1. C. de episcopali audient.*
120 *An tempore necessitatis quispiam cogi possit rem vendere, etiam minùs justo pretio.*
121 *Nunquid venditio, inter medicum & ægrotum periculosi morbi tempore contracta, valeat.*
122 *Inter advocatum & clientem, durante lite, nullus contractus fieri potest.*
123 *Actum facit nullum, qui facit contra legem prohibentem.*
124 *Emptio-venditio inter patrem & filiumfamilias regulariter contrahi nequit: ejusq; ratio.*
125 *Inter tutorem & pupillum, itemq; curatorem & adolescentem quatenus iste contractus iniri possit.*
126 *Tutori vel curatori rem pupilli aut adolescentis immobilem, sine decreto judicis, vendere non licet.*
127 *Quatenus procurator rem ipsius domini vendere valeat.*
128 *Administrans provinciam, an aliquid à provincialibus emere queat.*
129 *Quæ personæ emere & vendere possint, remissivè.*

PRimus & præcipuus contractus, qui solo perfici- 1
tur consensu, est emptio & venditio. Vendo, dictũ
quasi venum do, *u & m*, literis abjectis, *auctore Apul-*
ejo. quem refert & sequitur hic in rubric. Wesenb. n. 1.
& Stuckius p. 1. exercit. Iustin decad 12. *assert. 1. ad lit.*
b. ut sit vendere, quasi venum dare; id est, facere, ut ab
eo, qui tradit, aut traditurus est, res exeat, & veniat ad
eum, cui traditur: unde res, quæ traditur, dicitur venũ
ire; & contractiùs sive uno verbo, venire. Hinc vendi-
tor, qui rem pro pecuniâ tradit: hincq; hujus factum,
venditio. *Donell. lib. 13. Commentar. de jur. civ. c. 1. pag.*
131. *nu.* 20. Emo autem deductum putatur à Græco,
ἐμῶν (unde & ἔμπορος, id est, mercator; & ἐμπόριον, id
est, forum, sive locus, ubi merces venduntur) ut sit
quasi e tuo meum facio. Hinc emptor dicitur, qui
precium sive pecuniam dat pro re; & hujus factum,
emptio. *Forster. junior. lib. 3. tractationum. Iustin. Di-*
sput. 18. th. 1. Cui contradicit Wegnerus *disputat. 12.*
ad Instit. th. 1. lit. e. Cæterùm istam nominis notatio-
nem ineptam esse dicit Dn. Collega Bocerus *hic num.*
53. pag. 371. & rectiùs statui ait, hoc nomen primitivũ
esse. O profundam Boceri scientiam! Quis nostrûm
unquam animadvertisset, hoc verbum, *emo*, esse pri-
mitivum; nisi Bocerus, ridiculâ metamorphosi ex Ju-
risconsulto Grammaticus factus, id nos docuisset? Ita
quoq; Laurentius Valla, homo Grammaticus, alicubi
ridet nominis, *testamentum*, notationem: quà Impe-
rator noster Justinianus testamentum ex eo appellari
inquit, quòd sit testatio mentis. *initio tit. supr. de testa-*
ment. ordinand. Quid enim hic (ait) mentum facit?
Non sanè magis quidquam, quàm in calceamento,
spiramento, medicamento, &c. Verùm ejuscemodi
modi animadversiones dignæ quidem sunt homi-
nibus Grammaticis: at Jurisconsultis, qui Gram-
maticorum regulis non inhærent, sed in exquirendis
nominum originibus licentiores sunt, omnino indi-
gnæ: ut in simili respondet Arumæus, *exercitat. In-*
stin. 7. thes. 1. Vicerit ergo Dominus Collega Bocerus
in Scholâ Grammatistarum, ubi ineptiarum plena sunt
omnia: ast in Scholâ Jurisconsultorum, ubi istiusmo-
di vocabulorum, magistri haud ita dominantur, non
item. Enimverò emere apud antiquos idem esse, quod 2
accipere & sumere, seu acquirere sibi, & comparare,
scribit Festus *lib. 1. post initium. lib. 5. initio. & lib 16.*
Id quod probat etiam Horatius:

—— *Nocet empta dolore voluptas.*

Ideòq; lex XII tab. omnem alienationem & acquisitionem, emptionis verbo complecti videbatur. *l. statuliberi. 29. circa finem ff. de statuliber. l. sicut. 8. §. venditionis. 11. ubi Gloss. in verb. generaliter. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. l. sciendum. 19. §. deinde 5. ibiq; Gothofred. ff. de adilit. edict. Anton. de Burgos. ad rubric. tit. ex. de empt. & vendit. n. 19. cum seqq. Tiraquell. de retraict lignagier. § 1. gloss. 2. n. 1. Mozzius in tract. de empt. & vendit. in pr. n. 26. & seqq. Fabian. de Mont. in tr. de empt. & vend. q. 2 princ.* Et eâ de re, *post magnum Doctorum diversimodè sentientium catalogum, quem exhibet*, prolixè & accuratè dissertat Pinelus *in l. 2. C. de rescind. vendit part. 2. c. 1. n. 10. cum seqq. Sarmientus lib. 3. selectar. interpretat. c. 2. n. 13. & seq. Robertus lib. 1. animadversion. jur. civil. c. 8. Anton. Mercat. in notat. ad animadvers. lib. 1. cap. 8. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 61. edit. 2. Petr. Augustin. Morla in emperio jur. part. 1. t. 9. in pramiss. n. 8. & 28. cum aliquot seqq & recentissimè Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quast. 2. pag. 113. & seq.* Sed hoc in titulo, sicuti & aliàs plerunque, vocabulum emptionis in tam latâ significatione non accipitur: sed pro certâ atque distinctâ contractûs specie ponitur: eoque sensu Vlpianus ostendit, emptum ita distare à parato, ut speciem à genere. *l. si quid earum. 47. §. 1. ff. de legat. 3. Wesenbec. hic in rubric. d. n. 1. Auson. Popma lib. 2. de different. verb. in* 3 *verbo, emere, &c.* Et ejus contractûs partes duæ perhibentur: una est, venditio: altera, emptio. *l. 1. §. c. in fin. ibi, aliud est vendere, aliud emere. l. nec emptio. 8 in princ. ibi, nec emptio, nec venditio. l. alioquin. 1c. in fin. ibi, nulla emptio, nulla venditio est. l. rem alienam. 28. ibi, emptio est & venditio. ff. de contrah. empt.* Atque idem ex eo perspicuum est, quod alia emptori, alia venditori competat actio. *§. 1. vers. emptore quidem, &c. hoc t. rubric. ff. & C. de actionib. empti & vendit. Ant. Faber. lib. 6. conject. jur. civil. c. 9. hunc q; citans D. Collega Becer. cl. 2. Disp. 3. th. 9. lit. B. edit. 2. & in hoc tit. n. 54. pag. 372.* Tametsi dubium non sit ullum, quin nomine venditionis, ut & nomine emptionis, totus contractus significetur: & utriusque nominis appellatio frequentius confundatur: adeòq; alterum pro altero, vel potiùs pro utroque sumatur & usurpetur. *l. 2. ff. de contrah. empt. l. Iulianus. 13. §. si procurator. 25. in fin. & l. veteres. 19. ff. de act. empt. & vendit. l. sed hoc nomine. 26. & l. si cùm venditor. 66. §. 2. ff. de evictionib. l. unic. vers. si itaq; C. si servus extere se emi mandaverit. & simil. lib. Connan. lib. 7. Commentarior. jur. civil. c. 6. n. 2. Donell. d. lib. 13 Commentar. de jur. civ. c. 1. pag. 131. n. 50. ibiq; Hilligerus in suis notat. ad lit. C. Vultejus lib. 1. Iurisprud. Rom. c. 35. n. 5. & in hoc prinsip. n. 3. Treutler. Disput. 28 th. 1. sub lit. A. volum. 1. ibique Reinhardus Bachovius in suis not. pag. 1041. Mudaus ad rubric. t. ff. de contrah. empt. n. 8. Kubach. cent. 2. quastion. illustr. politico-jurid. decur. 2. q. 3.*

4 Cæterùm origo emendi vendendique à permutationibus cœpit, *teste Paulo in l. 1. in pr. ff. de contrah. empt.* Vnde non inscitè permutatio emptioni vicina, hujusque vicem obtinere dicitur. *l. fin. ff. de rer. permutat. & l. 2. Cod. eod.* quamvis aliàs, usu nummi nondum invento eum emptione & venditione eadem fuerit. Itaq; vulgò dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi, eamq; speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. *§. item pretium infra hoc t.* Ex quo probabiliter concludi 5 posse videtur, emptionis & venditionis contractum esse ipsâ permutatione vetustiorem: propterea quòd genus specie suâ prius esse constet. Quod sanè pronunciato Paulino *in d. l. 1. in pr. ff. de contrah. empt.* omnino adversatur; neq; ambigitur, quin homines priùs permutârint, quàm moneta facta fuerit. De primâ enim monetâ habetur in sacrâ Scripturâ, quòd Abraham quadringentos siclos argenti, probatæ monetæ publicæ, dederit pro agro. *Genes. c. 23. v. 15. 16. 17.* Verùm ad hoc eleganter respondet D. Vultejus *hic n. 6.* aliud videlicet esse, loqui de emptione speciali, & aliud, de emptione generali. Illa fuit permutatione posterior, de quâ noster futurus est sermo: hæc verò est permutatione antiquior: quia veteres permutationē rerum etiam appellitârunt venditionem. Hinc Esau fratri suo Jacobo primogenituram vendidisse dicitur, pro pane & lentis edulio. *Genes. 25. v. 31. & seqq.* qui tamen contractus non fuit emptio specialis; quoniā nullum precium intervenit: sed permutatio, quæ emptio generalis est: cùm emptio specialis non sit mutatio rei cum re, sed pecuniæ cum re. Nam permutationes istæ omnes olim emptionis & venditionis nomine comprehendebantur. *d. §. item precium. infr. hoc t.* Ejusq; opinionis fuerunt Sabinus & Cassius, non spernendæ auctoritatis Jurisconsulti: à quibus dissenserunt Proculus & Nerva, secundùm quorum sententiā permutatio, & emptio specialis, factæ sunt duæ species emptionis generalis. Etenim reperto percussoq; nummo, & materiâ electâ, cujus publica & perpetua æstimatio difficultatibus permutationū, æqualitate quātitatis, subveniret: cœpta est distingui permutatio ab emptione & venditione; ita, ut permutatio utrinq; fieret rebus, emptio non utrinque rebus, sed ex unâ parte re, ex alterâ precio interveniente. *d. l. 1. ff. de contrah. empt. & l. 1. ff. de rer. permut. & id latiùs deducetur in §. 2 infr. hoc tit.*

In isthoc ergo stricto significatu non incommodè 6 definitur emptio & venditio contractus, juris gentiū, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus, de re sive merce emptori tradendâ, & pretio certo nummario venditori dando. *Hancq; definitionem noviter amplectitur Philippus Kaspschildt exercit. Acad. 8. th. 4. pag. 274 nec non Christophorus Philippus Richter in tract. de contractib. disp. 9 th. 1. pag. 230.* Hunc contractum 7 juris gentium esse, disertè dicitur *in d. l. 1. in fine ff. de contrah. empt. l. ex hoc jure. 5. ff. de just. & jur. l. juris gentium. 7. § 1. ff. de pact. §. jus autem gentium. supr. de jure nat. gent. & civ.* Cui non contradicit textus *in §. vendita. 41 sup. de rer. divis.* ubi dicitur, quòd de venditione cautum sit lege 12. tabular. ac proinde innuitur, venditionem esse juris civilis. Nam multa legibus caventur de contractibus, quæ tamen ex jure gentium fluunt, *arg. l. 1 ff. locati. d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact.*

pact. Wesenbec. ad d. §. vendita. sup. de rer. divis. num. 2.
Nec si quid lege 12. tab. comprehensum est, id continuò
juris gentium non est. *Hotoman. in d. §. vendita. enun-*
ciat. 31. Ideo Justinianus *in d. §. 41.* subjicit: *tamen re-*
ctè dicitur, & jure gentium id effici. Sanè interdum
jus civile dicitur, quicquid civibus Romanis placuit.
l. jus civile. 6. ff. de justit. & jur. Baro ad d. §. 41. hunc-
que referens Fomannus Disp. 22. th. 7. ad lit. a.
8 Neque etiam obstat, quòd pecunia sive nummus
signatus, sine quo venditio esse non potest, primâ ho-
minũ ætate incognitus fuerit, *ut evincit d. l. 1. in princ.*
ibi, olim enim non ita erat nummus. ff. de contrah.
empt. ibiq. Budaus. Aristot. lib. 5. Eth. c. 5. & 1. Politi-
cor. c. 6. Forcatul. Necyomantia Dialog 48. num 3. Pli-
nius lib. 33. natural. histor. c. 3. Vergilius Polydorus de
invent. rer. lib. 2. c. 20 Molin. in tractat. commercior.
quæst. 100. num. 795. Covarruv. de veterum collatione
9 *numismatum c. 1. in princ. aliiq. ab his relati.* Jus au-
tem gentium cum ipso genere humano proditum;
testetur Cajus *in l. 1. in princ ff. de acquir. rer. domin.* &
confirmet Justinianus *in §. singulorum. 11. supr. de rer.*
divis. Respondetur enim; ad hoc, ut aliquid dicatur
juris gentiũ esse, non necessariò exigi, ut ab initio cum
ipsis hominibus extiterit; sed satis esse, si posteà fuerit
inventum, dummodo ratio naturalis illud dictaverit
servari oportere, & ab omnibus gentibus recipiatur,
& unanimiter approbetur, *ut colligitur ex §. jus autẽ*
civile. vers quod verò naturalis. sup. de jur. nat. gent.
& civ. ubi Justinianus ad appellationem juris gentiũ
solummodo rationem naturalẽ, omniumq; gentium
approbationem; nequaquam verò temporis, seivẽ
antiquitatẽ requirit. Vnde cùm ratio naturalis omni-
bus gentibus dictet, valde expedire emptiones, utpote
humanæ societati perquàm necessarias, *ut patescit ex*
d. l. 1. ff. de contrah empt. eæq; ab omnibus concordi
sententiâ & judicio approbatæ fuerint: manifestum
efficitur, hunc emptionis contractum juri gentium ac-
ceptum esse ferendum. Sed & *in d. l. 1. ff. de acquir. rer.*
domin. & d. §. singulorum. s. de rer. divis. non dicitur,
quòd omnia, quæ juri gentium connumerantur, cum
genere humano inventa fuerint; sed hoc tantùm ha-
betur, quòd jus gentium cum ipso genere humano
fuerit proditum. Et rectè quidem. Nam statim cum
ipsis hominibus creatam fuisse rationem naturalem,
certum est: quæ dictavit aliquid fieri; idque ab om-
nibus custoditum fuit & consequenter statim fuit jus
gentium, quod nihil aliud est, quâm naturalis ratio,
omniumque hominum approbatio. *d. §. jus autem ci-*
vile. vers quòd verò naturalis. s. d. tit.
10 Præterea nihil moverit *l. final. C. de veteris numis-*
matis potestat. & l. fin. C. de falsa monet. ex quibus
probari posse videtur, ipsam monetam sive nummum
esse jure civilis inventum. Etenim leges istæ hoc tan-
tum cavent & prohibent, ne hodie moneta sive num-
mus sine licentiâ Principis impunè cudi formarique
possit: idque ex instituto civili esse non negatur: in-
terim verò nihil impedit, quo minùs nummi inven-
tio ad jus gentium secundarium (*quod vocant*) refera-
11 tur. Omnes quippe omnino gentes nummo utuntur
ad celebrandum emptionis contractum, sicuti antea
permutatione utebantur, *d. l. 1. ff. de contrah. empt ibi-*
que Bartolus n. 2 Bald. & Salicetus, ibidemq. Mudaus
in §. est autem emptio. n. 2. Aristot. d. lib. 1. Politic. cap.
8. Kutchen. de provec. Saxon. jur. c. 5. n. 350 Nicol Reus.
lib. 3. consil. 7. num. 3. cum seqq. Molin. de usur. quæst.
92. num. 9. Anton. Hanffmannus in resolut. de re mo-
netariâ resolut. 3. ad lit. c. pulchrè Pinelus ad rubric. C.
de rescind. vendit. part. 1. c. 1. n. 15. Connan. lib. 1. Com-
mentar. jur. civil cap. 5. num. 8. Anton. de Burges. in d.
rubric tit. ext. de empt. & vendit. num. 12. cum seqq.
Hotoman. in lib. de re nummariâ cap. de varia nummi
appellat. in princ. pag. 32. Andreas Dinner. de moneta
mutatione disput. 1. thes. 2. Fabian. de Monted. tract. de
empt. & vend. quæst. 1. princip. num. 5. Mozz. d. tract. de
empt. & vendit. in princ. n. 22. cum seqq. Pet. August.
Morla in emptor. jur. d. par. 1 tit. 9 in præmiss num. 27.
Treutler d. vol. 1 disp. 28. th. 1. lit. D. ibiq. Bachovius in
suis not. pag. 1044. item Hunnius ibidem quæst. 3. pag.
115. & seq. Tametsi non desint, qui nummos sive pe-
cuniam à jure civili inductam esse, contendunt. *Forca-*
tul. prædicto Dialog. 48 numer 2 Cujac. in Comment.
in lib. 33. Pauli ad edictum. pag. 144. & alii. Quorum
opinationem si quis forsan exercitii gratiâ defendere
desideret; cognoscere poterit ea, quæ novissimè tra-
didisse comperi D. Collegam Bocerum *in tract. de mo-*
netis. cap. 1. Porrò de primâ monetæ sive nummi in-
ventione plura notatu perdigna affert Johan. Mathe-
sius *in sua Sareptâ* oder Bergpostill *concio. 14. fol.*
225. & seqq.

Sequitur in definitione, *nominatus.* Quia elegans, 12
certum ac speciale, alteri minimè conveniens, nomen
iste contractus habet. Neque enim nomen hoc, *ven-*
ditio, locationi congruit, nec è converso. *l. juris gentiũ.*
7. §. 1 ff. de pact. l. 1. §. item emptio 2. ff. de rer. permutat.
Mozz. in tr. de contractib. art. 4. n. 11. Huc q; referan-
tur, quæ annotavimus *ad §. adeò autem infrà tit. pro-*
ximo. n. 44. & seqq. Nihil huic resistit *l. Labeo scribit.* 13
50. ff. de contrah. empt. ubi Labeo disertè respondit,
non esse dubitandum, quin præscriptis verbis (quæ a-
ctio ex contractibus innominatis nascitur. *l. 1. l. natu-*
ralis 5. & tot. t. ff. de præscript. verb. &c. Oldendorp.
clas. 4. act. 40. Brench. cent. 2. ἀναπόδεικτον. assert. 69.
ed. 2.) ex venditione agi possit. Nam Vlpianus illic
refert Labeonis sententiam, qui putavit, propter con-
ditionem, à quâ emptio pendebat, non impletam,
cùm impleri posset ab emptore, dandam esse actio-
nem præscriptis verbis: interim tamen non inficia-
tur, etiam actionem ex vendito locum habere, em-
ptione perfectâ: imò id ipsum apertè Vlpianus ex suâ
sententia subjicit, *in vers. ego, etiam ex vendito, &c.*

Dico in definitione, *bona fidei.* Quoniam in em- 14
ptione naturalis ratio ipsa bonam fidem & æquitatẽ
summam postulat. *l. 1. § 1. l. ex empto. 11 §. 1. ff. de actio-*
nibus empt. l. bona fides 31. ff. deposit. indeq; hic contra-
ctus distinguitur à contractibus stricti juris. *§. actionũ.*
28. infra de actionibus. Dicuntur quippe contractus
bonæ fidei: non quòd alii contractus sint malæ fidei;
cùm in omnibus contractib⁹ bona fides requiratur. *l.*
bonam

bonâ fidem 4.C.de obligat.& act. sed quòd in horum contractuum actione sive judicio fiat condemnatio ex bonâ fide, id est, ex bono & æquo, etiam ultra id, de quo in ipsa conventione expressè ac nominatim fuit actum. *§.conductor autem.infrà t.proximo.l. sed Celsus.6.§.t.v.in emptis & venditis.ff.de contrah. empt. l.quia tantundem.7.ff.de negoc.gest.* Strictì verò juris contractus sunt, quorum in actione strictè fit condemnatio de iis rantùm, de quibus in ipsa conventione nominatim dictum fuit. *d.l.quia tantundem.7.ff. eod.l. si ita stipulatus. 126.§. Chrysogonus.vers. plerumq. enim.ff.de verb. obligat. & explicatius docui in d.§.actionum 28.infrà de actionib.numer.5.6.12. & seqq.* Porrò Dn. Collega Bocerus *hic num. 7. & 8 pag.367.* chordâ eâdem oberrat, eandemq; repetit & renovat cantilenam, quam suprà cecinit, *ad §. praeterea.3. quib. mod. re contrahitur obligat. num. 5. pag. 192.* sicut & infrà *ad tit.de locat.& conduct.num. 14. pag.403.* ubi in definitione depositi, item emptionis-venditionis, locationis-conductionis, & similium contractuum inconsideratè & superfluè apposita dixit illa verba; *nominatim, juris gentiũ, bonæ fidei.&c.* Verùm quoniam suprà *ad d.§. praeterea. 3. Quibus mod. re contrahit. obligat. num. 8.* ei satis occinimus; & aliàs quoque Citharœdus:

Ridetur, chordâ qui semper oberrat eâdem:

ideo neutiquam operæ pretium esse putamus, diutiùs in diluendis hisce ineptiis immorarier.

15 Ajo, *solo consensu initum.* Idq; ad differentiam contractuum, qui non solo consensu, sed re, verbis, & literis perficiuntur, *de quibus expositum est suprà hoc lib.3.tit.15.16.& tit.2?.* Emptionem autem nudo ac solo consensu, sine rei traditione, vel verborum solennitate, aut scripturâ perfici, luculenter constat *ex d.l.1. in fine.& l in venditionibus.9.in princ. ff. d. contrah. empt.l 2.in princ. & l.in quibuscunq. 48.ff.de obligat. & actionib initio tit.f.de obligat.ex consens.& l 2. C. de contrah. empt. Martin. Bonacina in tract. de contractib.& restitut. disp. 3.quæst 2.punct.1. numer. 4. pag.380.*

16 Nec movet quicquam in contrarium, quòd actio empti & venditi non nascitur, priusquàm res sit tradita, aut pretium solutum. *l.Iulianus. 13.§. offerri. 8.ff de actionibus empt.* Nam nascitur quidem actio ex emptione-venditione, etiam ante traditionem rei, & solutionem pretii: sed illa exceptione elidirur, *per textum in l.qui pendentem. 25. ff. eod.* Ideoq; quod dicitur *in d l 13.§.8.* nondum esse actionem, intelligi debet, ratione ipsius effectûs: ut videlicet ante rem traditam & pretium solutum nondum sit actio, quæ plenum effectum sortiatur, quæq; nullâ ratione everti aut elidi queat. Paria quippe censentur; non habere actionem, & actionem habere, quæ exceptione elidatur & evertatur, *argum.d.l.qui pendentem 25. ff. d. tit.*

17 Nihil quoq; resistit *l.2. C. de periculo & commodo rei vend.* ubi emptio-venditio vini dicitur imperfecta ante traditionem & admensurationem vini: ac proinde solo consensu emptio-venditio non perficitur. *Committitur* enim fallacia causæ. Illic namq; ante vini admensurationem emptio-venditio imperfecta dicitur, non quòd solo consensu non perficiatur, sed ad sui perfectionem rei traditionem desideret: verùm ideirco, quia vino ad mensuram vendito, intelligitur vinum non solum sub conditione venditum, sed etiam nullum certum vinum venditum. Adjicitur siquidem mensura, ut appareat, quantum postea veneat. *l.si in emptione.34. §. alia causa. 5. ff. de contrah.empt.* Quare priusquam vinum admensum sit non potest dici, quid venierit. Et consequenter emptio-venditio nondum perfecta est: cùm inter contrahentes, emptorem & venditorem, de re non convenerit. *Ita tradit Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tractat.7.part.1.quæst.1.pag.1070.& in resolut. ad vol.2.Treutleri disp.2.th.1 quæst.4 pag 117.*

18 Et quidem adeò hoc in contractu necessarius est consensus: ut, si contrahentes vel in corpore, vel in pretio, vel in substantiâ seu materiâ dissentiant, contractus sit nullus. *d.l in venditionibus. 9. in princ. & §. inde quæritur 2. cum ll.seqq ff de contrah. empt.* Nisi merx quid habeat materiæ, in quam consensum sit; ut si æs, quod ejusdem penè est cum auro materiæ, mixtum auro, vel inauratum pro auro vendatur. *l.quid tamen.14.ff.eod.* At si planè alia materia sit, quàm de quâ dictum est, non valere venditionem palam est: puta, si mensa argento cooperta pro solidâ veneat. Nihil enim commune habet æs vel lignum mensæ cum argento, nec eadem est horum *ὕλη*, neq; operimentum pars est materiæ (ut nec vestimentum corporis) hoc est, mensæ, quam argenteam præstari convenit. *l.cùm ab eo 41.§ fin.ff.d.tit.ibiq. Wesenbec. in parat. n. 5. & 6. Bachovius in suis not.ad vol. 1. Treutleri disp 28 th.7.lit.E.pag.1077.* Prædictis non adversatur, quòd error in substantiâ vel materiâ stipulationem non vitiat, nec etiam pignus. *l.si id, quod aurum.22.ff.de verb.oblig.l.t §.ult.ff de pignerat. act. l.cùm as pignori. 20.in princ. ff. de furt.* Namq; inter 19 stipulationem & pignus, & inter emptionem differentia constituenda est. Si, per errorem pignore accepto, vel in stipulationem deducto ære pro auro, pignus & stipulationem nullam esse dixerimus: nihil superesset in obligatione. Proindeque creditoris & stipulatoris interest, saltem illud ipsum corpus, quod demonstratum est, quale quale etiam sit, deberi; & sic æs saltem in obligationem venire: attentâ insuper hac ratione, quòd ex horum parte nihil interdum in his contractib[9] interveniat. Alia est ratio emptionis: quia cùm emptor vicissim ad pretium obligetur: idcirco ejus interest potiùs, ne ullo modo obligatio consistat in ære, quod pro auro venditum est, quam si æs, datâ ingenti pecuniâ, compararet pro auro. Verùm eâ de re consulantur *Duarenus, Donellus, & Cujacius in d l.si id, quod aurum.22 ff.de verb.oblig.idem Cujac.lib.2. observ.c.4. Mudæus ad d.l.in venditionib.9.n.5.& seqq. ff. de contrah. empt. Borcholt. in Comment. de verb. obligat.c.5.n 74.& seqq.& part.2.Disput.de contrah. empt propos. 15.pag. 466 & seq Robert.lib.1. animadvers.jur. civil.c.4.Bronchorst.d.cent.2. assert.53. edit.2.Hœnon.Disp.16.controv.2.Pacius cent.2. ἐναντιοφανῶν q.4.Robertus.Disp.17 th.3 lit.6.Giphan.Disput.28.lib 3 th.7.ibiq. Oleman.n 12. Vultejus in hoc princ.n.15.& seqq.Connan lib.7.Commtnt.jur. civ. c.6.n 4.*

c.6.n.4.& seqq. Gœddaus in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c.3.conclus.4.n.23.& 28. cum seqq. D. Besold. in delibatis jur. ex lib.18. ff. quæst.2. Paulus Berent disp.11.ad Instit.them.1.quæst.1. Hunnius d.resolut.ad Treutler.vol.2.disp.2.quæst. 47. & 48.pag.198.cum seqq. & lib.3.var. resolut jur.civ. tract.2.quæst.18.& seqq. Merla in emper.jur.d part.1. tit.9.in præmiss.n.18.& seqq. itemq́; Acacius Antonius de Ripell.variar.juris resolution.cap.11.n.269.& seqq. fol.553.& Iustus Reifenbergius disput.1.juris civil.renovat.th.33.& seq.

20 Cæterum error nominis, aut qualitatis ipsius mercis nonquidem vitiat hunc contractum: sed tamen, si in qualitate dissensus sit; venditor teneri debet, quanti interest emptoris,se non esse deceptum; etiamsi venditor quoq; nesciat: veluti si mensas quasi citreas emerat,quæ tales non sunt. *d.l.in vendit.9.§ si in nomine.ff.de contrah.empt.l.si sterilis.21.§.2.ff. de actionib.empt.* Quòd si verò in accessionibus mercis principalis dissentiant contrahentes; hoc est, emptor de aliâ, venditor itidem de aliâ accessione sentiat: emptio & venditio nihilominus subsistit; sed ea res emptori debetur, de quâ sentit venditor. *l.si in empt.34.in pr. & ibi Bartol.ff. de contrah. empt. Donell.in l.inter stipulantem.83.§.si Stichum.1.n.5.ff.de verb.oblig at.Mudaus in d l.in vendit.9.n.ult.ff. de contrah.empt.*

21 Etenim in contrahendâ emptione & venditione ambiguam conventionem adversus eum, qui potuit legem contractui apertiorem dicere,interpretamur; sive is sit venditor. *l.in contrah.172.ff. de reg.jur.l.veteribus.39.ff.de pact.l.Labeo.21 ff. de contrah.empt.*sive emptor. *d.l.si in empt.34.in princ. ff. eod.* ubi Jurisconsultus Paulus, ex mente Labeonis, pactum emptioni appositum,secundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat,minùsq; apertè locutus fuerat, meritò interpretatur. Etenim imputare sibi, suæq; imprudentiæ expensum ferre,quemq, contrahentium oportere, quod obscurè aut ambiguè,minùsve apertè locutus fuerit,vel ipsa naturalis ratio edocet,*tradente Petro Fabro ad l.quoties idem ferme 67 ff. de reg.jur.numer.*10. Videantur quoq; *Borcholt.in Comm.de pact.cap.5.num. 55. Pac. cent 2. isagogicarum. quæst.7.Zoann.in tract. de emp. & vend.sub pacto retrevenditionis.num.98.& seq. Hoteman.lib.2.amicab.respons.cap.10. Broncherst. cent.1.isagogicar.assert.40.ed.2. Vultejus hic num. 27.& seq.Treutler disp 28.th.7. lit. d. vol.1. Hænen. disp.16.controvers.3. Philipp. Matthæus in l. in ambiguis.96.ff.de reg jur.Hackelman.disp.11.th 2.lit.b & Forster.junior in tract.de pact.cap.8.membr.6.*

22 Diversum planè statuit Cujac *lib.1.observ c.10.lib. 9 c 37.lib.23.c.31.& in d.l.inter stipulantem.83 ff. de verb.obligat.* ubi disertè scribit, legem nunquam ab emptore dici contractui, sed à venditore semper: proindeq; textum *in d.l.si in emptione.34.ff de contrah. empt.* emendandum, & pro *venditor, emptor* reponendum putat. Sed labitur Vir eruditissimus. Nec enim uno in loco juris nostri expressum est,emptorem legem contractui dicere,*ut in l.hac venditio. 7.§.1.l pacta conventa.72.l.cum manus.80.§.1.ff. de contrah.empt.& similib.* Et ut maximè nullus alius a dduci locus posset: tamen allegatus textus *in d l.34. ff.eod.* qui satis clarus & perspicuus est, ad stabiliendam sententiam nostram, abundè sufficeret. Neq; verò Cujacio, aut cuivis alii Interpreti, quantumvis celebri,textus à se non intellectos,pro suâ libidine & arbitratu, corrigere licet,*arg.l.1.9.11.& 12. C. de legib.* 23
cùm correctio perquàm odiosa, ac ea propter omnibus modis vitanda sit. *c.cùm expediat.29.ext. de elect.in 6.* Sed & haud adminiculatur Cujacio *d.l. veteribus.39 ff.de pact.d.l.Labeo.21.& l.cùm in lege. 33 ff. de contrah. empt. d.l. in contrahenda.172. ff. de reg. jur. cum concordantibus*: in quibus constanter asseritur, ambiguum vel obscurum pactum contra venditorem esse interpretandum. Non etenim aliter interpretatio fit adversus venditorem,quàm si legem contractui apertiùs dicere sive conscribere potuerit. *d.l.veterib.39.ff.de pact.* Et quamvis in aliis legibus absolutè illud contineatur: tamen secundùm hanc 24
ipsam limitationem accipi omninò debet. Tralatitium quippe est, quod uni legi deest, supplendum esse ex aliâ,quæ rem definit pleniùs. *arg. l.non est novũ. 26.& l.seq.ff.de legib.* Cur autem pleræque leges contra venditorem potiùs, quàm contra emptorem interpretationem faciendam esse, affirment; hoc inde fieri non dubium est: quòd plerunque à venditore pactum interponatur, & lex contractui dicatur.

Nihil item nostræ obstat sententiæ,quòd in judiciis semper ambigua intentio pro actore, contra reum 25
explicetur. *d.l. inter stipulantem.83.§.1 .ff. de verb. obligat.l si quis intentione.66.ff.de judic.* Hoc namq; ideo fieri sciendum est: quòd, cùm judicium semper in invitum reddatur, is ne condemnetur, semper dicturus sit,non convenisse. *l.solemus.61.ff.eod.* hacq; ratione elusorium constitueretur judicium, *contra l. si prator.75.ff.de judic.*

Nihil quoque urget *l.si mihi & Titio.110.§.ult.ff de verb.obligat.* ubi Pomponius respondet, non quid 26
senserit promissor, æstimare debere: sed stipulantis mentem spectandam esse. *Quandoquidem* id eâ ratione fit,quòd in specie ibi propositâ mens stipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipso loquendi usu,à quo mens promissoris prorsus sit aliena. Præterea ibidem non tam contra promissorem ex mente stipulantis,quàm ex re ipsa fit æstimatio,ut eleganter docet Petrus Fab. *ad d. l quoties 67. ff. de reg.jur.n.* 11. quem refert & sequitur Bronchorst *d. cent.1.assert.40.ed.2 Addatur Hunnius disp 16.th.3. & in resolut.ad Treutler.vol.2.disp.2.qu 46.pag 169 & seq.item lib.3.var resol.jur.civ.tract.2.q 21.p.855.*

Adjicitur in definitione, *de re sive merce.* Tum 27
quia, *Pomponio assertore*,sine re (quæ merx appellatur. *l.1.in princ.& § 1.in fine.ff.de contrah.empt l 1.in pr.ff de rer.perm.*)quæ veneat, nec emptio,nec vẽditio potest intelligi. *l. nec emptio.8.in princ.ff.de contrah. empt.* Tum quia rei nomen generale est, non solùm corpora,sed & jura comprehendens. *l.1. in fine.ff. de reb.credit.si cert.pet.l.rei appellatio.5 & l.rei. appellatione.23.ff.de verb.signif.* Horumq; omnium venditionem fieri posse, clarescit abundè *ex tot.tit ff & C.* de con-

de cōtrah. empt. & tot. t. ff. & C. de hered. vel. act. vēd.
28 Nec obsistit l. ex empto. 11. (aliàs l. emptorem) §. fi-
nal. vers veluti cùm futurũm jactum, &c. & l. si ja-
ctum. 12. ff. de act. empt. ex quibus probari videtur,
aliquando venditionem sine re dari posse, ut cùm ca-
ptus piscium, vel avium, vel missilium emitur. Nam
breviter respondetur: quòd in hac specie spes, & rei
eventus, sive casus, qui in captu piscium, aut avium,
aut missilium fortuitus est, ematur: ut haud obscurè
arguit Jureconsult' in d. l. nec emp. 8. §. 1 ff. de contrah.
empt. Bartol. & Alexand in d. l. si jactum 12. ff. de act.
empt. Connan d. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 6. num. 7.
besq; referens Merla in d. emporio jur. part. 1. tit. 9. in
præmiss. num. 21.

Dicitur præterea, emptori tradendá. Quandoqui-
29 dem tradere, non dare, mercem emptori venditor te-
netur. l. ex empto. 11. § 2. l. servum. 30. §. ult. ff. de action.
empt. l. si ita distrahatur. 25. § 1. ff. de contrah. empt.
Atq; hoc ad emptionis formam seu differentiam spe-
cificam pertinet, quâ distinguitur à permutatione. l. 1.
in princ. vers in permutatione verò. ff. de rer. permu-
tat. l. ul. ff. de condict. caus. data. &c. Cujac. lib. 23. obs.
c. 29 & in l. 7. ff. d. pact. Quòd si tamen mercis do-
30 minus sit venditor, facit & emptorem dominum; mo-
dò precium sit solutum, vel eo nomine satisfactum,
ex promissore aut pignore dato. Sin venditor non
sit dominus: usucapiendi conditionem transfert in
emptorem, & evictionis nomine ei obligatur; etiamsi
nihil expresse de illâ convenerit. d. l ex empto. 11. §. 2.
ff. de act. empt. § vendita verò 41. sub. de rer divis. l. in
vendendo. 66. in princ. ff de contrah. empt. l. si in ven
ditione. 60 ff. de evictionib. l. non dubitatur. 6. ubi
Gothofred. C. eod. tit. Fürstl. Würtenb. erneuert
Landrecht. part. 2, tit. 15. in princ. p. 284. Wesenbec. in
paratit. ff. de actionib. empt. n. 4. Mynsch. consil. 84. n.
18. vol. 5. D. Besold in delibatis jur. ex lib. 21. ff. quæst.
31 4. pag. 50. Enimverò ut venditor de evictione tenea-
tur, necessum est, ut ipsi, etiam scienti, emptor mature
denunciet (quod authorem laudare & nominare vul-
gò dicunt) sibi rei venditæ nomine controversiam
fieri: simulq; petat, ut venditor ad defendendum ve-
niat. l. si rem, quã 29. § ult. ibi, ut de eâ re agendâ adsit.
& l si plus 74 §. mota. ibi, ad rem defendendam ff. de
eviction. l empt. 8. ib. l si parenter. 20 vers. nec vobis.
l. empti 21. & l. cùm successores. 23. C. d. tit. l. 1. ibi, ut
causæ agendæ adesset. C. de peric. & commod. rei vend.
cum similib. Nisi enim venditor sic interpellatus fu-
erit, probabiliter existimare potest, emptorem per se
32 ipsum causam defensurum. Et nota est juris regula:
eum, qui tenetur ad aliquid faciendum, in morâ non
constitui, nisi fuerit interpellatus. l. moræ 32. in princ.
ff. de usuris l. si ex legati causa. 23. & l. si insulam. 84 ff.
de verb obligat. Decius in l. quod te. 3. n. 44. ff. de reb.
cred si cert. pet & cons. 2. n. 7. item consil. 102. n. 2. So-
cin. senior. ad l. 2. § voluntatem. n. 12. & 21. ff. solut. ma-
trim. Meichsn. tom. 4 decis. 8. Hieronym de Cavallos in
speculo aur. opin. commun. cont. com. tom. 1. qu. 385. n.
1. ubi plures refert. Atq; istam evictionis materiam,
post alios, quot citant, latissimè prosequuntur Gaspar.
Caballinus in tract. de evictionib. §. 3. Alexand. Tren-
tacinq. variar. resol. lib. 3. resol. 4. de empt. & vendit.
Gomezius tom 2. variar. resolut. c. 2. num. 30. & seqq.
Covarruvias lib. 3. variar resolut. cap. 17. Ioh. An-
ton. Mangilius in tract. de evict. Merla in Emporio
jur. part. 1. tit. 9 in præmiss. n. 36. cum seqq. Lingelis de-
cis. Iustin. 15. quæst. 5 cum seq. fol 159. cum seqq Bonaci-
nu d. tract. de contract & restit. disp 3. quæst 2. punct.
ult. pag. 436. cum seqq. & Fuchineus lib. 2. controver-
siar. jur. c. 34. & aliquot seqq.

Gravis hoc loco, & quotidiana discutienda venit 33
quæstio: utrùm venditor, si facultatem rei tradendæ
habet, præcisè cogi possit ad tradendum: an verò in-
teresse præstando liberetur? Et hoc quidem posteri-
us haud infimi subsellii Interpretes probabilius esse,
opinantur, post Iohannem & Bulgarum Socinus in l.
certi condictio 9. n. 22. ff. de reb. cred. si cert. pet. Alcia-
tus ad l. unic. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest,
profer. c. 2. n. 13. Vand. lib 1. q 9. Covarruv. lib. 2. var.
resolut. c. 19. n. 1. Charond. lib. 3. verisimil c. 12. Gœdd.
in Comment. de contrah. & commit. stipulat c. 9. con-
clus. 4. n. 65 & seqq. Donell. lib. 23. Commentar. de jur.
civ. c. 2. pag. 135. n. 50. & in l. stipulationes non divi-
duntur. 72. n. 40. ff. de verb. oblig. Sonsbec de feud.
part. 9 n. 35. cum seq. Mynsinger. cent. 5. obs. 53. Anton.
Matthæus hic in suis not. Fuchineus d. lib. 2. contro-
vers. jur. c 30. Bachovius latissimè in suis not. ad vol.
5 Treutl. disp. 28. th. 2. lit. C pag. 1015. cum seqq & ibi-
dem Hunnius in suis resolut. q. 7 pag. 119. & seqq. vol. 2.

Sed ego illud prius & textibus & rationibus juris
magis consentaneum puto. I. Namq; Justinianus 34
Imp. in § alia autem. 2. vers. & ad exemplum. suprà,
de donationib. perspicuè tradit: ad exemplum vendi-
tionis, incumbere traditionis necessitatem donatori.
Atqui donatori necessitas tradendi rem donatã ab-
solutè incumbit. l. si quis argentum. 35 §. 5. sive fin. C.
de donationib. ubi expressè dicitur, primò; necessita-
tem imponi donatori hoc, quod donare existimavit,
tradere. Necessitas autem efficit, ut non liceat aliud
facere, quàm quod in obligationem deductum est,
arg. l. obligamur. 52. §. necessitate. 7. ff. de obligationib.
& actionib. Secundò in d. §. fin. dicitur; liberalitatem
plenã, necessarium traditionis effect. sequi debere. Vn-
de tale argumentũ petitur: Quicunq; tenetur præcisè
ad traditionis effectum, ille multò magis tenetur ad
traditionem ipsam. Atqui donator ad effectum tra-
ditionis (qui est vel dominii, vel usucapiendi conditi-
onis translatio, arg. l. 2 & 3. & t. tit. ff. pro donat. l. sed
& si 25. & l. si extraneus. 44 ff. de donationib. int.
vir. & uxor) tenetur, d. §. final. Ergo multò magis
ad traditionem ipsam tenebitur. Tertiò in eodem §.
fin. dicitur: necessitatem habere donatorem omnimo-
do tradere. Quæ verba quin præcisam inferant neces-
sitatem, non dubitatur, ut mox indicabitur latiùs n. 36
Si igitur illa à donatore tam præcisè exiguntur: cui
tamen magis subveniri solet, & æquum est, ut ne evi-
ctionem præstet. l. Aristo. 18. §. ult. ff. de donationib. l.
2 C. de evictionib. & ne in plus, quàm facere possit,
exigatur, § sed & si quis. 38. infr. de actionib. l. & ex-
heredatum. 49. cum l. seq. ff de re judicat. l. divus Pius.
28. ff. de reg. jur. utique consequens est, quòd multò
magis

magis à venditore isthæc exigi debeant: cui, cùm pre-
cium habeat, minùs subveniri æquum est, Georg.
35 Frantzkius exercitat. jurid. 11. quæst. 1. p. 387. II. Vl-
pian⁹ in l. ex empto. 11. §. 2. ff. de actionib. empti respō-
det: venditorem oportere ipsam rem præstare sive
tradere. At verbum oportere præcisam coactionem
seu necessitatem importare, vel Grammaticis notum
est; & idem insuper dilucidè probatur ex l. 1. in princ.
36 ibi, priùs nosse oportet. ff. de just. & jur. III. Vrget te-
xtus in §. 1. infrà hoc tit. ibi, tunc omnimodo secundùm
ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tra-
datur. Si omnimodo, ut textus ille vult, res tradi de-
bet: non certè modo aliquo ea retineri, & vice ejus in-
teresse præstari poterit. Nam omnino, omnimodo, præ-
cisè, nunc, semper, & similia, verba prægnantia vel ideo
vulgo feruntur, quòd nullam modificationem aut li-
mitationem recipiunt, l. & ita 3. §. 1. v. at hoc edicto
omnimodo, &c. ff. nautæ, caupones, stabular. d. l. si quis
argentum. 35. §. sed & si 4. ibi, omnimodo requirenda.
C. de donationib. IV. Huc pertinet textus in l. fistu-
37 las. 78. §. 1. ff. de contrah. empt. in l. non est probabilis. 6.
C. de rescind. vend. l. cùm fundus. 31. in princ. ff. de reb.
cred. si cert. pet. & l. qui restituere. 68. ff. de rei vindi-
cat. ubi qui restituere condemnatus est, præcisè resti-
tuere compellitur: & rem manu militari à contuma-
ci venditore sive reo auferri posse, pronunciatur. Et
quanquam Antonius Faber lib. 16. conject. c. 17. & de-
cad. 18. error. pragm. 5. totam istam legem 68. à Tri-
boniano corrupram esse, affirmat; quem sequi vide-
tur Bachovius d. disp. 28. th. 2. lit. c. pag. 1058. illius ta-
men rationes, post Iustum Mejerum, Endox. Iustin. de-
cad. 3 cap. 4. n 6. ingeniosè refutat Hilliger. in Donel-
le enucleat. lib. 20. c. 6. lit. G. pag. 644. & seqq. V. In
38 uno ex correlativis dispositum & in alio dispositum
censetur. l ult. ibiq; Bartol. & Iason C. de indict. vi-
duit. toll. l. 1. C. de cupressis. Nicol. Everhard. à Midelb.
in locis legal. in loc. à correlat. num. 3. Sed venditori
competit ad precium exigendum venditi actio. l. ven-
diti. 6. C. de actionib. empti. Ergo & emptori compe-
tet actio empti ad consequendum id, quod venditum
est. VI. Si venditor præstatione ejus, quod interest,
39 liberaretur: rem eandem alteri vendi posse, cōsequēs
esset. Priori siquidem emptori satisfaceret, si id, quod
ejus interest, præstaret. Ast eandem rem denuo citra
falsi crimen vendi non posse, liquet ex l. qui duobus.
21. ff. ad leg. Cornel. de fals. Nec movet quicquam,
quod venditor possit rem jam venditam, iterum ven-
dendo in alium transferre, & eum dominum facere.
l. quotiens. 15. C. de rei vindicatione. ac consequenter
non teneatur præcisè ad traditionem. Ratio conse-
quentiæ est perspicua: quia si res esset ex naturâ ven-
ditionis præcisè tradenda: posterior isthæc venditio
esset potiùs nulla, quàm aliqua dicenda. Nihil, inquā,
hoc movet. Aut enim consideratur secunda emptio
jure summo, & potissimùm respectu venditoris: &
tunc non videtur subsistere cum effectu posse, pro-
pter dolum, qui ex parte ejus intervenit: quo respectu
& in crimen falsi incidit. d. l. qui duobus. 21. ff. ad leg.
Cornel. de fals. Aut consideratur secunda emptio re-
spectu emptoris: & tunc quia ille in bonâ fide est, &
rem jam venditam accepit à venditore, qui dominus
adhuc erat: ea ex æquitate sustinetur. d. l. 15. C. de rei
vindicat. Porro de re duobus, vel pluribus, diversis
temporibus venditâ, latè & accuratè dissertant Gome-
zius tom. 2. variar. resolut. jur. civ. cap. 2 num. 20. A-
cacius Antonius de Ripoll. variar. jur. resolut. cap. 11.
num. 139. fol. 341. & D. Besoldus in delibatis juris, ex
libr. 18 ff. quæst. 7. VII. Accedit, quòd nulli suus do- 40
lus debeat patrocinari. l. verum est. 63. §. hoc quoque.
7 ff. pro socio. l. dolus. 44 ff. mandati. l. 3. §. illud ff. de
calumniatorib. l. itaq; 12. § 1 & l. eum, qui. 14 §. is au-
tem. ff de furt. VIII. Facit, quòd alteri per alterum 41
iniqua conditio inferri non debeat. l. non debet. 74. ff.
de regul jur. & contra naturam sit, ut quis cum alte-
rius damno & jacturâ locupletetur. l. nam hoc naturâ
14. ff. de condict. indeb. c. locupletari 48. de regul. jur.
in 6. IX. Confert hoc, quòd aliud pro alio invito cre-
ditori non solvatur. l. 2. §. 1. ff de reb. credit. si cert. pet. 42
Sed res vendita debetur emptori. Ergo illa tradi de-
bet, non autem aliud ejus loco, invito emptore. X. Si 43
contraria opinio obtineret: venditoribus occasio ma-
lignādi daretur, compellando emptorem ad interesse
probationem, quæ difficilis est l. ult. ff. de prætoriis
stipulat. cùm in facto consistat. l. quatenus. 24 ff. de
reg. jur. Verùm malignandi occasionem esse vitan-
dam, indicat §. 1. vers. sed ne dum talia. infr. de vi bo-
nor. raptor. & l. opus. 3. in princ ff de operib. publ.
XI. Nihil magis bonæ fidei, quæ summa est in hoc 44
contractu, congruit, quam id, quod inter contrahen-
tes convenit, vel actum est, præstari. d. l. ex empto. 11.
§. 1. ff. de actionib empt l. cùm venderem. 21 ff locati.
Grave quippe est, conventionem & datam fidem fal-
lere. l. 1. ff. de pact. & l. 1. ff. de constit pecunia. Id au-
tem agi intelligitur, ut res emptori tradatur, & preti-
um venditori detur. d. l. ex empto. 11. §. 1 ff de actionib.
empt. XII. Paulus disertè ait; venditorem, cogi im- 45
plere venditionem. l. si quis alienam. 40 ff. de actionib.
empt. id est, venditor cogi potest, ut tradat, modo scil.
naturali; aut mancipet, modo nimirum civili: sicuti
idem Paulus se explicat in lib. 1. sentent. tit. 13. § sicut.
quod emptum. &c. Cujus loci auctoritas etsi non au-
thentica censeatur: ubi tamen cum legibus aliis con-
currit, miram vim habet & ad explicationem, & du-
biæ sententiæ solidiorem cōfirmationē. XIII. Quod 46
expressè fieri non potest, id tacitè multò minùs reci-
pitur, arg l Papinianus 8 §. sed nec impuberis. 5. ff. de
inoffic. testam. & fusiùs probat Everhardus. in loco, ab
expresso ad tacit. num. 10. & seqq. Atqui claro clari-
us est; id agi aut conveniri expressè non posse, ne do-
minum rei venditæ ad emptorem transeat, manente
eodem contractu emptionis. l. cum manusata. 80. §.
fin. ff. de contrah empt. Contingeret autem id in casu
nostro tacitâ conventione, & quidem unius volunta-
te, ne unquam dominum, vel res ad emptorem veni-
ret. XIV. Idem provisum est jure feudali: ut nimi- 47
rum ad feudum tradendum novo vasallo dominus
compelli possit, nec interesse præstando liberetur,
cap. un. §. si facta. 6. si de feudo defuncti conten-
tio sit int. domin. &c. lib. 2. tit. 26. in usib. feu-
dor. Cui suffragatur textus in tit. 3. §. ult. d. lib. 2.

feudor. ubi Jurisconsultus Feudista ait; nullam inve-
stituram fieri debere ei, qui fidelitatem facere recusat.
48 Quibus ex verbis, à contrario sensu satis evidenter col-
ligitur; quòd dominus eum, qui fidelitatem facere
paratus est, investire cogatur. Argumentum etenim
à contrario sensu, si non textui alicui expresso adver-
setur, in jure nostro frequentissimum & fortissimum
esse, certum est. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic.
ejus, cui mand. est jurisdict. & latiùs ostendit Nicol.
Everhard. in topic. legal. loco, à contrario sensu. n. 4.
& seqq.* Atque is genuinus juris feudalis est sensus;
quamvis Doctores vulgò ab eo secessionem faciant,
*Andr. de Isern. Martin. Laudens. & Alvarott. in d. §. si
facta tit. 26. lib. 2. feudor. Iacobin. de S. Georg. in tract.
de feud. in verb. investivit talem. n. 8. pag. 15. Rosen-
thal. in synops. jur. feud c. 6. conclus. 7. Borcholt. de feu-
dis. c. 9. n. 12. aliiq; ab his relati.* XV. Illud ipsum ju-
re municipali renovato Würtembergico statutum vi-
detur, *part. 2. tit 9. pag. 270. §.* So bald ein Kauff be-
schlossen. *ibi,* dargegen ist der Verkäuffer verbun-
den/ *&c.* XVI. Eandem sententiam, communiter ap-
probatam, sequuntur & defendunt *Martinus à gloss.
relatus, Bartol. Castrensis. Costal. & reliqui Dd. ple-
riq; in l. 1. ff. de actionib empt. Decius. Alexand & Ia-
son in d. l certi condictio. 9. ff. de reb. credit. Petr. Iacob.
Aurel. in aureâ practic. libellor. Rubr. 83. num. 2. &
seqq. Imol Abbas, & Felin. num. 34. in c. cùm Ioannes.
ext. de fide instrument. Ant. de Burgos. in rubr. tit. ex-
tr. de empt. & vend. num. 5. Pinel. in l. 2. part. 2. c. 3. nu.
20. cum seqq. C. de rescind. vend. & in l. 1. C. de bon.
matern. part. 3. num. 25 Rebuff. in d. l. unic. C. de sen-
tent. quæ pro eo, quod interest, profer. in verb. quanti-
tate. num. 10. Sichard. ad rubr. C. de contrah. empt.
num. 8. Duaren. ad tit. C. de actionib. empt. Molineus
ad tit. C. de contrah. empt. pag. 189. Cujac. ad Iul. Paul.
lib. 1. recept. sent. tit. 13. §. si id, quod emptum, &c. Fa-
bian. de Monte in tractat. de empt. & vend. quæst. 6.
princip. num. 38. Andr. Clud. de condict. cap. 1. num.
71. Anton Faber. lib. 6. conjectur. cap. 17. & de error.
pragm. decad. 22. err. 4. Treutler. d. disp. 28. vol. 1. th.
2. sub lit. C. Ceras lib. 2. Miscell. jur. civ. c. 3. num 7. D.
Collega Bocer. class 2. Disp. 3. th. 69. ed. 2 & in tract.
de investiturâ feud. c. 2. num. 27. cum seq. & in hoc
tit. num. 152. & seqq. pag. 385. Morla in Emper. jur.
part. 1. tit. 9. q. 7. Foman. disp. 22. th. 1. lit. b. Schegk.
in delib. jur. disp. 18. th. 33. Bronchorst. cent 2. ἐναντιο-
φανῶν. assert. 37. edit. 2. D. Besold. in delibat. juris ex
lib. 19. ff quæst. 1. pag. 27. Arumæus Exercit. Iustin.
14 th 2. & disp 13. ad Pandect. quæst. 8. item lib 1. de-
cis. 13. num. 25 & seqq Forster. lib. 3. disp. 18. th. 3. Matt.
Stephani cent. 3 q. 68. Hœnon disp. 16. controvers. 11.
Plebst. disp. 2. de jure topico Wurtemberg. th. 31. Gipha-
nius lib. 3. disput. 28. in corollar. ibiq; in suis notis Ole-
mannus. n. 33. & seqq. Niellius disp. feud. 4. th. 1. ad
lit. f. Wegnerus disp 12. th. 2. ad lit. a. Riemer. decad.
10. quæstion. juridicar. illustr. q. 9. Althusius lib. 1. Di-
cæolog. c. 74. n. 30. pag. 255. & novissimè Frantzkius
d. exercitat. jurid. 11. quæst. 1. pag. 333. & seqq. nec
non Vngepaur. exercit. Iustin. 12. quæst. 4. pag. 447.
cum seqq. edit. ult.*

Hanc ita firmatam sententiam non infringit textus 49
in l. 1. in princ. ff. de actionib. empt. ubi, si res vendita
non tradatur, in id, quod interest, agitur: ac proinde
venditor præstando interesse liberatur. *Primùm* enim
dicendum est: emptorem posse eligere id, quod inter-
est, propter moram dolosè à venditore commissam,
juxta l. venditorem. 10. C. eod. & in specie istius legis
dolosè moram esse commissam, ex sequentibus facilè
evincitur. *Deinde,* secundùm communem doctrinam
non ineptè respondetur: dictam legem esse accipiendam
de casu, quo venditor non habet potestatem seu
facultatem tradendi rem venditam; puta si ante tra-
ditionem sit evicta: aut prius alii sit tradita: vel vendi-
toris dolo perierit: aut emptor non valde ejus tradi-
tionem urgeat. Etenim cùm isthæc legis verba (*si* 50
res vendita non tradatur) ambigua sint & obscura:
quippe cùm intelligi queant de re, quæ tradi ampliùs à
venditore non potest; exaudiri item valeant de re,
quàm adhuc penes se habet venditor, adeoque trade-
re potest; sed ex contumaciâ non vult præstare: uti-
que ea recipienda illorum interpretatio erit, quæ vitio
caret, & verisimilior est, aliisque legibus non repu-
gnat. *l. in ambiguâ 19. ff. de legib. l. in obscuris. 114.
ff. de regul. jur. c. cùm expediat. 29. ext. de elect. in 6.*
Atqui superior illa, frequentioribus calculis compro-
bata interpretatio, caret vitio, & verisimilior est, cum-
que legibus, quæ volunt, quòd venditor tradendi fa-
cultatem habens, præcisè rem tradere teneatur, bellè
consentit. Quapropter ea sola recipi, altera verò re-
jici: adeòque respondeti debet: *in objectâ l. 1. ff. de
action. empt.* venditorem non habuisse facultatem
rei tradendæ, *arg. l. si cùm fundum. 68 §. fin. ff. de con-
trahend. empt. & l. qui tibi hereditatem. 6. C. de
heredit. vel act. venditâ.*

Similiter non adversantur *l. ex empto. 11. §. idem ait.* 51
*9. ff. de actionibus empt. & l. contractus. 17. vers. adeò
ut nec illud, &c. C. de fide instrument.* ubi venditor
præcisè compelli non potest ad tradendum: sed hæc
saltem necessitas ei incumbit, ut vel rem venditam
tradat, vel id, quod emptoris interest, persolvat. *Hæ
namque,* & similes leges, quæ de interesse loquuntur,
procedunt itidem in casu, quo emptor non admodum
urget ipsam rei traditionem, vel venditor prius rem
alii tradidit, ut ampliùs tradendæ ejus copiam non ha-
beat. Itaque si rei tradendæ facultatem adhuc ha-
buerit, eam præcisè emptori petenti tradere tenebi-
tur, *juribus supra allegatis.*

Nec quicquam etiam decerpit nostræ decisioni *l.* 52
vinum. 22. ff. de reb. cred. ubi cùm pro vino mutuo
dato æstimatio, sicque aliud pro alio solvatur: dicen-
dum videtur, quòd interesse præstatio venditorem li-
beret. & per consequens ad tradendum cogi nequeat.
Æstimatio siquidem ibi ideirco præstatur, quòd de-
bitor in morâ constitutus fuit: unde factum est, ut
vinum jam non reperiatur ejusdem bonitatis: atque
ea propter ad æstimationem necessariò devenitur. Et
sanè si velit creditor, postulare potest, ut res ipsa mu-
tuò data eodem in genere sibi solvatur, *arg. l. 2. in
princ. ff. de reb. cred ibiq; Alciat. & Zasius. nec non
Wesenbec. in paratit. n. 12. l, ubi autem non apparet.*

75. §

71. §. ult. ff. de verb. obligat. Tob. Nenius in princip. tit. supra. quib. mod. re contrahit. obligat. num. 28.

53 Nihil quoque refragatur *l. si traditio. 4. C. de actionib. empti.* ubi Impp. Dioclet. & Maxim. rescripserunt: si traditio rei venditæ juxra emptionis contractum procaciâ venditoris non fiat; quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus præses provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deduci debere. *Quandoquidem* illic procaciâ, hoc est, contumaciâ, & petulantiâ sive morâ dolosâ venditoris res suo tempore tradita non est: nimis quippe diu traditionem rei distulerat. Ideoq; rectè dicitur: emptorē, ob moram in tradendo procaciter & petulanter dolosève commissam, interesse petere posse: ejusq; rationem præsidem provinciæ in condemnando debere habere. Atque adeò emptor conducibilius utiliusque sibi esse ratus est; id, quod interest, obtinere, quàm ipsius rei venditæ placito tempore non solutæ, traditionem instantiùs urgere. *arg. l. cùm venditorem. 10. C. de actionib. empti.* Vide Frantzkium, dictam *l. 4. C. d. tit.* copiosiùs explicantem, *d. exercitat. 11. quæst. 1. pag. 340. & seq. num. 53. cum multis seqq.*

54 Non item obloquitur textus *in l. si ita distrahatur. 25. §. 1. ff. de contrah. empt.* ibi dum ab Vlpiano respondetur, venditorem necesse non habere fundum sive rem emptoris facere: adversarii inferunt, venditorem non posse ad rei traditionem præcisè cogi. *Nam* responsum illud ita exaudiendum est, quasi venditor necesse non habeat hoc agere, ut res omnino & irrevocabiliter emptoris fiat: quoniam si res aliena venditur, tenetur quidem ad tradendum venditor; interim tamen res, utpote aliena, evinci & emptori auferri potest. *l. rem alienam. 28. ff. eod. tit.*

55 Præterea ad rhombum nil facit *l. si in venditione. 60. ff. de evictionib.* ubi expressum est, ex naturâ ex empto actionis interesse præstari: *Quia* loquitur de casu evictionis: cujus nomine in simplum agitur adversus venditorem; & etiam ad interesse, ex naturâ emptionis. Ita enim inquit Javolenus: *Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione præstare oporteat: nihil venditor præstabit, præter simplā, evictionis nomine: & ex naturâ ex empto actionis,*
56 *hoc, quod interest.* Vbi obiter notandum: quòd re
emptâ evictâ, hoc est, per judicis sententiam planè amissâ, venditor emptori teneatur, vel in simplum, & id, quod interest, id est, ad precium recipiendum, & utilitatem omnem. *l. venditor. 8. d. l. si in venditione. 60. l. evictâ re. 70. ff. d. tit. l. Titius. 43. §. ult. ff. de act. empt.* vel ad duplum; si cùm dictum actumvé sit, ut duplum emptori promitteretur; nec tamen per errorem promissum sit: quod eo duntaxat casu locum habet, quo fundus, vel domus, vel homo, vel aliæ res pretiosæ (de exteris siquidem rebus venditor solummodo in simplum tenetur) venditæ sunt, de quibus dupla promitti solet. *l. quòd si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de ædilit. edict. junctâ l. emptori. 37. §. 1. & 2. ff. de evictionib. Paul. lib. 2. sentent. tit. 17. §. 1. ibiq; Cujac. & accuratiùs idem Cujacius in paratit. C. de evictionibus.*

57 Adhæc conclusionem nostram parùm imminuit, *l. si jactum. 12. ff. de actionib. empti,* ubi, si venditor qui jactum retis vendidit, pisces captos reddere nolit, æstimari debet id, quod extraxit: sicque præstando æstimationem sive interesse venditor liberatur: *Tum* quia jactus retis ibi est emptus; atque ita merum factum in obligatione versatur: proindeque, ut in reliquis facti obligationibus, post moram obligatio ad interesse succedit. *l. stipulationes non dividuntur. 72. v. Celsus tamen. l. quotiens. 81. in princ. ff. de verb. oblig. l. si quis ab alio. 13. §. ult. ff. de re judicat.* Tum quia emptor ibidem ipsam rei sive piscium extractorum traditionem non admodum ursit: sed eos piscatori tradere recusanti ultrò relinquens, æstimationem eorum sibi magis prodesse censuit: atque adeò emptor nullam affectionem ad pisces ipsos, sed ad lucrum potiùs habuit. *Porrò de intellectu dictæ l. si jactum. 12. ff. de act. empt. videatur Vincentius Cabotius lib. 2. disp. jur. cap. 24.*

Minimè insuper eandem conclusionem evertit ist- 58
hæc ratiocinatio: Quibus ex causis juratur in litem, in iisdem id, quod interest, præstando liberamur, *arg. l. 2. 3. & penult. ff. de in litem jurand.* Ex causa autem emptionis in litem jurari, arguit *l. in actionib. 5. ff. eod.* in cujus principio indefinitè, adeoq; generaliter Marcianus scribit: in bonæ fidei judiciis (inter quæ sine ullâ dubitatione numeratur etiam empti actio sive judicium. *§. actionum. 28. infr. de action.*) in litem jurari. Ergo, &c. *Respondetur* enim; minorem propositionem non universaliter procedere, nec quod *in d. l. 5.*
dicitur, ad emptionem trahendum esse. Etenim non 59
incogniti juris est, jurijurando in litem tum demum locum esse, cùm per contumaciam aut dolum Rei, res non restituitur, vel exhibetur. *l. 1. d. l. 2. in fin. l. tutor. 8. & tot. tit. ff. & C. de in lit. jur. l. arbitrio. 18. ff. de dol. mal. l. Celsus 5. §. idem Iulianus. ff. ad exhibend. cum sexcentis similib.* Ast in actione empti non agitur de re restituendâ, aut exhibendâ, sed de re venditâ tradendâ. Venditor quippe ad tradendam duntaxat possessionem obligatus est: nec rem venditam emptoris facere compellitur; quamvis emptor nummos facere accipientis cogatur, *ut notavimus supra nu. 29. ex l. ex empto. 11. §. 2. ff. de actionib. empt. l. 1. in princ. ff. de rer. permut. & concordantib.* Ratio autem, quare in iis duntaxat bonæ fidei judiciis, in quibus de re restituendâ, & non de re tradendâ agitur, in litem juretur, hæc probabiliter reddi potest: quòd actor, qui in litem jurat, rem suam reo vendere censetur. *l. ejus rei. 46. & l. nec quasi. 70. ff. de rei vindicat. l. si cùm dos. 8. §. fin. cum l. seq. ff. de actione rer. amotar. l. sed & si res. 7. §. 1. ff. de public. in rem act. d. l. tutor. 8. ff. de in lit. jur.*
& l. litis. 3. ff. pro emptore. Sed emptor, qui ad rem tra- 60
dendam agit, non potest rem, quam sibi vult tradi, reo vendere: quia reus rem suam emeret; quod fieri nequit. Suæ namq; rei emptio non valet; sive sciens, sive ignorans quis emerit. *l. suæ rei. 16. & l. sed in emptione. 34. §. rei suæ. 4. ff. de contrah. empt.* Nec obest generalitas verborum Marciani *in d. l. in actionib. 5. in princ. ff. de in lit. jur.* Ea enim à proximè præcedentibus verbis (in quibus de actionibus in rem, quæ rei restitutionem continent, dictum fuit) restrictionem

& venditio. *Verum* respondetur ad majorem: Quæ substantialibus non differunt, tendentibus ad eundem finem; illa inter se non differunt. Ast eadem tria, quæ in emptione & venditione interveniunt, interveniunt quoq; in locatione & conductione, sed ad finem diversum. Nam in emptione & venditione pretium pro merce datur, eo fine, ut merx emptoris fiat. In locatione verò & conductione datur merces sive pretium, non eo fine, ut domus locata fiat conductoris,
75 sed ut hic illâ utatur. Finis autem cujus libet rei præcipuè inspiciendus est: & à fine res denominatur: finisque, qualis res sit censenda, declarat. *l. sed & si quid 25. § 1. ff. de usufruct. l. si ita stipulatus essem. 14. & l. insulam intra biennium. 124 ff. de verb. obligat. c. quaeis in princ. 25. distinct. Nicol. Everhard. in locis legal. loco, à virtute finis. num. 2. & 3. Bald. consil. 272 col. 2. lib. 1. eumq; referens Ioannes Berchcolt part. 2. Disp. de contrah. empt. sub propesit. 6. pag. 450.* Adde quod in emptionis contractu pretium nummarium esse, adeoq; in pecunia duntaxat numeratâ consistere debet, *per ea, quæ suprà tradidi num. 71.* Mercedem verò in
76 locatione non solùm in numeratâ pecunia, sed in quavis etiam re aliâ fungibili consistere posse, firmis sat rationibus demonstratum est *ad § 2. infrà tit proximo, numer. 3 & seqq.* Cæterùm præter illa hactenus
77 exposita emptionis & venditionis requisita, putà consensum, rem sive mercem, & pretium, jure renovato Würtembergico de substantiâ istius contractûs, in immobilibus censetur: ut à Magistratu sive Iudice cujusq; loci eum causæ cognitione approbetur, adeòq; ritè insinuetur, Fürstl. Würtemb. erneüwert Landtrecht. *part. 2 tit. 13 pag. 279. & seq. Idemq; attigit loan. Iacob. Plebst. disp. 2 de jure top. Ducat. Würtemberg th. 23. ad lit. F.* Porrò de substantialibus hujus contractûs videatur quoq; Hunnius *in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 2 quæst 5. pag* 118. item Rittershusius *hic pag. 465.* ubi in solo precio substantiam hujus contractûs consistere scribit, *arg l. 3 & l. empti. 9. C. de contrah. empt. & l. pacta 72 ff. eod.*

78 His ita generaliter præcognitis, ad explicationem hujus principii accedendum est propiùs: in quo Justinianus Imp. ostendit: emptionem & venditionem contrahi, simul atque de pretio convenerit: quamvis nondum pretium numeratum sit, & ne arrha quidem data fuerit. Perficitur igitur emptio solâ pretii (quod respectum ad rem habet: pretio quippe res æstimatur; & sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur. *l nec emptio. 8. ff. de contrah. empt.*) conventione, nõ numeratione. *l. 2 § 1. ff. d. tit. de contrah. empt. d. l empti. 9. C eod.* Hujusque ratio illa est: quia hic contractus fit solo cõsensu, propter libertatẽ utilitatemq; commerciorũ, & maximè hujus cõtractûs usitatissimi, & sum-
79 me necessarii humanæ societati. Vnde mutuũ, quia nõ nudâ conventione sive consensu, sed re fit, numerationem desiderat. *l. certi. 9. §. numeravi. 4. ff. de reb. credit. initio. tit. sub. quib. mod. re contrahit. obligat. & notat. hic Giphanius.* Consensum autem ejusmodi
80 exigimus, qui voluntatem vendendi emendique præsentem, & utriusque contrahentium deliberatum & firmum propositum, non vagam atque incertam orationem, contineat. Itaque non sufficiet de vendendo in futurum concepta conventio: cùm aliud sit venditio, aliud pactum de vendendo. Neque satis erit, me dicere, quòd velim vendere etiam pro certo pretio; nisi & emptor, se pro tanto pretio emere velle, dixerit, *glos. in l. in vendendo. 13. ibiq; Bald. C. de cõtrah empt. Fabian. de Monteiu tract. de empt. & vendit. part. 5. principali num. 51.* Eâdem de re consulantur *Mozzius eodem tract. tit. de substantialib. emptionis. nu 46. & seqq. Heigius hic n. 3. Vultejus n. 13. & Hunnius in d. resolut. ad Treutler. vol. 2 disp. 2 quæst. 6. pag. 119.* Ra- 81
tio porrò, cur Justinianus hìc dicat, emptionem perfici etiam sine arrha; hæc redditur: quia arrha tantùm evidentioris probationis causâ interponitur, non ad substantiam obligationis. *l. quod sæpe 35. in princ. ff. de contrah empt. & hic in versic. nam quod arrha nomine datur. &c.* Cæterùm arrha nihil aliud est, quã prærogativa & repræsentatio pretii suo tempore persolvendi. Siquidem pretii & solutionis pars videtur, *ut notat Hotomanus hic enunciat.* 8. Illamque alii *παρὰ τὸ ἀρραγὲς*, quod firmum sive solidum & validũ significat, dictam volunt: quidam ab Hebræo arab. quod idem valet, quod spopondit, oppigneravit, fidejussorem constituit, deducunt. *Paul. Cypræus in tract. de sponsalib. c. 11. §. 3.* nonnulli derivant à re, pro quâ datur, *Isidorus lib. 10. Etymolog. c. ult. quem citat. Borcholt. hic n. 5.* Veteres arrham vocabant arrhabonem, *ut indicat Varro lib 4. de ling. Lat* fortè à Græco *ἀῤῥαβὼν*, quod D. Lutherus *in Genes. c 38. v 17.* ab Hebræis, qui Erabon pignus dicunt, haud dubiè ortum putat: *quem referendo sequi videtur Wesenbecius hic n. 3.* Vide D. Besoldum *in delibatis juris ex lib. 18. ff. quæst. 6. pag. 23.*

Et sane arrhæ dari solent à solo emptore venditori, 82
& non contra, à venditore emptori *l. de lege commissoria. 6. in princ & l. fin. ff. de lege commissor. l. contractus. 17 §. ult. C. de fide instrumentor. & hoc principio in fine.* Sic in sponsalibus plerunque sponsus dare cõsuevit arrhas sponsæ, non vice versâ, *arg. l si quis officium. 38. in fine principii. ff. de ritu nupt. l. si legibus. 16. C. de Episcop. audient. l. unic. C si rector provinciæ, vel ad eum pertinentes sponsal. dederint. l. 3. & ult. C. de sponsalib. cum similib.* Sed & in locatione quandoque
arrha solet adhiberi: cùm illa emptioni sit similis, *initio & §. 3. infr. t. prox.* Atq; nomine arrharum (quæ 83
veluti pignora contracti negotii reputantur) nõ nummi tantum dantur, sed etiam aliæ res; ut aurum, annulus, monile, aut quid aliud. *l. 2. C. quando liceat ab empt. disced. l ex empto. 11. §. is qui vina 6. ff de action empt. l. cuicunq; 5 §. item si institor. 15. ff de institer. act. Cujacius lib. 11. observat. c. 17. Covarruv. in Epitom. de sponsalib. part. 2. c 3. § 7. n. 6. Rittershus. hic p. 467. Schardius in Lexico juridico. lit. A. in. verbo, arrha, &c.*

Verùm enimverò ex constitutione Justiniani inter- 84
dum conventio de precio rei vendendæ, emptionem non perficit, nempe si emptio in scriptis celebretur. Hanc enim Imperator non vult aliter perfici, nisi scriptum seu instrumentum ritè fuerit confectum, omnibusque suis numeris absolutum, *per hunc textum nostrum.*

nostrum. vers. sed hoc quidem, &c. & l. contractus. 17. C. de fide instrument. Atq; hinc esse videtur, quòd Tribonianus hanc clausulam, *sine scriptis*, in responsis & constitutionibus veterum nonnunquam interjecerit, *ut in l. 2. ad finem. ff. de contrah. empt. & in l. cum*

85 *inter. 4. C. de peric. & commodo rei vend.* Notanda autem hoc loco est emptionis divisio, quâ alia fit sine scriptis: alia in scriptis. Illa (*ut paulò antè dictum*) perficitur solâ conventione precii: hæc verò legitimâ confectione instrumenti. *Acacius Antonius de Ripoll. variar. jur. resolut. cap. 11. numer. 32. & seqq. fol. 331.* Et ut instrumentum omnino cosummatum, legitimèque absolutum dicatur, primùm requiritur: ut contractus à Tabellione seu Notario in schedam redigatur, eaque partibus legenda tradatur: deinde ex schedâ in mundum sive chartam puram transferatur, cum à Tabellione subscribatur, & partibus recitetur, ac edatur, nec non ab iisdem approbetur. Atquè hæc quidem ita obtinent, si instrumentum publicè per

86 notarium conficiatur. At si à Notario non fiat: tunc partes sive contrahentes debent instrumentum vel manu propria scribere, vel ab alio scripto subscribere, ut constituit Justinianus *hic, & d. l. contractus. 17. ubi latè Paulus de Castro. C. de fide instrumentor.* Paria namque sunt, vel manu propriâ scribere instrumentum, vel se ei manu alterius scripto subscribere. *notante Angelo Aretino hic nummer. 1. in fine.* Censetur enim subscribens contenta in eo approbare; proindeque sibi æquè præjudicat, ac sic totum scripsisset, *arg l. sicut. 8. §. non videtur. 15. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. & l. 1. §. 1. ibi. subscriptionem. ff. de consti-*

87 *tutionib. princep.* Quod tamen ita demum procedit, si quispiam se subscribat, ut principalis: secus, si subscribat, ut testis. Talem siquidem subscriptionem non præjudicare, plerique Interpretes tradunt, *arg. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. ibiq; Iason. ff. de verb. obligat. l. si pater 6. & inibi Gothofred. C. de fidejussorib. Bartol. in d. l. sicut 8. §. non videtur. ff. quib. mod. pig. vel. hypoth. solvit. Schneidevvin. hic numer. 7. & seqq.* Cæterum dubitatu: an quis sit obligatus, quando se subscripsit instrumento, nondum tamen perlecto: Quod affirmatur: modò ei de contentis cõstet: quod in dubio præsumitur. Si verò eorum notitiam non habuerit: secus est. *l. fin. ibiq; Bald. C. plus valere, quod agitur, quàm quod simulatè concip.* Allegans tamen ignorantiam, eam probare debet, *Iason. in l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. 2. ff. de verb. obligat Schneidevvin. hic num. 10. Richter. d. tract. de contract. disp. 9 th. 2. sub lit. a. pag. 283.* Illud hoc lo-

88 co prætereundum non est: quòd si controversia sit de emptione & venditione inter ipsum emptorem & venditorem, qui negat, se vendidisse; instrumentum emptionis & venditionis non probet, nec ex eo ad traditionem rei venditæ agi possit, si precium in eo non exprimatur. At diversum obtinet, si de emptione & venditione non inter ipsos contrahentes, sed alios, controvertatur. Tunc etenim instrumento attestanti, venditionem factam fuisse, creditur; maximè, si principaliter nõ de precio, sed de eo, an venditio facta sit, nec ne, agatur. *Ita sentiunt Bartol. in l. admonen-*

di. 31. num 33. ff. de jurejurand. Alexand. Castrensf. & Iason. in l. si duo patroni. 13. § Marcellus. ff. eod. t. Alberic. in l. 1. ff. de contrah. empt. & idem in l. sciendum. 30 ff. de verb. obligationib. Romanus consil 305. numer. 8. & ibi Mandosius in additionib. Mudæus in l. 2. § sine precio. numer. 5. ff. de contrah. empt. hosq; referens Berchelt. hic nummer. 12. Et eam rem copiosius explanat Mascardus in tract. de probat. vol. 3. conclus. 1401. n. 8. & seqq.

Sanè instrumenta, in quibus precii & solutionis 89
sive numerationis in genere fit mentio, ex generali quadam Germaniæ consuetudine recepta sunt, fidemq; faciunt, non solùm contra tertium, ad probandum titulum; sed etiam contra ipsum venditorem, & ejus heredem, ad faciendam traditionem rei venditæ, *argumento l. certum. 6. ff. de reb. credit. si cert. pet.* & quòd æquipollentium eadem sit disciplina, idemq; judicium. *c. tuæ nos. 7. ibiq; glos. in verb. æquipollentibus. ext. de consanguinit. & affinit c licèt ex quadam. 47. §. testes autem de testibus. l. Iulianus ait. 45. ff. de condit. & demonstrat. & l. si mater 3. ibidemq; glos. in verb. sua causa. C. de institutionib. & substitutionib. Andr. Gail lib. 2. observat. n. 12. & seq. ubi in Camerâ Imperiali sæpius ita pronunciatum fuisse, affirmat.*

Porrò subjungit Imp. Justinianus *hic in vers. ita tamen impunè, &c.* quòd emptione nondum perfe- 90
ctâ (puta si vinum vendat, ut degustetur, vel saltem de re convenerit, & nondum de pretio) sive in scriptis, sive sine scriptis celebranda suscepta sit, emptor nolens adimplere & perficere contractum, amittat arrhas datas: venditor autem recusans adimplere venditioné, duplicatas arrhas emptori restituere obstringatur. Idem dicitur *in l. contractus. 17. ad finem. C. de fide instrumentor. & jure renovato Wirtembergico, part 2. tit. 9. §. Ob und wann die contrahenten, &c. vers. doch wo ein Arrha, &c. fol. 276.* Sic & in sponsalibus, cùm per sponsum stat, quò minus nuptiæ sequantur, ipse arrhas perdit: cùm verò stat per sponsam, ipsa in duplum arrhas reddere tenetur. *l. 3. & l. ult. C. de sponsalib.*

At quid de emptione perfectâ statuendum? nũquid 91
sola arrharum jactura sive dispendium, earumvè duplicatarum restitutio illam annihilabit? Ita sanè non pauci opinantur. *Odofredus, Salicetus & Sichardus in d. l. contractus. 17. §. illud. C. de fide instrument. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 2. n 18. Zasius lib. 2. singul. respons. cap. 24. hosq; allegans Fachineus lib. 2 controversiar. jur. c. 28. vers. sed mihi magis probatur, & r. Trentler. vol. 1. disp. 28. th. 8. lit. B.* Et hanc opinionem communem perhiberi, ait Emanuel Soarez *in thes. recept. sentent in verb. arrhas. n. 274. & Femannus disp. 22. th. 9. ad lit.* Sed meliùs rectiusque judicant, qui perfectâ prorsus & absolutâ emptione, pœnitentem sive recedentem à contractu non arrharum solùm mulctâ & damno puniunt: verùm etiamsi procaciter perseveret, in id, quod interest, condemnãt, *arg. l. 1. & l. pradia. 28. ff. de actionib. empt. l. si traditio. 4 C. d. t.* Haud enim debet arrharum interventꝰ vinculum contractæ semel obligationis dissolvere: cùm maxime confirmandæ probandæq; venditionis gra-

—— *Nec et empta dolore voluptas.*

Ideòq; lex XII. tab. omnem alienationem & acquisitionem, emptionis verbo complecti videbatur. *l. statuliberi 29 circa finem. ff. de statuliber. l. sicut. 8. §. venditionis. 11. ubi Gloss. in verb. generaliter. ff. quib. mod. pig. vel hypoth solvit. l. sciendum. 19. §. deinde 5. ibiq; Gothofred. ff. de aedilit. edict. Anton. de Burges. ad rubric. tit. ex. de empt. & vendit. n. 19. cum seqq. Tiraquell. de retract. lignagier. § 1. gloss. a. n. 1. Mezzius in tract. de empt. & vendit. in pr. n. 26. & seqq. Fabian. de Ment. in tr. de empt & vend. q. 2 princ.* Et eâ de re, *post magnum Doctorum diversimodè sentientium catalogum, quem exhibet*, prolixè & accuratè disserat Pinelus *in l. 2. C. de rescind. vendit part. 2. c. 1. n. 10. cum seqq. Sarmientus lib. 3. selectar. interpretat. c. 2. n. 13. & seq. Robertus lib. 1. animadversion. jur. civil. c. 8. Anten Mercat. in notat. ad animadvers. lib. 1. cap. 8. Bronchorst. cent. 2. [illegible] assert. 61. edit. 2. Petr. Augustin. Morla in emporio jur. part. 1. t. 9. in praemiss. n. 8. & 28. cum aliquot seqq & recentissimè Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quaest. 2. pag. 113. & seq.* Sed hoc in titulo, sicuti & aliis plerunque, vocabulum emptionis in tam latâ significatione non accipitur: sed pro certâ atque distinctâ contractûs specie ponitur: eoque sensu Vlpianus ostendit, emptum ita distare à parato, ut speciem à genere. *l. si quid earum. 47. §. 1. ff. de legat. 3. Wesenbec. hic in rubric. d. n. 1. Auson. Popma lib 2. de different. verb. in*
3 *verbo, emere, &c.* Et ejus contractûs partes duae perhibentur: una est, venditio: altera, emptio. *l. 1. §. 1. in fin. ibi, aliud est vendere, aliud emere. l. nec emptio. 8 in princ. ibi, nec emptio, nec venditio. l. aliquin. 11. in fin. ibi, nulla emptio, nulla venditio est. l. rem alienam, 28. ibi, emptio est & venditio, ff. de contrah. empt.* Atque idem ex eo perspicuum est, quod alia emptori, alia venditori competat actio. *§. 1. vers. emptore quidem, &c. hoc t. rubric. ff. & C. de actionib. empti & vendit. Ant. Faber. lib. 6. conject. jur. civil. c. 9. huncq; citans D. Collega Becer. cl. 2. Disp. 3. th. 9. lit. B. edit. 2. & in hoc tit. n. 54. pag. 372.* Tametsi dubium non sit ullum, quin nomine venditionis, ut & nomine emptionis, totus contractus significetur: & utriusque nominis appellatio frequentius confundatur: adeòq; alterum pro altero, vel potiùs pro utroque sumatur & usurpetur. *l. 2. ff. de contrah. empt l. Iulianus. 13. §. si procurator. 25. in fin. & l. veteres. 19. ff. de act. empt. & vendit. l. sed hoc nomine. 26. & l. si cùm venditor. 66. §. 2. ff. de evictionib. l. unic. vers. si itaq; C. si servus extero se emi mandaverit. & simil lib. Connan. lib 7. Commentarior. jur. civil. c. 6. n. 2. Donell. d. lib. 13 Commentar. de jur. civ. c. 1. pag. 131. n. 50. ibiq; Hilligerus in suis notat. ad lit. C. Vultejus lib. 1. Iurisprud. Rom. c. 35. n. 5. & in hoc princip. n. 3. Treutler. Disput. 28 th. 1. sub lit. A. volum. 1. ibique Reinhardus Bachovius in suis not. pag. 1041. Mudaeus ad rubric. t. ff. de contrah. empt. n. 8. Kubach. cent. 2. quaestion illustr politico-jurid. decur. 2. q. 3.*

4 Caeterùm origo emendi vendendique à permutationibus coepit, *teste Paulo in l. 1. in pr. ff. de contrah. empt.* Vnde non insitè permutatio emptioni vicina, hujusque vicem obtinere dicitur. *l. fin. ff. de rer permutat. & l. 2. Cod eod.* quamvis aliàs, usu nummi nondum invento cum emptione & venditione eadem fuerit. Itaq; vulgò dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi, eamq; speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. *§. item pretium infra hoc t.* Ex quo probabiliter concludi 5
posse videtur, emptionis & venditionis contractum esse ipsâ permutatione vetustiorem: propterea quòd genus specie suâ prius esse constet. Quod sanè pronunciato Paulino *in d. l. 1. in pr. ff. de contrah. empt.* omnino adversatur; neq; ambigitur, quin homines priùs permutârint, quàm moneta facta fuerit. De primâ enim monetâ habetur in sacrâ Scripturâ, quòd Abraham quadringentos siclos argenti, probatae monetae publicae, dederit pro agro. *Genes. c. 23. v. 15. 16. 17.* Verùm ad hoc eleganter respondet D. Vultejus *hic n. 6.* aliud videlicet esse, loqui de emptione speciali, & aliud, de emptione generali. Illa fuit permutatione posterior, de quâ noster futurus est sermo: haec verò est permutatione antiquior: quia veteres permutationē rerum etiam appellitârunt venditionem. Hinc Esau fratri suo Jacobo primogenituram vendidisse dicitur, pro pane & lentis edulio. *Genes. 25. v. 31. & seqq.* qui tamen contractus non fuit emptio specialis; quoniā nullum precium intervenit: sed permutatio, quae emptio generalis est: cùm emptio specialis non sit mutatio rei cum re, sed pecuniae cum re. Nam permutationes istae omnes olim emptionis & venditionis nomine comprehendebantur, *d. §. item precium. infr. hoc t.* Ejusq; opinionis fuerunt Sabinus & Cassius, non spernendae auctoritatis Jurisconsulti: à quibus dissenserunt Proculus & Nerva, secundùm quorum sententiā permutatio, & emptio specialis, factae sunt duae species emptionis generalis. Etenim reperto percussoq; nummo, & materiâ electâ, cujus publica & perpetua aestimatio difficultatibus permutationū, aequalitate quātitatis, subveniret: coepta est distingui permutatio ab emptione & venditione; ita, ut permutatio utrinq; fieret rebus, emptio non utrinque rebus, sed ex unâ parte re, ex alterâ precio interveniente. *d. l. 1. ff. de contrah. empt. & l. 1. ff. de rer. permut. & id latius deducetur in §. 2 infr. hoc tit.*

In isthoc ergo stricto significatu non incommodè 6
definitur emptio & venditio contractus, juris gentiū, nominatus, bonae fidei, solo consensu initus, de re sive merce emptori tradendâ, & pretio certo nummario venditori dando. *Hancq; definitionem noviter amplectitur Philippus Knipschildt exercit. Acad. 8. th. 4. pag. 274 nec non Christophorus Philippus Richter in tract. de contractib. disp 9 th. 1. pag. 230.* Hunc contractum 7
juris gentium esse, disertè dicitur *in d. l 1. in fine ff. de contrah. empt. l ex hoc jure. 5. ff. de just & jur. l. juris gentium. 7. §. 1. ff de pact §. jus autem gentium. supr. de jure nat. gent. & civ.* Cui non contradicit textus *in §. venditae. 41 sup. de rer. divis.* ubi dicitur, quòd de venditione cautum sit lege 12. tabular. ac proinde innuitur, venditionem esse juris civilis. Nam multa legibus caventur de contractibus, quae tamen ex jure gentium fluunt, *arg. l. 1 ff. locati. d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact.*

pact W. senbec. ad d. §. vendita. sup. de rer. divis. num 2. Nec si quid lege 12. tab. comprehensum est, ideo continuò juris gentium non est. *Hotoman. in d. §. vendita. enunciat.* 31. Ideo Justinianus *in d. §. 41.* subjicit: *tamen rectè dicitur, & jure gentium id effici.* Sanè interdum jus civile dicitur, quicquid civibus Romanis placuit. *l. jus civile. 6. ff. de justit. & jur. Baro ad d. §. 41. huncque referens Fomannus Disp. 22. th. 7. ad lit. a.*

8 Neque etiam obstat, quod pecunia sive nummus signatus, sine quo venditio esse non potest, primâ hominũ ætate incognitus fuerit, *ut evincit d. l. 1. in princ. ibi, olim enim non ita erat nummus. ff. de contrah. empt. ibiq; Budaus. Aristot. lib. 5. Eth. c. 5. & 1. Politicor. c. 6. Forcatul. Necyomantia Dialog 48. num 3. Plinius lib. 33. natural. histor. c. 3. Vergilius Polydorus de invent. rer. lib. 2. c. 20 Molin. in tractat. commercior. quæst. 100. n um. 795. Covarruv. de veterum collatione*
9 *numismatum c. 1. in princ. aliiq; ab his relati.* Jus autem gentium cum ipso genere humano proditum; testetur Cajus *in l. 1. in princ ff. de acquir. rer. domin* & confirmet Justinianus *in §. singulorum. 11. supr. de rer. divis.* Respondetur enim; ad hoc, ut aliquid dicatur juris gentiũ esse, non necessariò exigi, ut ab initio cum ipsis hominibus extiterit; sed satis esse, si posteà fuerit inventum, dummodo ratio naturalis illud dictaverit servari oportere, & ab omnibus gentibus recipiatur, & unanimiter approbetur, *ut colligitur ex §. jus autẽ civile. vers quod verò naturalis sup. de jur. nat gent. & civ.* ubi Justinianus ad appellationem juris gentiũ solummodo rationem naturalẽ, omniumq; gentium approbationem; nequaquam verò temporis, seivè antiquitatẽ requirit. Vnde cùm ratio naturâlis omnibus gentibus dictet, valde expedire emptiones, utpote humanæ societati perquàm necessarias, *ut patescit ex d l. 1. ff. de contrah empt.* eæq; ab omnibus concordi sententiâ & judicio approbatæ fuerint: manifestum efficitur, hunc emptionis contractum juri gentium acceptum esse ferendum. Sed & *in d. l. 1 ff. de acquir. rer. domin. & d. §. singulorum. s. de rer. divis.* non dicitur, quòd omnia, quæ juri gentium connumerantur, cum genere humano inventa fuerint; sed hoc tantùm habetur, quòd jus gentium cum ipso genere humano fuerit proditum. Et rectè quidem. Nam statim cum ipsis hominibus creatam fuisse rationem naturalem, certum est: quæ dictavit aliquid fieri; idque ab omnibus custoditum fuit & consequenter statim fuit jus gentium, quod nihil aliud est, quàm naturalis ratio, omniumque hominum approbatio. *d. §. jus autem civile. vers quòd verò naturalis. s. d. tit.*

10 Præterea nihil movet *l. final. C. de veteris numismatis potestat. & l. fin. C. de falsa monet.* ex quibus probari posse videtur, ipsam monetam sive nummum esse jure civilis inventum. Etenim leges istæ hoc tantum cavent & prohibent, ne hodie moneta sive nummus sine licentiâ Principis impunè cudi formarique possit: idque ex instituto civili esse non negatur: interim verò nihil impedit, quo minùs nummi inventio ad jus gentium secundarium (*quod vocant*) referatur.
11 Omnes quippe omnino gentes nummo utuntur ad celebrandum emptionis contractum, sicuti antea permutatione utebantur, *d. l. 1. ff. de contrah. empt ibique Bartolus n. 2 Bald. & Salicetus, ibidemq; Mudaus in §. est autem emptio. n 2. Aristot. d. lib. 1. Politic. cap. 8. Kuichen. de provoc. Saxon. jur. c. 5. n. 350. Nicol Reus. lib. 3. consil. 7. num. 3. cum seqq. Molin. de usur. quæst. 92. num. 9. Anton. Hanffmannus in resolut. de re monetariâ resolut. 3. ad lit. c. pulchrè Pinelus ad rubric. C. de rescind. vendit. part. 1. c. 1. n. 15. Connan. lib. 1. Commentar. jur. civil cap. 5. num. 8. Anton. de Burgos. in d. rubric tit. ext. de empt. & vendit. num. 12. cum seqq. Hotoman. in lib de re nummariâ cap. de varia nummô appellat in princ. pag 32. Andreas Dinner. de moneta mutatione disput. 1. thes. 2. Fabian. de Monte d. tract. de empt. & vend. quæst. 1. princip. num. 5. Mozz. d. tract. de empt. & vendit. in princ. n. 22. cum seqq. Pet. August. Morla in emptor jur. d. par. 1 tit. 9 in præmiss num. 27. Treutler d. vol. 1 disp. 28. th. 1. lit. D. ibiq; Bachovius in suis not pag. 1044. item Hunnius ibidem quæst. 3. pag. 115. & seq.* Tametsi non desint, qui nummos sive pecuniam à jure civili inductam esse, contendunt. *Forcatul. prædicto Dialog. 48. numer 2 Cujac. in Comment. in lib. 33. Pauli ad edictum. pag. 144. & alii.* Quorum opinationem si quis forsan exercitii gratiâ defendere desideret; cognoscere poterit ea, quæ novissimè tradidisse comperi D. Collegam Bocerum *in tract. de monetis. cap. 1.* Porrò de primâ monetæ sive nummi inventione plura notatu perdigna affert Johan. Mathesius *in sua Sareptâ* oder Bergpostill / *concio. 14. fol. 225. & seqq.*

Sequitur in definitione, *nominatus.* Quia elegans, 12
certum ac speciale, alteri minimè conveniens, nomen iste contractus habet. Neque enim nomen hoc, *venditio*, locationi congruit, nec è converso. *l. juris gentiũ. 7. §. 1 ff. de pact. l. 1. §. item emptio. 2. ff. de rer. permutat. Mozz. in tr. de contractib. art. 4. n. 11.* Huc q; referantur, quæ annotavimus *ad §. adeò autem. infrà tit. proximo. n. 44. & seqq.* Nihil huic resistit *l. Labeo scribit.* 13
50. ff. de contrah. empt. ubi Labeo disertè respondit, non esse dubitandum, quin præscriptis verbis (quæ actio ex contractibus innominatis nascitur. *l. 1. l. naturalis 5. & tot. t. ff. de præscript. verb. &c. Oldendorp. clas. 4. act. 40 Bronch. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 69. ed. 2.*) ex venditione agi possit. Nam Vlpianus illic refert Labeonis sententiam, qui putavit, propter conditionem, à quâ emptio pendebat, non impletam, cùm impleri posset ab emptore, dandam esse actionem præscriptis verbis: interim tamen non inficiatur, etiam actionem ex vendito locum habere, emptione perfectâ: imò id ipsum apertè Vlpianus ex suâ sententia subjicit, *in vers. ego, etiam ex vendito, &c.*

Dico in definitione, *bona fidei.* Quoniam in em- 14
ptione naturalis ratio ipsa bonam fidem & æquitatẽ summam postulat. *l. 1. § 1. l. ex empto. 11 §. 1. ff. de actionibus empt. l. bona fides 31. ff. deposit.* indeq; hic contractus distinguitur à contractibus stricti juris. *§. actionũ. 28. infra de actionibus.* Dicuntur quippe contractus bonæ fidei: non quòd alii contractus sint malæ fidei; cùm in omnibus contractib' bona fides requiratur. *l.*

bonam

bonâ fidem 4. *C. de obligat. & act.* sed quòd in horum contractuum actione sive judicio fiat condemnatio ex bonâ fide, id est, ex bono & æquo, etiam ultra id, de quo in ipsa conventione expressè ac nominatim fuit actum. *§. conductor autem. infrà t. proxime. l. sed Celsus.* 6. *§.* 1. *v. in emptis & venditis. ff. de contrah. empt. l. quia tantundem.* 7. *ff. de negoc. gest.* Stricti verò juris contractus sunt, quorum in actione strictè fit condemnatio de iis tantùm, de quibus in ipsa conventione nominatim dictum fuit. *d. l. quia tantundem.* 7. *ff. eod. l. si ita stipulatus.* 126. *§. Chrysogonus. vers. plerunq. enim. ff. de verb. obligat. & explicatius decui in d. §. actionum* 28. *infrà de actionib. numer.* 5. 6. 12. *& seqq.* Porrò Dn. Collega Bocerus *hic num.* 7. *&* 8 *pag.* 367. chordâ eâdem oberrat, eandemq; repetit & renovat cantilenam, quam suprà cecinit, *ad §. praterea.* 3. *quib. mod. re contrahitur obligat. num.* 5. *pag.* 192. sicut & infrà *ad tit. de locat. & conduct. num.* 14. *pag.* 403. ubi in definitione depositi, item emptionis-venditionis, locationis-conductionis, & similium contractuum inconsideratè & superfluè apposita dixit illa verba; *nominatum, juris gentiû, bona fidei. &c.* Verùm quoniam suprà *ad d. §. praterea.* 3. *Quibus mod. re contrahit. obligat. num.* 8. ei satis occinimus; & aliàs quoque Citharœdus:

Ridetur, chordâ qui semper oberrat eâdem:

ideo neutiquam operæ pretium esse putamus, diutiùs in diluendis hisce ineptiis immorarier.

Ajo, *sola consensu initus.* Idq; ad differentiam
15 contractuum, qui non solo consensu, sed re, verbis, & literis perficiuntur, *de quibus expositum est suprà hoc lib.* 3. *tit.* 15. 16. *& tit.* 22. Emptionem autem nudo ac solo consensu, sine rei traditione, vel verborum solennitate, aut scripturâ perfici, luculenter constat *ex d. l.* 1. *in fine. & l. in venditionibus.* 9. *in princ. ff. d. contrah. empt. l.* 2. *in princ. & l. in quibuscunq.* 48. *ff. de obligat. & actionib. initio tit. de obligat. ex consens. & l.* 2. *C. de contrah. empt. Martin. Bonacina in tract. de contractib. & restitut. disp.* 3. *quast.* 2. *punct.* 1. *numer.* 4.
16 *pag.* 380. Nec movet quicquam in contrarium, quòd actio empti & venditi non nascitur, priusquàm res sit tradita, aut pretium solutum. *l. Julianus.* 13. *§. offerri.* 8. *ff. de actionibus empt.* Nam nascitur quidem actio ex emptione-venditione, etiam ante traditionem rei, & solutionem pretii: sed illa exceptione eliditur, *per textum in l. qui pendentem.* 25 *ff. eod.* Idemq; quod dicitur *in d. l.* 13. *§.* 8. nondum esse actionem, intelligi debet, ratione ipsius effectûs: ut videlicet ante rem traditam & pretium solutum nondum sit actio, quæ plenum effectum sortiatur, quæq; nullâ ratione everti aut elidi queat. Paria quippe censentur, non habere actionem, & actionem habere, quæ exceptione elidatur & evertatur, *argum. d. l. qui pendentem* 25. *ff. d.*
17 *tit.* Nihil quoq; resistit *l.* 2. *C. de periculo & commodo rei vend.* ubi emptio-venditio vini dicitur imperfecta ante traditionem & admensurationem vini: ac proinde solo consensu emptio-venditio non perficitur. *Committitur* enim fallacia causæ. Illic namq; ante vini admensurationem emptio-venditio imperfecta dicitur, non quòd solo consensu non perficiatur, sed ad sui perfectionem rei traditionem desideret: verùm ideirco, quia vino ad mensuram vendito, intelligitur vinum non solum sub conditione venditum; sed etiam nullum certum vinum venditum. Adjicitur siquidem mensura, ut appareat, quantum postea veneat. *l. si in emptione.* 34. *§. alia causa.* 5. *ff. de contrah. empt.* Quare priusquam vinum admensum sit, non potest dici, quid venierit. Et consequenter emptio-venditio nondum perfecta est: cùm inter contrahentes, emptorem & venditorem, de re non convenerit. *Ita tradit Hunnius lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tractat.* 7. *part.* 1. *quast.* 1. *pag.* 1070. *& in resolut. ad vol.* 2. *Treutleri disp.* 2. *th.* 1 *quast.* 4. *pag* 117.

Et quidem adeò hoc in contractu necessarius est consensus: ut, si contrahentes vel in corpore, vel in 18
pretio, vel in substantiâ seu materiâ dissentiant, contractus sit nullus. *d. l. in venditionibus.* 9. *in princ. & §. inde quaritur* 2. *cum ll. seqq ff de contrah. empt.* Nisi merx quid habeat materiæ, in quam consensum sit; ut si æs, quod ejusdem penè est cum auro materiæ, mixtum auro, vel inauratum pro auro vendatur. *l. quid tamen.* 14. *ff. eod.* At si planè alia materia sit, quàm de quâ dictum est, non valere venditionem palam est: puta, si mensa argento cooperta pro solidâ veneat. Nihil enim commune habet æs vel lignum mensæ cum argento, nec eadem est horum *ὕλη*, neq; operimentum pars est materiæ (ut nec vestimentum corporis) hoc est, mensæ, quam argenteam præstari convenit. *l. cùm ab eo.* 41. *§. fin. ff. d. tit. ibiq. Wesenbec. in parat. n.* 5. *&* 6. *Bachovius in suis not. ad vol.* 1. *Treutleri disp* 28 *th.* 7. *lit. E. pag.* 1077. Prædictis non adversatur, quòd error in substantiâ vel materiâ stipulationem non vitiat, nec etiam pignus. *l. si id, quod* 19
aurum. 22. *ff. de verb. oblig. l.* 1 *§. ult. ff. de pignerat. act. l. cùm et pigneri.* 20. *in princ. ff. de furt.* Namq; inter stipulationem & pignus, & inter emptionem differentia constituenda est. Si, per errorem pignore accepto, vel in stipulationem deducto ære pro auro, pignus & stipulationem nullam esse dixerimus: nihil superetit in obligatione. Proindeque creditoris & stipulatoris interest, saltem illud ipsum corpus, quod demonstratum est, quale quale etiam sit, deberi; & sic æs saltem in obligationem venire: attentâ insuper hac ratione, quòd ex horum parte nihil interdum in his contractib[9] interveniat. Alia est ratio emptionis: quia cùm emptor vicissim ad pretium obligetur: ideirco ejus interest potiùs, ne ullo modo obligatio consistat in ære, quod pro auro venditum est, quam si æs, datâ ingenti pecuniâ, compararet pro auro. Verùm eâ de re consulantur *Duarenus, Donellus, & Cujacius in d l. si id, quod aurum.* 22 *ff. de verb. oblig idem Cujac lib.* 2. *observ. c.* 4. *Mudaus ad d. l. in venditionib.* 9. *n.* 5. *& seqq. ff. de contrah. empt. Borchols. in Comment. de verb. obligat. c.* 5. *n* 74. *& seqq. & part.* 2. *Disput. de contrah. empt propesit.* 15. *pag.* 466 *& seq Robert. lib.* 1. *animadvers. jur. civil. c.* 4. *Broncherst. d. cent.* 2. *assert.* 53. *edit.* 2. *Hænon. Disp.* 16. *centrov.* 2. *Pacius cent.* 2. *ἐναντιοφανῶν q.* 4. *Robertus. Disp.* 17. *th.* 3 *lit.* 6. *Giphan. Disput.* 28. *lib* 3. *th.* 7. *ibiq. Oleman. n* 12. *Vultejus in hoc princ. n.* 15. *& seqq. Connan lib.* 7. *Comment. jur. civ. c.* 6. *n* 4.

c.6.n.4.& seqq. Gœddæus in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c.3.conclus.4.n.23.& 28. cum seqq. D. Besold.in delibatis jur. ex lib.18.ff. quæst.2. Paulus Berens disp.11.ad Instit.them.1.quæst.1. Hunnius d.resolut.ad Treutler.vol.2.disp.2. quæst. 47. & 48.pag.198.cum seqq. & lib.3.var. resolut jur. civ. tract.2.quæst.18.& seqq. Morla in empor.jur.d part.1. tit.9.in præmiss.n.18.& seqq. itemq; Acacius Antonius de Ripoll.variar.juris resolution.cap.11.n.269.& seqq. fol.513.& Justus Reifenbergius disput.1.juris civil.renovat.th.33.& seq.

20 Cæterum error nominis, aut qualitatis ipsius mercis non quidem vitiat hunc contractum: sed tamen, si in qualitate dissensus sit; venditor teneri debet, quanti interest emptoris, se non esse deceptum; etiamsi venditor quoq; nesciat: veluti si mensas quasi citreas emat, quæ tales non sunt. d.l.in vendit.9.§ si in nomine.ff.de contrah.empt. l.si sterilis.21.§.2.ff. de actionib.empt. Quòd si verò in accessionibus mercis principalis dissentiant contrahentes, hoc est, emptor de aliâ, venditor itidem de aliâ accessione sentiat: emptio & venditio nihilominus subsistit; sed ea res emptori debetur, de quâ sentit venditor. l.si in empt.34.in pr.& ibi Bartol.ff.de contrah. empt. Donell.in l.inter stipulantem.83.§.si Stichum.1.n.5.ff.de verb.obligat. Mudæus in d l.in vendit.9.n.ult.ff. de contrah.empt.

21 Etenim in contrahendâ emptione & venditione ambiguam conventionem adversus eum, qui potuit legem contractui apertiorem dicere, interpretamur; sive is sit venditor. l.in contrah.172.ff.de reg.jur.l.veteribus.39.ff.de pact.l.Labeo.21 ff. de contrah.empt.sive emptor. d.l.si in empt.34. in princ. ff. eod. ubi Jurisconsultus Paulus, ex mente Labeonis, pactum emptioni appositum, secundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat, minùsq; apertè locutus fuerat, meritò interpretatur. Etenim imputare sibi, suæq; imprudentiæ expensum ferre, quemq, contrahentium oportere, quod obscurè aut ambiguè, minùsve apertè locutus fuerit, vel ipsa naturalis ratio edocet, tradente Petro Fabro ad l.quoties idem sermo 67 ff.de reg.jur.numer.10. Videantur quoq; Berchole.in Comm.de pact.cap.5.num.55. Pac. cent 2. ἐναντιοφανῶν. quæst.7. Zoann.in tract. de emp. & vend. sub pacto retrovenditionis.num.98.& seq. Hotoman.lib.2.amicab.respons.cap.10. Bronchorst. cent.1.ἐναντιοφανῶν.assert.40.ed.2. Vultejus hic num. 27.& seq. Treutler disp 28.th.7.lit.d.vol.1. Hænon. disp.16.controvers.3. Philipp. Matthæus in l. in ambiguis.96.ff.de reg jur. Hackelman.disp.11.th 2.lit.b & Forster.junior in tract.de pact.cap.8.membr 6.

22 Diversum planè statuit Cujac lib.1.observ c.10.lib. 9 c 37.lib.23.c.31.& in d.l.inter stipulantem 83 ff. de verb.obligat. ubi disertè scribit, legem nunquam ab emptore dici contractui, sed à venditore semper: proindeq; textum in d.l.si in emptione.34.ff de contrah. empt. emendandum, & pro venditor, emptor reponendum putat. Sed labitur Vir eruditissimus. Nec enim uno in loco juris nostri expressum est, emptorem legem contractui dicere, ut in l.hac venditio. 7.§.1.l pacta conventa.72.l.cum manus.80.§.1.ff.de

contrah.empt.& similib. Et ut maximè nullus alius adduci locus posset: tamen allegatus textus in d l.34. ff.eod. qui satis clarus & perspicuus est, ad stabiliendam sententiam nostram, abundè sufficeret. Neq; verò Cujacio, aut cuivis alii Interpreti, quantumvis celebri, textus à se non intellectos, pro suâ libidine & arbitratu, corrigere licet, arg.l.1.9.11.& 12. C. de legib. 23
cùm correctio perquàm odiosa, ac ea propter omnibus modis vitanda sit. c. cùm expediat. 29. ext. de elect.in 6. Sed & haud adminiculatur Cujacio d.l. veteribus.39 ff.de pact.d.l.Labeo.21 & l.cùm in lege. 33 ff. de contrah. empt. d.l. in contrahenda.172. ff. de reg. jur. cum concordantibus: in quibus constanter asseritur, ambiguum vel obscurum pactum contra venditorem esse interpretandum. Non etenim aliter interpretatio fit adversus venditorem, quàm si legem contractui apertiùs dicere sive conscribere potuerit. d.l.veterib.39.ff.de pact. Et quamvis in aliis legibus 24
absolutè illud contineatur: tamen secundùm hanc ipsam limitationem accipi omninò debet. Tralatitium quippe est, quod uni legi deest, supplendum esse ex aliâ, quæ rem definit pleniùs. arg. l. non est novũ. 26.& l.seq ff.de legib. Cur autem pleræque leges contra venditorem potiùs, quàm contra emptorem interpretationem faciendam esse, affirment: hoc inde fieri non dubium est: quòd plerunque à venditore pactum interponatur, & lex contractui dicatur.

Nihil item nostræ obstat sententiæ, quòd in judiciis semper ambigua intentio pro actore, contra reum 25
explicetur. d.l. inter stipulantem. 83.§. 5. ff. de verb. obligat. l.si quis intentione.66.ff.de judic. Hoc namq; ideo fieri sciendum est: quòd, cùm judicium semper in invitum reddatur, is ne condemnetur, semper dicturus sit, non convenisse. l.solemus.61. ff. eod. hacq; ratione elusorium constitueretur judicium, contra l. si prætor.75.ff.de judic.

Nihil quoque urget l.si mihi & Titio.110.§.ult.ff de 26
verb.obligat. ubi Pomponius respondet, non quid senserit promissor, æstimare debere: sed stipulantis mentem spectandam esse. Quandoquidem id eâ ratione fit, quòd in specie ibi propositâ mens stipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipso loquendi usu, à quo mens promissoris prorsus sit aliena. Præterea ibidem non tam contra promissorem ex mente stipulantis, quàm ex re ipsa fit æstimatio, ut eleganter docet Petrus Fab. ad d.l quoties 67. ff. de reg.jur.n. 11. quem refert & sequitur Bronchorst d. cent.1.assert.40.ed.2 Addatur Hunnius disp 56.th.3. & in resolut.ad Treutler.vol.2.disp.2.qu.46.pag 169 & seq.item lib.3.var resol.jur.civ.tract.2.q 21.p.853.

Adjicitur in definitione, de re sive merce. Tum 27
quia, Pomponio assertore, sine re (quæ merx appellatur. l.1.in princ.& § 1.in fine ff.de contrah.empt l 1.in pr.ff de rer.perm.) quæ veneat, nec emptio, nec vēditio potest intelligi. l. nec emptio. 8. in princ.ff.de contrah. empt. Tum quia rei nomen generale est, non solùm corpora, sed & jura comprehendens. l. 1. in fine. ff. de reb.credit.si cert.pet.l.rei appellatio.5 & l.rei. appellatione. 23. ff. de verb.signif. Horumq; omnium venditionem fieri posse, clarescit abundè ex tot.tit ff & C. de con-

de cōtrah. empt. & tot. t. ff. & C. de hered. vel. act. vēd.
28 Nec obsistit *l. ex empto. 11. (aliàs l. emptorem) §. final. vers. veluti cùm futurum jactum, &c. & l. si jactum. 12. ff. de act. empt.* ex quibus probari videtur, aliquando venditionem sine re dari posse, ut cùm captus piscium, vel avium, vel missilium emitur. *Nam* breviter respondetur: quòd in hac specie spes, & rei eventus, sive casus, qui in captu piscium, aut avium, aut missilium fortuitus est, ematur: ut haud obscurè arguit Jureconsult* *in d. l. nec emp. 8. §. 1 ff. de contrah. empt. Bartol. & Alexand in d. l. si jactum 12. ff. de act. empt. Connan d. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 6. num. 7. hosq; referens Merla in d. emporio jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. num. 21.*

29 Dicitur præterea, *emptori tradendā.* Quandoquidem tradere, non dare, mercem emptori venditor tenetur. *l. ex empto. 11. § 2. l. servus. 30. §. ult. ff. de action. empt. l. si ita distrahatur. 25. § 1. ff. de contrab. empt.* Atq; hoc ad emptionis formam seu differentiam specificam pertinet, quâ distinguitur à permutatione. *l. 1. in princ. vers. in permutatione verò. ff. de rer. permutat. l. ul. ff. de condict. caus. data. &c. Cujac. lib. 23. obs. c. 29 & in l. 7. ff. d. pact.* Quòd si tamen mercis

30 dominus sit venditor, facit & emptorem dominum; modò precium sit solutum, vel eo nomine satisfactum, ex promissore aut pignore dato. Sin venditor non sit dominus: usucapiendi conditionem transfert in emptorem. & evictionis nomine ei obligatur, etiamsi nihil expressè de illâ convenerit. *d. l. ex empto. 11. §. 2. ff. de act. empt. § vendita verò 41. sub. de rer. divis. l. in vendendo. 66. in princ. ff. de contrab. empt. l. si in venditione. 60 ff. de evictionib. l. non dubitatur. 6. ubi Gothofred. C. eod. tit.* Fürstl. Würtenb. ernewert Landtrecht. *part. 2. tit. 15. in princ. p. 284. Wesenbec. in paratit ff. de actionib. empt. n. 4. Menoch. consil. 84. n. 18. vol. 1. D. Besold in delibatis jur. ex lib. 21. ff. quæst.*

31 *4. pag. 50.* Enimverò ut venditor de evictione teneatur, necessum est, ut ipsi, etiam scienti, emptor maturè denunciet (*quod authorem laudare & nominare vulgò dicunt*) sibi rei venditæ nomine controversiam fieri: simulq; petat, ut venditor ad defendendum veniat. *l. si rem, quā 29. § alt. ibi, ut de eâ re agendâ adsit. & l. si plus 74 §. meta. ibi, ad rem defendendam ff. de eviction. l. empt. 8. ib. l. si parentes. 20. vers. nec vobis. l. emptes 21. & l. cùm successeres. 23. C. d. tit. l. 1. ibi, ut causa agenda adesset. C. de peric. & commod. rei vend. cum similib.* Nisi enim venditor sic interpellatus fuerit, probabiliter existimare potest, emptorem per se

32 ipsum causam defensurum. Et nota est juris regula: eum, qui tenetur ad aliquid faciendum, in morâ non constitui, nisi fuerit interpellatus. *l. mora 32. in princ. ff. de usuris l. si ex legati causa 23. & l. si insulam. 84 ff. de verb. obligat. Decius in l. quod te. 3. n. 44. ff. de reb. cred. si cert. pet & cons. 2. n. 7. item consil. 102. n. 2. Sein. senior. ad l. 2. § voluntatem. n. 12. & 21. ff. solut. matrim. Meichsn. tom. 4. decis. 8. Hieronym. de Cavallos in speculo aur. opin. commun. cont. com. tom. 1. qu. 385. n. 1. ubi plures refert.* Atq; istam evictionis materiam, post alios, quos citant, latissimè prosequuntur *Gaspar. Caballinus in tract. de evictionib. §. 3. Alexand. Trentacinq. variar. resol. lib. 3. resol. 4. de empt. & vendit. Gomezius tom 2. variar. resolut. c. 2. num. 30 & seqq. Covarruvias lib. 3. variar. resolut. cap. 17. Ioh. Anton. Mangilius in tract. de evict. Merla in Emporio jur. part. 1. tit. 9 in præmiss. n. 36. cum seqq. Lingelt decis. Instin. 15. quæst. 5 cum seq. fol. 159. cum seqq Bonacina d. tract. de contract & restit disp 3. quæst 2. punct. ult. pag. 436. cum seqq. & Fachineus lib. 2. controvers. jur. c. 34. & aliquot seqq.*

Gravis hoc loco, & quotidiana discutienda venit 33
quæstio: utrùm venditor, si facultatem rei tradendæ habet, præcisè cogi possit ad tradendum: an verò interesse præstando liberetur? Et hoc quidem posterius haud infimi subsellii Interpretes probabilius esse, opinantur, *post Iohannem & Bulgarum Socinus in l. certi condictio 9. n. 22. ff. de reb. cred. si cert. pet. Alciatus ad l. nat. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest, profer. c. 2. n. 13. Vaud. lib 1. q 9. Covarruv. lib. 2. var. resolut. c. 19. n. 1. Charond. lib. 4. verisimil c. 12. Gædd. in Comment. de contrah. & commit. stipulat c. 9. conclus. 4. n. 65 & seqq. Donell. lib. 23. Commentar. de jur. civ. c. 2. pag. 135. n. 50. & in l. stipulationes non dividuntur. 72. n. 40. ff. de verb. oblig. Sonsbec de feud. part. 9 n. 35. cum seq. Mynsinger. cent. 1. obs. 53. Anton. Matthæus hic in suis not. Fachineus d. lib. 2. controvers. jur. c. 30. Bachovius latissimè in suis not. ad vol. 1 Treutl. disp. 28. th. 2. lit. C pag. 1055. cum seqq. & ibidem Hunnius in suis resol. q. 7 pag. 119. & seqq. vol. 2.*

Sed ego illud prius & textibus & rationibus juris 34
magis consentaneum puto. I. Namq; Justinianus Imp. *in § alia autem. 2. vers. & ad exemplum. suprà, de donationib.* perspicuè tradit: ad exemplum venditionis, incumbere traditionis necessitatem donatori. Atqui donatori necessitas tradendi rem donatā absolutè incumbit, *l. si quis argentum. 35 §. 5. sive fin. C. de donationib.* ubi expressè dicitur, primò; necessitatem imponi donatori hoc, quod donare existimavit, tradere. Necessitas autem efficit, ut non liceat aliud facere, quàm quod in obligationem deductum est, *arg. l. obligamur. 52. §. necessitate. 7. ff. de obligationib. & actionib.* Secundò *in d. §. fin.* dicitur; liberalitatem plenā, *necessarium traditionis effect.* sequi debere. Vnde tale argumentū petitur: Quicunq; tenetur præcisè ad traditionis effectum, ille multò magis tenetur ad traditionem ipsam. Atqui donator ad effectum traditionis (qui est vel dominiū, vel usucapiendi conditionis translatio, *arg. l. 2 & 3. & t. tit. ff. pro donat. l. sed & si 25. & l. si extraneus. 44 ff. de donationib. int. vir. & uxor*) tenetur, *d. §. final.* Ergo multò magis ad traditionem ipsam tenebitur. Tertiò *in eodem §. fin.* dicitur: *necessitatem* habere donatorem *omnimodè* tradere. Quæ verba quin præcisam inferant necessitatem, non dubitatur, ut mox indicabitur latiùs *n. 36*
Si igitur illa à donatore tam præcisè exiguntur: cui tamen magis subveniri solet, & æquum est, ut ne evictionem præstet. *l. Aristo. 18. §. ult. ff. de donationib. l. 2. C. de evictionib.* & ne in plus, quàm facere possit, exigatur, *§ sed & si quis. 38. infr. de actionib. l. & exheredatam. 49. cum l. seq. ff de re judicat. l. divus Pius. 28. ff. de reg. jur.* utique consequens est, quòd multò magis

magis à venditore isthæc exigi debeant: cui, cùm pre-
ium habeat, minùs subveniri æquum est, *Georg.*
35 *Frantzkius exercitat. jurid. 11. quæst. 1. p. 387.* II. Vl-
pian. *in l. ex empto. 11. §. 2. ff. de actionib. empti* respō-
det: venditorem oportere ipsam rem præstare sive
tradere. At verbum *oportere* præcisam coactionem
seu necessitatem importare, vel Grammaticis notum
est; & idem insuper dilucidè probatur *ex l. 1. in princ.*
36 *ibi, prius nosse oportet. ff. de just. & jur.* III. Vrget te-
xtus *in §. 1. infrà hoc tit. ibi, tunc omnimodo secundùm
ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tra-
datur.* Si omnimodo, *ut textus ille vult*, res tradi de-
bet: non certè modo aliquo ea retineri, & vice ejus in-
teresse præstari poterit. Nam *omnino, omnimodo, præ-
cisè, nunc, semper*, & similia, verba prægnantia vel ideo
vulgo feruntur, quòd nullam modificationem aut li-
mitationem recipiunt, *l. & ita 3. §. 1. v. at hoc edicto
omnimodo, & c. ff. nautæ, caupones, stabular. d. l. si quis
argentum. 35. §. sed & si 4. ibi, omnimodo requirenda.
C. de donationib.* IV. Huc pertinet textus *in l. si stipu-*
37 *lat. 78. §. 1. ff. de contrah. empt. in l. non est probabilis. 6.
C. de rescind. vend. l. cùm fundus. 31. in princ. ff. de reb.
cred. si cert. pet. & l. qui restituere. 68. ff. de rei vindi-
cat.* ubi qui restituere condemnatus est, præcisè resti-
tuere compellitur: & rem manu militari à contuma-
ci venditore sive reo auferri posse, pronunciatur. Et
quanquam Antonius Faber *lib. 16. conject. c. 17. & de-
cad. 18. error. pragm. 5.* totam istam legem 68. à Tri-
boniano corruptam esse, affirmat; quem sequi vide-
tur Bachovius *d. disp. 28. th. 2. lit. c. pag. 1058.* illius ta-
men rationes, *post Iustum Mejerum, Endox. Iustin. de-
cad. 3 cap. 4. n. 6.* ingeniosè refutat Hilliger. *in Donel.
lo enucleat. lib. 20. c. 6. lit. G. pag. 644. & seqq.* V. In
38 uno ex correlativis dispositum & in alio dispositum
censetur. *l. ult. ibiq. Bartol. & Iason C. de indict. vi-
duit. toll. l. 1. C. de cupressis. Nicol. Everhard. à Midelb.
in locis legal. in loc. à correlat. num. 3.* Sed venditori
competit ad pretium exigendum venditi actio. *l. ven-
diti. 6. C. de actionib. empti.* Ergo & emptori compe-
tet actio empti ad consequendum id, quod venditum
39 est. VI. Si venditor præstatione ejus, quod interest,
liberaretur: rem eandem alteri vendi posse, cōsequēs
esset. Priori siquidem emptori satisfaceret, si id, quod
ejus interest, præstaret. Ast eandem rem denuo citra
falsi crimen vendi non posse, liquet *ex l. qui duobus.
21. ff. ad leg. Cornel. de fals.* Nec movet quicquam,
quod venditor possit rem jam venditam, iterum ven-
dendo in alium transferre, & eum dominum facere.
l. quotiens. 15. C. de rei vindicatione. ac consequenter
non teneatur præcisè ad traditionem. Ratio conse-
quentiæ est perspicua: quia si res esset ex naturâ ven-
ditionis præcisè tradenda: posterior isthæc venditio
esset potiùs nulla, quàm aliqua dicenda. Nihil, *inquā*,
hoc movet. Aut enim consideratur secunda emptio
jure summo, & potissimùm respectu venditoris: &
tunc non videtur subsistere cum effectu posse, pro-
pter dolum, qui ex parte ejus intervenit: quo respectu
& in crimen falsi incidit. *d. l. qui duobus. 21. ff. ad leg.
Cornel. de fals.* Aut consideratur secunda emptio re-
spectu emptoris: & tunc quia ille in bonâ fide est, &

rem jam venditam accepit à venditore, qui dominus
adhuc erat: ea ex æquitate sustinetur. *d. l. 15. C. de rei
vindicat.* Porro de re duobus, vel pluribus, diversis
temporibus venditâ, latè & accuratè differtant Gomezius
tom. 2. variar. resolut. jur. civ. cap. 2 num. 20. A-
cacius Antonius de Ripoll. *variar. jur. resolut. cap. 11.
num. 139. fol. 341. & D. Besoldus in delibatis juris, ex
libr. 18 ff. quæst. 7.* VII. Accedit, quòd nulli suus do- 40
lus debeat patrocinari. *l. verum est. 63. §. hoc quoque.
7 ff. pro socio. l. dolus. 44 ff. mandati. l. 3. §. illud ff. de
calumniatorib. l. ita q. 12. § 1 & l. eum, qui. 14 §. si au-
tem. ff. de furt.* VIII. Facit, quòd alteri per alterum 41
iniqua conditio inferri non debeat. *l. non debet. 74. ff.
de regul. jur.* & contra naturam sit, ut quis cum alte-
rius damno & jacturâ locupletetur. *l. nam hoc naturâ
14. ff. de condict. indeb. c. locupletari 48. de regul. jur.
in 6.* IX. Confert huc, quòd aliud pro alio invito cre-
ditori non solvatur. *l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet.* 42
Sed res vendita debetur emptori. Ergo illa tradi de-
bet, non autem aliud ejus loco, invito emptore. X. Si 43
contraria opinio obtineret: venditoribus occasio ma-
lignādi daretur, compellando emptorem ad interesse
probationem, quæ difficilis est *l. ult. ff. de prætoriis
stipular.* cùm in facto consistat. *l. quatenus. 24 ff. de
reg. jur.* Verùm malignandi occasionem esse vitan-
dam, indicat *§. 1. vers. sed ne dum talia. infr. de vi bo-
nor. raptor. & l. opus. 3. in princ. ff. de operib. publ.*
XI. Nihil magis bonæ fidei, quæ summa est in hoc 44
contractu, congruit, quam id, quod inter contrahen-
tes convenit, vel actum est, præstari. *d. l. ex empto. 11.
§. 1. ff. de actionib. empt. l. cùm venderem. 21 ff. locati.*
Grave quippe est, conventionem & datam fidem fal-
lere. *l. 1. ff. de pact. & l. 1. ff. de constit. pecunia.* Id au-
tem agi intelligitur, ut res emptori tradatur, & preti-
um venditori detur. *d. l. ex empto. 11. §. 1 ff. de actionib.
empt.* XII. Paulus disertè ait; venditorem, cogi im-
plere venditionem. *l. si quis alienam. 46. ff. de actionib.* 45
empt. id est, venditor cogi potest, ut tradat, modo scil.
naturali; aut mancipet, modo nimirum civili: sicuti
idem Paulus se explicat *in lib. 1. sentent. tit. 13. § sed.
quod emptum. & c.* Cujus loci auctoritas etsi non au-
thentica censeatur: ubi tamen cum legibus aliis con-
currit, miram vim habet & ad explicationem, & du-
biæ sententiæ solidiorem cōfirmationē. XIII. Quod 46
expressè fieri non potest, id tacitè multò minus reci-
pitur, *arg. l. Papinianus 8 §. sed nec impuberis. 5. ff. de
inoffic. testam. & fusiùs probat Everhardus. in loco, ab
expresso ad tacit. num. 10. & seqq.* Atqui claro clari-
us est; id agi aut conveniri expressè non posse, ne do-
minium rei venditæ ad emptorem transeat, manente
eodem contractu emptionis. *l. cum manufata. 80. §.
fin. ff. de contrah. empt.* Contingeret autem id in casu
nostro tacitâ conventione, & quidem unius volunta-
te, ne unquam dominum, vel res ad emptorem veni-
ret. XIV. Idem provisum est jure feudali: ut nimi- 47
rum ad feudum tradendum novo vasallo dominus
compelli possit, nec interesse præstando liberetur,
*cap. un. §. si facta. 6. si de feudo defuncti contentio
sit int. domin. & c. lib. 2. tit. 26. in usib. feu-
der.* Cui suffragatur textus *in tit. 3. §. ult. d. lib. 2.*

feudor. ubi Jurisconsultus Feudista ait; nullam investituram fieri debere ei, qui fidelitatem facere recusat.
48 Quibus ex verbis, à contrario sensu satis evidenter colligitur; quòd dominus eum, qui fidelitatem facere paratus est, investire cogatur. Argumentum etenim à contrario sensu, si non textui alicui expresso adversetur, in jure nostro frequentissimum & fortissimum esse, certum est. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict. & latiùs ostendit Nicol. Everhard. in topic. legal. loco, à contrario sensu. n. 4. & seqq.* Atque is genuinus juris feudalis est sensus; quamvis Doctores vulgò ab eo secessionem faciant, *Andr. de Isern. Martin. Laudens. & Alvarott. in d. §. si facta tit. 26. lib. 2. feudor. Iacobin. de S. Georg. in tract. de feud. in verb. investivit talem. n. 8. pag. 15. Rosenthal. in synops. jur. feud. c. 6. conclus. 7. Borcholt. de feudis. c. 9. n. 12. aliiq; ab his relati.* XV. Illud ipsum jure municipali renovato Würtembergico statutum videtur, *part. 2. tit. 9. pag. 270. §.* So bald ein Kauff beschlossen. *ibi,* dargegen ist der Verkäuffer verbunden/ *&c.* XVI. Eandem sententiam, communiter approbatam, sequuntur & defendunt *Martinus à glos. relatus, Bartol. Castrensis. Costal. & reliqui Dd. plerique in l. 1. ff. de actionib. empt. Decius. Alexand. & Iason in d. l. certi condictio. 9. ff. de reb. credit. Petr. Iacob. Aurel. in aureâ practic. libellor. Rubr. 83. num. 2. & seqq. Imol. Abbas, & Felin. num. 34. in c. cùm Ioannes. ext. de fide instrument. Ant. de Burgos. in rubr. tit. extr. de empt. & vend. num. 5. Pinel. in l. 2. part. 2. c. 3. nu. 20. cum seqq. C. de rescind. vend. & in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. num. 25. Rebuff. in d. l. unic. C. de sent. quæ pro eo, quod interest, profer. in verb. quantitate. num. 10. Sichard. ad rubr. C. de contrah. empt. num. 8. Duaren. ad tit. C. de actionib. empt. Molineus ad tit. C. de contrah. empt. pag. 189. Cujac. ad Iul. Paul. lib. 1. recept. sent. tit. 13. §. si id, quod emptum, &c. Fabian. de Monte in tractat. de empt. & vend. quæst. 6. princip. num. 38. Andr. Clud. de condict. cap. 1. num. 71. Anton. Faber. lib. 6. conjectur. cap. 17. & de error. pragm. decad. 22. err. 4. Treutler. d. disp. 28. vol. 1. th. 2. sub lit. C. Coras. lib. 2. Miscell. jur. civ. c. 3. num. 7. D. Collega Bocer. class. 2. Disp. 3. th. 69. ed. 2. & in tract. de investiturâ feud. c. 2. num. 27. cum seq. & in hoc tit. num. 152. & seqq. pag. 385. Morla in Emper. jur. part. 1. tit. 9. q. 7. Foman. disp. 22. th. 1. lit. b. Schegk. in delib. jur. disp. 18. th. 33. Broncharst. cent. 2. ἐνανσιοφανῶν. assert. 37. edit. 2. D. Besold. in delibat. juris ex lib. 19. ff. quæst. 1. pag. 27. Arumæus Exercit. Iustin. 14. th. 2. & disp. 13. ad Pandect. quæst. 8. item lib. 1. decis. 13. num. 25. & seqq. Forster. lib. 3. disp. 18. th. 3. Matt. Stephani cent. 3. q. 68. Hænon. disp. 16. controvers. 11. Plebst. disp. 2. de jure topico Würtemberg. th. 31. Giphanius lib. 3. disput. 28. in corollar. ibiq; in suis notis Olemannus. n. 33. & seqq. Nicllius disp. feud. 4. th. 1. ad lit. f. Wegnerus disp. 12. th. 2. ad lit. a. Riemer. decad. 10. question. juridicar. illustr. q. 9. Althusius lib. 1. Dicæolog. c. 74. n. 30. pag. 255. & novissimè Frantzkius d. exercitat. jurid. 11. quæst. 1. pag. 333. & seqq. nec non Vngepaur. exercit. Iustin. 12. quæst. 4. pag. 447. cum seqq. edit. ult.*

Hanc ita firmatam sententiam nòn infringit textus 49
in l. 1. in princ. ff. de actionib. empt. ubi, si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur: ac proinde venditor præstando interesse liberatur. *Primùm* enim dicendum est: emptorem posse eligere id, quod interest, propter moram dolosè à venditore commissam, *juxta l. venditorem. 10. C. eod.* & in specie istius legis dolosè moram esse commissam, ex sequentibus facilè evincitur. *Deinde,* secundùm communem doctrinam non ineptè respondetur: dictam legem 1. accipiendam esse de casu, quo venditor non habet potestatem seu facultatem tradendi rem venditam; puta si ante traditionem sit evicta: aut prius alii sit tradita: vel venditoris dolo perierit: aut emptor non valde ejus traditionem urgeat. Etenim cùm isthæc legis verba (*si* 50
res vendita non tradatur) ambigua sint & obscura: quippe cùm intelligi queant de re, quæ tradi ampliùs à venditore non potest; exaudiri item valeant de re, quàm adhuc penes se habet venditor, adeoque tradere potest; sed ex contumaciâ non vult præstare: urique ea recipienda illorum interpretatio erit, quæ vitio caret, & verisimilior est, aliisque legibus non repugnat. *l. in ambiguâ 19. ff. de legib. l. in obscuris. 114. ff. de regul. jur. c. cùm expedias. 29. ext. de elect. in 6.* Atqui superior illa, frequentioribus calculis comprobata interpretatio, caret vitio, & verisimilior est, eumque legibus, quæ volunt, quòd venditor tradendi facultatem habens, præcisè rem tradere teneatur, bellè consentit. Quapropter ea sola recipi, altera verò rejici: adeòque responderi debet: *in objectâ l. 1. ff. de action. empt.* venditorem non habuisse facultatem rei tradendæ, *arg. l. si cùm fundum. 68. §. fin. ff. de contrahend. empt. & l. qui tibi hereditatem. 6. C. de heredit. vel act. venditâ.*

Similiter non adversantur *l. ex empto. 11. §. idem ait.* 51
9. ff. de actionibus empt. & l. contractus. 17. vers. adeò ut nec illud, &c. C. de fide instrument. ubi venditor præcisè compelli non potest ad tradendum: sed hæc saltem necessitas ei incumbit, ut vel rem venditam tradat, vel id, quod emptoris interest, persolvat. *Hæ namque,* & similes leges, quæ de interesse loquuntur, procedunt itidem in casu, quo emptor non admodum urget ipsam rei traditionem, vel venditor priùs rem alii tradidit, ut ampliùs tradendæ ejus copiam non habeat. Itaque si rei tradendæ facultatem adhuc habuerit, eam præcisè emptori petenti tradere tenebitur, *juribus supra allegatis.*

Nec quicquam etiam decerpit nostræ decisioni *l.* 52
vinum. 22. ff. de reb. cred. ubi cùm pro vino mutuò dato æstimatio, sicque aliud pro alio solvatur: dicendum videtur, quòd interesse præstatio venditorem liberet, & per consequens ad tradendum cogi nequeat. *Æstimatio* siquidem ibi idcirco præstatur, quòd debitor in morâ constitutus fuit: unde factum est, ut vinum jam non reperiatur ejusdem bonitatis: atque ea propter ad æstimationem necessariò devenitur. Et sanè si velit creditor, postulare potest, ut res ipsa mutuò data eodem in genere sibi solvatur, *arg. l. 2. in princ. ff. de reb. cred. ibiq; Alciat. & Zasius. nec non Wesenbec. in paratit. n. 12. l, ubi autem non apparet.*

75. §

71.§.ult.ff. de verb. obligat. Tob. Nenius in princip. tit. supra, quib. mod. re contrahit. obligat. num.28.

53 Nihil quoque refragatur *l. si traditio. 4. C. de actionib. empti.* ubi Impp. Dioclet. & Maxim. rescripserunt: si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procaciâ venditoris non fiat; quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus præses provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deduci debere. *Quandoquidem* illic procaciâ, hoc est, contumaciâ, & petulantiâ sive morâ dolosâ venditoris res suo tempore tradita non est: nimis quippe diu traditionem rei distulerat. Idcoq; rectè dicitur: emptorē, ob moram in tradendo procaciter & petulanter dolosève commissam, interesse petere posse: ejusq; rationem præsidem provinciæ in condemnando debere habere. Atque adeò emptor conducibilius utiliusque sibi esse ratus est; id, quod interest, obtinere, quàm ipsius rei venditæ placito tempore non solutæ, traditionem instantiùs urgere. *arg. l. cùm venditorem. 10. C. de actionib. empti.* Vide Frantzkium, dictam *l. 4. C. d. tit.* copiosiùs explicantem, *d. exercitat. 11. quæst. 1. pag. 340. & seq. num. 53. cum multis seqq.*

54 Non item obloquitur textus in *l. si ita distrahatur. 25. §. 1. ff. de contrah. empt.* ibi dum ab Vlpiano respondetur, venditorem necesse non habere fundum sive rem emptoris facere: adversarii inferunt, venditorem non posse ad rei traditionem præcisè cogi. *Nam* responsum illud ita exaudiendum est, quasi venditor necesse non habeat hoc agere, ut res omnino & irrevocabiliter emptoris fiat: quoniam si res aliena venditur, tenetur quidem ad tradendum venditor; interim tamen res, utpote aliena, evinci & emptori auferri potest. *l. rem alienam. 28. ff. eod. tit.*

55 Præterea ad rhombum nil facit *l. si in venditione. 60. ff. de evictionib.* ubi expressum est, ex naturâ ex empto actionis interesse præstari: *Quia* loquitur de casu evictionis: cujus nomine in simplum agitur adversus venditorem; & etiam ad interesse, ex naturâ emptionis. Ita enim inquit Javolenus: *Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione præstare oporteat: nihil venditor præstabit, præter simplā, evictionis nomine: & ex naturâ ex empto actionis,*

56 *hoc, quod interest.* Vbi obiter notandum: quòd re emptâ evictâ, hoc est, per judicis sententiam plenè amissâ, venditor emptori teneatur, vel in simplum, & id, quod interest, id est, ad precium recipiendum, & utilitatem omnem. *l. venditor. 8 d. l. si in venditione. 60. l. evictâ re. 70 ff. d. tit l. Titius. 43. §. ult. ff. de act. empt.* vel ad duplum; si cùm dictum actumvè sit, ut duplum emptori promitteretur; nec tamen per errorem promissum sit: quod eo duntaxat casu locum habet, quo fundus, vel domus, vel homo, vel aliæ res pretiosæ (de cæteris siquidem rebus venditor solummodo in simplum tenetur) venditæ sunt, de quibus dupla promitti solet. *l. quòd si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de ædilit. edict. junctâ l. emptori. 37. §. 1. & 2. ff. de evictionib. Paul. lib. 2. sentent. tit. 17. §. 1. ibiq; Cujac. & accuratiùs idem Cujacius in paratit. C. de evictionibus.*

57 Adhæc conclusionem nostram parum imminuit. *l. si jactum. 12. ff. de actionib. empti*, ubi, si venditor, qui jactum retis vendidit, pisces captos reddere nolit, æstimari debet id, quod extraxit: sicque præstando æstimationem sive interesse venditor liberatur: *Tum* quia jactus retis ibi est emptus; atque ita merum factum in obligatione versatur: proindeque, ut in reliquis facti obligationibus, post moram obligatio ad interesse succedit. *l. stipulationes non dividuntur. 72. v. Celsus tamen. l. quotiens. 81. in princ. ff. de verb. oblig. l. si quis ab alio. 13. §. ult. ff. de re judicat.* Tum quia emptor ibidem ipsam rei sive piscium extractorum traditionem non admodum ursit: sed eos piscatori tradere recusanti ultrò relinquens, æstimationem eorum sibi magis prodesse censuit: atque adeò emptor nullam affectionem ad pisces ipsos, sed ad lucrum potiùs habuit. *Porrò de intellectu dictæ l. si jactum. 12. ff. de act. empt. videatur Vincentius Cabotius lib. 2. disp. jur. cap. 24.*

Minimè insuper eandem conclusionem evertit ista 58 hæc ratiocinatio: Quibus ex causis juratur in litem, in iisdem id, quod interest, præstando liberamur, *arg. l. 2. 3. & penult. ff. de in litem jurand.* Ex causâ autem emptionis in litem jurari, arguit *l. in actionib. 5. ff. eod.* in cujus principio indefinitè, adeoq; generaliter Marcianus scribit: in bonæ fidei judiciis (inter quæ sine ullâ dubitatione numeratur etiam empti actio sive judicium. *§ actionum. 28. infr. de action.*) in litem jurari. Ergo, &c. *Respondetur* enim; minorem propositionem non universaliter procedere, nec quod *in d. l. 5.* dicitur, ad emptionem trahendum esse. Etenim non 59 incogniti juris est, jusjurando in litem tum demum locum esse, cùm per contumaciam aut dolum Rei, res non restituitur, vel exhibetur. *l. 1. d. l. 2. in fin. l. tutor. 8. & tot. tit. ff. & C. de in lit. jur. l. arbitrio. 18. ff. de dol. mal. l. Celsus 5. §. idem Iulianus. ff. ad exhibend. cum sexcentis similib.* Ast in actione empti non agitur de re restituendâ, aut exhibendâ, sed de re venditâ tradendâ. Venditor quippe ad tradendam duntaxat possessionem obligatus est: nec rem venditam emptoris facere compellitur; quamvis emptor nummos facere accipientis cogatur, *ut notavimus supra nu. 29. ex l. ex empto. 11. §. 2. ff. de actionib. empt. l. 1. in princ. ff. de rer. permut. & concordantib.* Ratio autem, quare in iis duntaxat bonæ fidei judiciis, in quibus de re restituendâ, & non de re tradendâ agitur, in litem juretur, hæc probabiliter reddi poterit: quòd actor, qui in litem jurat, rem suam reo vendere censetur. *l. ejus rei. 46 & l. nec quasi. 70 ff. de rei vindicat. l. si cùm dos. 8. §. fin. cum l. seq. ff. de actio. rer. amotar. l. sed & si res. 7. §. 1 ff de public. in rem act. d. l. tutor. 8 ff. de in lit. jur. & l. litis. 3. ff. pro emptore.* Sed emptor, qui ad rem tra- 60 dendam agit, non potest rem, quam sibi vult tradi, reo vendere: quia reus rem suam emeret; quod fieri nequit. Suæ namq; rei emptio non valet; sive sciens, sive ignorans quis emerit. *l. suæ rei 16 & l. si in emptione. 34 § rei suæ. 4 ff. de contrah. empt.* Nec obstat generalitas verborum Marciani *in d. l. in actionib. 5. in princ. ff. de in lit. jur.* Ea enim à proximè præcedentibus verbis (in quibus de actionibus in rem, quæ rei restitutionem continent, dictum fuit) restrictionem

accipit, *perfusius tradita à Boreholten in Comment. ad tit. ff. de iulit. jur. c 4. num. 70. cum seqq. & Ant. Fabro d. lib. 6. conjectur. cap. 17. & part. 1. de errorib. pragmat. decad. 17. error. 7.*

61 Pari ratione nihil officit sententiæ nostræ: quòd tradendi obligatio, quâ venditor tenetur, facti sit. *l. si stipulatus. 4. ff. de usur. l. si rem tradi. 28. ff. de verb. oblig.* in facti autem obligationibus si non fiat, quod promissum est, id quod interest præstandum veniat. *d. l. si quis ab alio. 13. §. ult. ff. de re jud. & similibus supr. allegatis, n. 57.* Nam respondendum: traditionem, ad quam venditor tenetur, non esse rem meri sive nudi facti; sed aliquid juris, imò dationem quandam in se inclusam habere. *arg. d. l. ex empto. 11. §. 2. l. si quis. 46. ff. de actionib. empt. l. cùm manu fata. 80. §. ult. ff. de contrah. empt. & explanatiùs declarat. Ant. Faber loco paulò antè designato.* Adde quoq; quòd factum illud non est in obligatione hujus contractûs, sed in consummatione, *docente Robere disp. 17. ad coronid. 2.* Quod igitur objicitur: leges Romanas neminem præcise cogere ad factum: hoc de factis nudis, & (ut loquitur Salicetus *in d. l. 1. ff. de action. empt. num. 3. in fin.*) in labore personali consistentibus, intelligendum est. Cùm enim illa facta successivè expediantur, puta ædificare, fodere, &c. si quis ad ea præcisè compelleretur; species quædam servitutis induceretur. Quæ omnia de facto traditionis, quòd momento ferè temporis fieri potest, dici haud possunt, juxta Zoannettum *ad l. 2. C. de pact. inter emptor. & venditor. compos. nu. 73.* Ideoque nihil etiam oberit *d. l. stipulationes non dividuntur. 72. in princ. & l. ubi autem. 75. §. quid, quod. 7 ff. de verbor. obligat.* ubi, *fundum tradi*, ad stipulationes faciendi refertur, & cum factis nudis, ad quorum præcisam præstationem nemo (ut paulò antè monitum) cogi potest, conjungitur. *Etenim* leges istæ loqvuntur de illâ traditione fundi, quæ ex aliâ simplici obligatione, & per quam dominium non transfertur, contingit. Tunc enim factum nudum & individuum est; & consequenter stipulatio, *rem tradi*, individua. At si fundus ex causa emptionis tradatur: tum, quia factum hoc causam bonorum in sese continet. *l. in conventionalibus. 52. §. 1 ff. de verb. obligationib.* adeòque dationem, si venditor dominus est; vel si non est, usucapiendi conditionem involvit; factum merum & individuum non est: sed omnino dividuum: ac ea propter nec ad facta, de quibus tractatur *in d. l. 72. ff. de verb. obligat.* potest referri. *Vide Bartol. num. 13. in fin. & Salicet. num. 3. in d. l. 1 ff. de actionib. empt. & eundem Bartol. ad d. l. 72. num. 39. in fin. ff. de verb. obligat.* Ampliùs non obstat assertioni nostræ, quòd ex pacto de retrovendendo promissor non teneatur præcisè revendere; *ut multis probare nititur Anton. Faber. decad. 25. error. pragm. errore 4. & ante eum Bononienses & Taurinenses Doctores: quorum argumenta diligenter recenset Francisc. Zoannet. ad d. l. 2. C. de pactis int. emptor & vendit. compos. num. 74. & seqq.* ac proinde nec ex ipsa venditione teneatur: cùm & hoc casu actio ex vendito nata censeatur. *d. l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. &c.* Nam respondetur primò: diversam esse rationem pacti de revendendo, & venditionis ipsius. Illic siquidem imperfecta adhuc est, imò nondum inchoata emptio: hic verò perfecta, quam traditione impleri bona fides efflagitare videtur. Atqui ex diversis nullum firmum duci argumentum, tralatitium est. *l. ult. ff. de calumniatorib. l. qui fundum. 7. §. 1. ff. pro empt. l. inter stipulantem. 83. §. sacram ff. de verb. obligationib.* Deinde respondetur: falsum esse, quod dicitur, promissorem ex pacto de retrovendendo non teneri præcisè revendere, ubi precium in pacto expressum est, *uti in d. l. 2. C. de pactis inter emptor, &c.* Sed quia substantialia emptionis hîc adsunt: ad præcisam traditionem emptorem teneri, rectè asseritur: adeòq; hoc casu venditio omnino inchoata, & sub conditione, *si venditor precium restituerit*, facta intelligitur. Quod precium ubi venditor obtulerit: emptio illa retractiva omnino purificatur: &, ac si purè celebrata esset, eodem modo emptorem stringit. *arg. l. potior. 11. §. 1. in fine. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.* Quæ quidem conditio cùm prorsus in favorem venditoris sit adjecta: non debet in ejus odium retorqueri, *arg. l. nulla. 25. ff. de legib. l. quod favore. 6. C. eod. c. quod ob gratiam. 61. de regul. jur. in 6. Vide Pinelum ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. num. 22. & 26. ibiq; Emanuel Soarez. ad num. 29.*

Deniq; quod ex jure feudistico superiùs allatum est, 62
dominum teneri præcisè novo vasallo feudum tradere, deque eo ipsum investire, nec præstando interesse liberari: ei haudquaquam contradicit textus *in tit. 7. §. ult. lib. 2. feud.* ubi habetur, quòd si dominus factâ verbali investiturâ, & fidelitate subsecutâ, differat vasallum investitum in vacuam possessionem mittere; omnem utilitatem, hoc est, id quod interest (*secundùm receptam Feudistarum interpretationem*) ei præstare cogatur. Si ergo isto casu, quo investitura verbalis facta, fidelitasq; jam præstita est, ad interesse duntaxat solutionem dominus tenetur: multò certè magis ad interesse tantùm eo tenebitur casu, quo promissionem feudi nondum investitura isthæc & fidelitatis præstatio secuta est. Textus, *inquam*, ille haud quæquam superiori nostræ decisioni contradicit. Quia verba hæc, *omnem utilitatem ei præstabit*, non ita debent intelligi, quasi in arbitrio domini positum sit, pro ipso feudo præstare novo vasallo id, quod interest. Hunc etenim intellectum non admittit aliud feudorum placitum, supra adductum, *ex tit. 26. §. si facta. lib. 2. feud.* ex quo clarissimè perspicitur, quòd neutiquam liberum sit domino, pro ipso feudo præstare vasallo id, quod interest. Quare *in d. t. 7. §. ult. lib. eod. per omnem utilitatem*, ea significatur utilitas, quam dominus, præter ipsam feudi possessionem, propter moram, vasallo præstare compellitur. Interest quippe vasalli, nullam fieri moram à domino in præstandâ feudi possessione: cùm feudi fructus ad vasallum pertineant. *tit. 23. §. ult. vers. ususfructus verò. lib. 2. feud.*
Hanc ergo utilitatem, quæ ex morâ domini decedit 63
vasallo, unà cum ipso feudo, propter moram dominus ipsi vasallo præstare tenetur. Atque hanc esse sententiam illorum verborum finalium, *in d. tit. 7. §. ult.*

ult. lib. eod. rectè censet D. Collega Boecerus *in d. tract. de investiturâ feud. cap. 2. num.* 33 Et tantum de istâ quæstione.

64 Succedunt in definitione hæc verba: *& pretio certo nummario.* Quia sine pretio emptio & venditio nulla est. *§. pretium autem. 1. infr. hoc tit. l. a §. 1. l. cum in venditione. 36. l. nuda & imaginaria. 55. ff. de contrah. empt. l. empti. 9. C. eod. l. imaginaria. 16. ff. de reg. jur. l. contractus. 54 ff de oblig. & actionib. l. si ex precio. 6. ibi, simulatio pro infectu habitis. C. si cert. petat.* adeoque emptionis substantia præcipuè consistit ex pretio, *tradente Papiniano in l. pacta con-*

65 *venta. 72. in fine principii. ff. de contrah. empt.* Vno itaque nummo (nisi tanti solummodo res valeat) emptio & venditio fieri non potest. *l. si quis conduxerit. 46. ff. locati conducti.* quippe cùm unus nummus pretio opponatur, *l. si quis antè. 10. §. ult. ff de acquir. vel amitt. possess. ibiq. gloss. Alex. & Iason.* Non obstat *l. 1. §. Divi fratres. 6. ff. de quæstionib.* ubi Vlpianus ait: heredem imaginariâ venditione domi-

66 nium in servo quæsisse videri. *Ibi* namque venditio imaginaria dicitur, non ob precium imaginarium, sed propter causam emptionis fictam & imaginariam. Heres quippe servum emerat justo precio, quasi ipse eo usurus, sibique illum habiturus esset: cùm reverâ id ageret, quò per istam emptionem servus quæstioni subtraheretur: atque ita rerum hereditariarum, furto fortassis subductarum, probatio interverteretur & evanesceret. Sic & *in l. & qui sub. 10. C.*

67 *de distract. pignor.* imaginaria & simulata procedit emptio, non quæ imaginario precio, sive uno fiat nummo, sed quæ fit per suppositam imaginarii emptoris personam; &, *ut Impp. Diocletian. & Maxim. ajunt*, sub imagine alterius personæ; quæ singulari libertatis favore quandoque sustinetur, *arg. l. libertas. 122. ff. de reg. jur.*

68 Similiter non adversatur *l. si ususfructus. 66 ff. de jure dot.* ubi maritus, qui usumfructum uxori donare non poterat, unico nummo proponitur eum uxori vendidisse. *Etsi* enim regulariter emptio, pretio imaginario, unóve nummo facta, non subsistat: si tamen rerum expediendarum & negocii perficiendi causa interponatur, ea vim aliquam habere censetur. Hinc olim hereditates imaginariâ venditione vendebantur. *§. 1. supr. de testament. ordinand.* Hincque per imaginariam venditionem olim filius emancipa-

69 batur. *§. præterea. 6. supr. quib. mod. jus patr. potest. solvit.* & alii actus, quò firmiores essent, imaginariæ venditionis interventu celebrari consueverunt. *Ita docent, tenentq. D. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 5. & in Resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quæst. 41. pag. 195. & quæst. 64. pag. 235. Mozzius in tract. de empt. & vendit. tit. de substantialib. empt. n. 22. Nicol. Everhard. in locis legalib. loc. à vi numeri. num. 12. Nonius ad §. 1 supr quib. mod. re contrah. oblig. D. Becer. ad l. contractus. 23. c. 4. nu. 58. edit. 2. Hegius ad d. §. precium autem. infr. hoc tit. n. 5. Arumæus Exercit. Iustin. 14. th. 1. & disp. 13. Pand. th. 4. Matth. Stephani cent. 3. q. 63. Hænen. disp. 16. controvers. 13. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n. 57. Bachovius in not. ad vol. 1. Treutler. disp. 28 th. ult. lit. B. pag. 1093. & seq. Knipschildt. d. exercit. 8. quæst. 6. pag. 293 cum seq. Nicolaus Helfrich. Disput. Basileens. 9. th. 19. ad lit. b. in fine.* Vide quoq; *Cont lib. 1. disput. c. 16. Hackelman. disp. 11. th. 4. lit. A. & Hilligerum in Donello enucleat. lib. 13. c. 1. lit. I. ubi plures citat.* Et huc spectant, quæ docuimus. *in §. 1. n.* 70 *9. cum seqq. & §. 3. n. 225. & seq. infr. de locat. & conduct.* Pretium porrò certum esse debet. *d. § pretium. vers. sed & certum infr. hoc tit.* quale est non tantùm, quod statim inter contrahentes exprimitur: sed etiam quod aliquâ idoneâ relatione vel demonstratione certum fieri potest, *arg l. certum. 6. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. hæc venditio. 7. §. 1. & l. si quis fundum. 37. ff de contrah. empt.* Sed & precium nummarium esse 71 oportet: hoc est, in pecunia numeratâ, non in corporibus aut speciebus consistere debet. *§. item precium. infr. hoc tit ubi nos ad dere acturi sumus, cùm Διῷ, copiosius.* Atque hæc etiam est emptionis & venditionis forma seu differentia specifica, quâ discriminatur à permutatione, in quâ res seu corpus pro re datur. *l. 1. ff. de rer. permutat. Giphan lib. 3. Disp. 28. thes. 10.*

Tandem definitioni illa verba adduntur: *venditori dando.* Quoniam pretium venditori dandum, id est, 72 domimum pretii in eum transferendum est. Quod si enim emptor nummos venditoris non fecerit eo nomine ex vendito tenebitur, *l. ex empto. 11. §. 2. in fin. ff. de actionib. empti. & l. 1. in princ. vers. emptor enim. ff. de rer. permutat.* Ratio autem diversitatis, cur em- 73 ptor nummos dare; venditor rem tantùm tradere teneatur, hæc assignari consuevit: tum quia ille generis sive quantitatis; hic verò speciei seu certi corporis debitor est: quæ species cùm eum oneret & coarctet graviùs, quàm si genus deberet, relevatur in eo, ut tradere, non dare, teneatur. *Accurs. & Bartol. hosq. referens Gothofred. in d. l. ex empto. 11. §. 2 ad lit. K. ff. de actionib. empti. Borcholt. in prædicto Commentar. ad tit. ff. de in lit. jur. c. 4. num. 70.* Tum quia, nisi emptor pretium dare omnino necessum haberet, nullus ejus foret usus, *arg. § constituitur. supr. de usufruct. l. 2. & l. hoc senatusconsultum. 5. ff de usufruct. ear. rer. quæ usu consumunt.* At rei etiam usus est, licèt accipientis non fiat: ac proinde traditio sufficit; cùm commodari locarivé possit. *Arumæus Exercitat. Iustin. 14 sub th. 4. in fine.* Sed vide Anton. *Fabr. lib. 6. conjectur. jur. civ. cap. 9.* ubi priori illâ differentiæ ratione reprehensa, aliam proponit.

Postremò contra propositam, jamque explanatam 74 emptionis & venditionis definitionem tale opponi solet argumentum; Quæcunq; substantialibus non differunt; illa inter se non differunt, Sed tria illa, *merx, pretium, & consensus*, quæ tanquam substantialia hujus contractûs (secundum communem opinionem) in definitione nostrâ ponuntur, etiam in locatione & conductione requiruntur. Nulla siquidem est locatio, nisi adsit contrahentium consensus. *l. 1. d. l. qui ad certum. 14. ff. locati conducti.* item nisi adsit merx, hoc est, res, quæ locetur; & merces, quæ pretium dicitur. *d. l. si quis antè. 10. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. ult §. ult. ff. ad leg. Rhod. l. quòd si domi 28 §. 2 ff. locati conduct.* Ergo locatio & conductio est emptio & ven-

& venditio. *Verum* respondetur ad majorem: Quæ substantiatibus non differunt, tendentibus ad eundem finem; illa inter se non differunt. Ast eadem tria, quæ in emptione & venditione interveniunt, interveniunt quoq; in locatione & conductione, sed ad finem deversum. Nam in emptione & venditione pretium pro merce datur, eo fine, ut merx emptoris fiat. In locatione verò & conductione datur merces pro pretium, non eo fine, ut domus locata fiat conductoris,
75 sed ut hic illâ utatur. Finis autem cujuslibet rei præcipuè inspiciendus est: & à fine res denominatur: finisque, qualis res sit censenda, declarat. *l. sed & si quid 25. §. 1. ff. de usufruct. l. si ita stipulatus essem. 14. & l. insulam intra biennium. 124 ff. de verb. obligat. c. quaiis in princ. 25. distinct. Nicol. Everhard. in locis legal. loco, à virtute finis num. 2. & 3. Bald. consil. 272 col. 2. lib. 1. eumq; referens Ioannes Borcholt part. 2. Disp. de contrah. empt. sub. proposit. 6. pag. 450.* Adde quod in emptionis contractu pretium nummarium esse, adeoq. in pecunia duntaxat numeratâ consistere debet, *per ea, quæ suprà tradidi num. 71.* Mercedem verò in
76 locatione non solùm in numeratâ pecunia, sed in quavis etiam re aliâ fungibili consistere posse, firmis fat rationibus demonstratum est *ad § 2. infrà tit proximo, numer. 3 & seqq.* Cæterùm præter illa hactenus
77 exposita emptionis & venditionis requisita, putà consensum, rem sive mercem, & pretium, jure renovato Würrembergico de substantiâ istius contractûs, in immobilibus censetur: ut à Magistratu sive Iudice cujusq; loci cum causæ cognitione approbetur, adeòq; ritè insinuetur, Fürstl. Würtemb. erneüwert Landtrecht. *part. 2 tit. 13 pag. 279. & seq. Idemq; attigit Ioan. Iacob. Plebst. disp. 2 de jure top. Ducat. Würtemberg th. 23. ad lit. F.* Porrò de substantialibus hujus contractûs videatur quoq; Hunnius *in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 2 quæst. 5 pag 118.* item Rittershusius *hic pag. 465.* ubi in solo precio substantiam hujus contractûs consistere scribit, *arg l. 3 & l. empti. 9. C. de contrah. empt. & l. pacta 72 ff. eod.*

78 His ita generaliter præcognitis, ad explicationem hujus principii accedendum est propiùs: in quo Justinianus Imp. ostendit: emptionem & venditionem contrahi, simul atque de pretio conveneiat: quamvis nondum pretium numeratum sit, & ne arrha quidem data fuerit. Perficitur igitur emptio solâ pretii (quod respectum ad rem habet: pretio quippe res æstimatur; & sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur. *l nec emptio. 8. ff. de contrah. empt.*) conventione, nô numeratione. *l. 2 §. 1 ff. d. tit. de contrah. empt. d. l empti. 9. C eod.* Hujusque ratio illa est: quia hic contractus fit solo cõsensu, propter libertatẽ utilitatemq; commerciorũ, & maximè hujus cõtractûs usitatissimi, & summe
79 me necessarii humanæ societati. Vnde mutuũ, quia nô nuda conventione sive consensu, sed re fit, numerationem desiderat. *l. certi. 9. §. numeravi. 4. ff. de reb. cred. itinitio. tit. sub quib. mod. re contrahit. obligat. & notat. hic Giphanius.* Consensum autem ejusmodi
80 exigimus, qui voluntatem vendendi emendique præsentem, & utriusque contrahentium deliberatum & firmum propositum, non vagam atque incertam orationem, contineat. Itaque non sufficiet de vendendo in futurum concepta coventio: cùm aliud sit venditio, aliud pactum de vendendo. Neque satis erit, me dicere, quòd velim vendere etiam pro certo pretio; nisi & emptor, se pro tanto pretio emere velle, dixerit, *glos in l. in vendendo. 13. ibiq;. Bald. C. de cõtrah empt. Fabian. de Monte in tract. de empt. & vendit. part. 5. principali num. 51.* Eâdem de re consulantur *Mozzius eodem tract. tit. de substantialib. emptionis nu 46. & seqq. Heigius hic n. 3. Vultejus n. 13. & Hunnius in d. resolut. ad Treutler. vol. 2 disp. 2 quæst. 6. pag. 119.* Ratio porrò, cur Justinianus hîc dicat, emptionem perfici etiam sine arrha, hæc redditur: quia arrha tantùm evidentioris probationis causa interponitur, non ad substantiam obligationis. *l. quod sæpe 35. in princ. ff. de contrah empt. & hic in versic. nam quod arrhæ nomine datur. &c.* Cæterùm arrha nihil aliud est, quã prærogativa & repræsentatio pretii suo tempore persolvendi. Siquidem pretii & solutionis pars videtur, *ut notat Hotomanus hic enunciat. 8.* Illamque alii *παρὰ ἀῤῥαγὴς*, quod firmum sive solidum & validũ significat, dictam volunt: quidam ab Hebræo arab, quod idem valet, quod spopondit, oppigneravit, fidejussorem constituit, deducunt. *Paul. Cypræus in tract. de sponsalib. c. 11. §. 3.* nonnulli derivant à re, pro quâ datur, *Isidorus lib. 10. Etymolog. c. ult. quem citat. Borcholt. hic n. 5.* Veteres arrham vocabant arrhabonem, *ut indicat Varro lib 4. de ling. Lat* fortè à Græco *ἀῤῥαβὼν*, quod D. Lutherus *in Genes. c 38. v 17.* ab Hebræis, qui Erabon pignus dicunt, haud dubiè ortum putat: *quem referendo sequi videtur Wesenbecius hic n. 3.* Vide D. Besoldum *in delibatis juris ex lib. 18. ff. quæst. 6. pag. 23.* 81

Et sanè arrhæ dari solent à solo emptore venditori, 82 & non contra, à venditore emptori *l. de lege commissoria. 6. in princ & l. fin. ff. de lege commissor. l. contractus. 17 §. ult. C. de fide instrumentor. & hoc principio in fine.* Sic in sponsalibus plerunque sponsus dare cõsuevit arrhas sponsæ, non vice versâ, *arg. l si quis officium. 38. in fine principii. ff. de ritu nupt. l. si legibus. 16. C. de Episcop. audient. l. unic. C. si rector provinciæ, vel ad eum pertinentes sponsal dederint. l. 3. & ult. C. de sponsalib. cum simalib.* Sed & in locatione quandoque arrha solet adhiberi: cùm illa emptioni sit similis, *initio & §. 3. infr. t. prox.* Atq; nomine arrharum (quæ 83 veluti pignora contracti negotii reputantur) nô nummi tantum dantur; sed etiam aliæ res; ut aurum, annulus, monile, aut quid aliud. *l. 2. C. quando liceat ab empt. disced. l. ex empto. 11. §. is qui vina. 6. ff. de actione empt. l. cuicunq; 5 §. item si institor. 15. ff. de institor. act. Cujacius lib. 11. observat. c. 17. Covarruv. in Epitom. de sponsalib. part. 2. c 3. §. 7. n. 6. Rittershus. hic p. 467. Schardus in Lexico juridico. lit. A. in. verbo, arrha, &c.*

Verùm enimverò ex constitutione Justiniani interdum conventio de precio rei vendendæ, emptionem non perficit, nempe si emptio in scriptis celebretur. Hanc enim Imperator non vult aliter perfici, nisi scriptum seu instrumentum ritè fuerit confectum, omnibusque suis numeris absolutum, *per hunc textum nostrum.* 84

nostrum. vers. sed hoc quidem. &c. & l. contractus. 17. C. de fide instrument. Atq; hinc esse videtur, quòd Tribunianus hanc clausulam, *sine scriptis*, in responsis & constitutionibus veterum nonnunquam intericecerit, *ut in l. 2. ad finem. ff. de contrah. empt. & in l. eum*
85 *inter. 4. C. de peric. & commodo rei vend.* Notanda autem hoc loco est emptionis divisio, quâ alia fit sine scriptis: alia in scriptis. Illa (*ut paulò antè dictum*) perficitur solâ conventione precii: hæc verò legitimâ confectione instrumenti. *Acacius Antonius de Ripoll. variar. jur. resolut. cap. 11. numer. 32. & seqq fol. 331.* Et ut instrumentum omnino cosummatum, legitimèque absolutum dicatur, primùm requiritur: ut contractus à Tabellione seu Notario in schedam redigatur, eaque partibus legenda tradatur: deinde ex schedâ in mundum sive chartam puram transferatur, cum à Tabellione subscribatur, & partibus recitetur, ac edatur, nec non ab iisdem approbetur. Atquè hæc quidem ita obtinent, si instrumentum publicè per
86 notarium conficiatur. At si à Notario non fiat: tunc partes sive contrahentes debent instrumentum vel manu propria scribere, vel ab alio scripto subscribere, ut constituit Justinianus *hic, & d l. contractus. 17. ubi latè Paulus de Castro. C. de fide instrumentor.* Paria namque sunt, vel manu propriâ scribere instrumentum, vel se ei manu alterius scripto subscribere. *notante Angelo Aretino hic numer. 1. in fine.* Censetur enim subscribens contenta in eo approbare; ptoindeque sibi æquè præjudicat, ac sie totum scripsisset, *arg l. sicut. 8. §. non videtur. 15. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. & l. 1. §. 1. ibi. subscriptionem. ff. de constitutionib. princep.* Quod tamen ita demum procedit,
87 si quispiam se subscribat, ut principalis: secus, si subscribat, ut testis. Talem siquidem subscriptionem non præjudicare, plerique Interpretes tradunt, *arg. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogenus. ibiq; Iason. ff. de verb. obligat. l. si pater 6. & ibi Gothofred. C. de fidejussorib. Bartol. in d. l. sicut 8. §. non videtur. ff. quib. mod. pig. vel. hypoth. solvit. Schneidevvin. hic numer. 7. & seqq.* Cæterum dubitatur: an quis sit obligatus, quando se subscripsit instrumento, nondum tamen perlecto: Quod affirmatur: modò ei de contentis cōstet: quod in dubio præsumitur. Si verò eorum notitiam non habuerit: secus est. *l. fin. ibiq; Bald. C. plus valere, quod agitur, quàm quod simulatè concip.* Allegans tamen ignorantiam, eam probare debet, *Iason. in l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. 2. ff. de verb. obligat Schneidevvin. hic num. 10. Richter. d. tract. de contract. disp. 9 th. 2. sub lit. a. pag. 283.* Illud hoc lo-
88 co prætereundum non est: quòd si controversia sit de emptione & venditione inter ipsum emptorem & venditorem, qui negat, se vendidisse, instrumentum emptionis & venditionis non probet, nec ex eo ad traditionem rei venditæ agi possit, si preeium in eo non exprimatur. At diversum obtinet, si de emptione & venditione non inter ipsos contrahentes, sed alios, controvertatur. Tunc etenim instrumento attestanti, venditionem factam fuisse, creditur; maximè, si principaliter nō de precio, sed de eo, an venditio facta sit, nec ne, agatur. *Ita sentiunt Bartol. in l. admonen-*

di. 31. num. 37. ff. de jurejurand. Alexand. Castrens. & Iason. in l. si duo patroni. 13. § Marcellus. ff. eod. t. Alberic. in l. 2. ff. de contrah. empt. & idem in l. sciendum. 30 ff. de verb. obligationib. Romanus consil 305. numer. 8. & ibi Mandosius in additionib. Mudaus in l. 2. § sine precio. numer. 5. ff. de contrah. empt. hocq; referens Borcholt. hic nummer. 12. Et eam rem copiosius explanat Mascardus in tract. de probat. vol. 3. conclus. 1401. n. 8. & seqq.

Sanè instrumenta, io quibus precii & solutionis 89 sive numerationis in genere fit mentio, ex generali quadam Germaniæ consuetudine recepta sunt, fidemq; faciunt, non solùm contra tertium, ad ptobandum titulum; sed etiam contra ipsum venditorem, & ejus heredem, ad faciendam traditionem rei venditæ, *argumento l. certum. 6. ff. de reb. credit. si cert. pet.* & quòd æquipollentium eadem sit disciplina, idemq; judicium. *c. tua nos. 7. ibiq; glos in verb. æquipollentibus. ext. de consanguinit. & affinit c licèt ex quadam. 47. § testes autem de testibus. l. Iulianus ait. 41. ff. de condit. & demonstrat. & l. si mater 3. ibidemq; glos. in verb. sua causa. C. de institutionib. & substitutionib. Andr. Gail lib. 2. observat. n. 12. & seq. ubi in Camerâ Imperiali sæpius ita pronunciatum fuisse, affirmat.*

Porrò subjungit Imp. Justinianus *hic in vers. ita tamen impunè, &c.* quòd emptione nondum perfe- 90 ctâ (puta si vinum veneat, ut degustetur, vel saltem de re convenerit, & nondum de pretio) sive in scriptis, sive sine scriptis celebranda suscepta sit, emptor nolens adimplere & perficere contractum, amittat arrhas datas: venditor autem recusans adimplere venditionē, duplicatas arrhas emptori restituere obstringatur. Idem dicitur *in l. contractus. 17. ad finem. C. de fide instrumentor. & jure renovato Wirtembergico. part 2. tit. 9. §. Ob und wann die contrahenten, &c. vers. doch wo ein Arrha, &c. fol. 270.* Sic & in sponsalibus, cùm per sponsum stat, quò minus nuptiæ sequantur, ipse arrhas perdit: cùm verò stat per sponsam, ipsa in duplum arrhas reddere tenetur. *l. 5. & l. ult. C. de sponsalib.*

At quid de emptione perfectâ statuendum? nūquid sola arrharum jactura sive dispendium, earumvè du- 91 plicatarum restitutio illam annihilabit? Ita sanè non pauci opinantur. *Odofredus, Salicetus & Sichardus in d. l. contractus. 17. §. illud. C. de fide instrument. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 2. n 18. Zasius lib. 2. singul. respons. cap. 24. hosq; allegant Fachineus lib. 2 controversiar. jur. c. 28. vers. sed mihi magis probatur, &c. Trentler. vol. 1. disp. 28. th. 8. lit. B.* Et hanc opinionem communem perhiberi, ait Emanuel Soarez *in thes recept. sentent in verb. arrha. n 274. & Fomannus disp. 22. th. 9. ad lit.* Sed meliùs rectiusque judicant, qui perfectâ prorsus & absolutâ emptione, pœnitentem sive recedentem à contractu non arrharum solùm mulctâ & damno puniunt: verùm etiamsi ptocaciter perseveret, In id, quod interest, condemnārs, *arg. l. 1. & l. prædia. 28. ff. de actionib. empt. l. si traditio. 4 C. d. t.* Haud enim debet arrharum interventu vinculum contractæ semel obligationis dissolvere: cùm maximè confirmandæ probandæq; venditionis gra-

tiâ illæ fiot adhibitæ. *l. quod sæpe.35.in princ.ff.de con-*
92 *trahend. empt.* Et si absq; arrhis perfectâ emptione, ab eâ, alterutro contrahentium invito, recedere non fas est, ne quidem Principis rescripto. *l. de contractu. 3.l.non est probabilis 6.& l.ratas.7.C.de rescind.vendit.l.2.C.quando liceat ab empt.disced.l.sicut 5.C. de obligat.& actionib.* multò utiq; minùs à perfectâ emptione discedere integrum erit, si non tantùm nudo
93 consensu, sed & insuper arrhæ datione firmata sit. Nã quod ad augendum inductum, & ad corroborandum additum est: diminutionem operari, aut in illius infirmationem vergere non debet, *arg.l. legata inutiliter. 19 in princ.ff.de legat.1.l si mancipia.19.circa princ. ff.de instruct.& instrum.legat.l.si se non obtulit. 4. §. si ex conventione 4 ff.de re judicat.*

Nec huic reluctatur sententiæ *præsens textus no-*
94 *ster, & d.l contractus.17.C.de fide instrument.* Quibus ex locis Adversarii evincere conantur; arrhâ interveniente, sub solâ ejus amissione invitâ etiam alterâ parte, alteri ab emptione perfectâ recedere licitum esse. *Quod* enim illic de amissione arrharum affertur: de contractu necdum perfecto exaudiendum est; ut puta si emptio in scripturâ celebrata sit, quæ nondum à contrahentibus subscripta, vel à Notario in mundum redacta est: quæ emptio adhuc imperfecta censetur. Hoc ergo demum casu, solâ arrharum jacturâ, ab emptione resilire licet. Id quod perspicuè ex hoc principio nostro probatur, ubi Imperator ita loquitur: *Donec aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœnâ recedere ab emptione & venditione: ita tamen, nisi jam arrharum nomine aliquid datum fuerit.* Ex quibus certè verbis manifestissimum evadit; ibi de contractu adhuc imperfecto agi: præsertim cùm mox nominatim hæc subdantur verba: *Is, qui recusat adimplere contractum, &c.* Quæ verba itidem non nisi de contractu imperfecto accipi possunt. Sed & *in d.l. contractus. 17.ad finem,* ista clarissima verba leguntur: *Qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum*
95 *arrhas reddere cogatur, &c.* Quare quousq; complementum emptioni non accesserit, ab eâ discedere sub solo arrharum dispendio licebit. Neque solutioni isti quicquam detrahit, quòd Imperator ab initio hujus principii loquatur de perfectâ emptione, & *in versic.hoc enim subsecuto, &c.* de venditione celebratâ: & quòd arrhæ frustrâ dentur ante perfectam emptionem: cùm argumentum sint emptionis & venditionis contractæ sive perfectæ, *per hunc textum nostrum.* Nam Imp. quidem Justinianus hic initiò loquitur de emptione perfectâ & contractâ: sed *in vers. seq.* eum de emptione necdum perfectâ loqui, ex verbis ipsius textûs satis relucet. Quod autem *in d. vers. hoc enim subsecuto. &c.* subjicitur de emptione & venditione celebratâ; hoc non potest accipi de emptione omnimodo perfectâ; sed potiùs de emptione celebrandâ sive perficiendâ susceptâ; id quod promptum est colligere ex verbis immediatè subsequentibus, quæ (ut modò monuimus) apertissimè agunt de cõtractu adimplendo, seu de illo contrahente, qui recusat adimplere contractum. Præterea id, quòd arrha rum nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ sive perfectæ, si modò illæ emptioni jam perfectæ accesserint. At si emptioni nondum perfectæ adhibeantur: tunc ad hoc proficiunt, ut alter cogatur contractum perficere & consummare; nisi malit arrhas amittere; aut si venditor est, duplũ præstare, *ut hic dicitur in fine, & in d.l. contractus.17. circa fin.C.de fide instrumentor.* Atq; ita sensisse Iohannem & Bulgarum, Glossatores veteres, indicat Azo *in summa C.de contrah. empt. n. 17. in fine.* Ita quoque sentiunt *Cynus & Albericus in d.l.contractus.17 §.aliud.C. de fid. instrument. Marcilius & Wesenbec. hic n 6.& in paratit. ff de contrah. empt.n.9. Bronchorst cent.2.ἐναντιοφαν. assert.54.edit.2. Arumaus Exercit.Iustin 14.th.9.& disp.ad Pand.13 q 3 Timaus Faber disp.anni vers 24 ad Instit.Imperial. th.2. Linglow decis.Iustin.15.quæst 11.n.1 fol. 170. Bachovius hic n.1.p.798.& in notis ad d.vol.1.Treutle i.disp.28. th 8 lit B.pag. 1079. Martin.Rümelin exercitat.15. ad Institut th.2.ad lit.b.pag. 130. Hackelman. disp.11. th.9.lit.b.Olemannus ad Disp. 28. Giphanii. n. 21. & seq.Hœnenius Disp.16.contrevers.5. Andr. Gerhardi Decad.14.q.6.Matth. Stephani cent. 3.q.69. Heigius ad § in iis autem. hoc tit.n.7. & novissimè Hunnius. disp.16.th.9.& lib 3.var.resol.jur.civ.tract.7.part.1. q.9.* Eâdem de re consulantur *Bartolus in l. 3 § unde quæritur.n.8.ff.de publicanis & vectigalib Fabianus de Monte in tract.de empt.& vend.in 5.q.pr incip.n.69. cum seq.Vngepaur exercit.Iustin.12.quæst. 2.pag.439. cum seq.edit.ult. & Oldenderpius class.4.act. 2. sub tit.affinia remedia pag 513.* ubi notat, quòd licèt adversus venditorem resilientem à contractu actum fuerit de duplicandis arrhis: nihilo tamen minùs agi possit ex empto ad id, quod interest: ita scilicet, ut arrharum computatio in posteriore condemnatione fiat. Atq; hanc ille sententiam veriorem esse asserit, contra opinionem communem, *per textum in l.3.ff.* 96
de testament.militis. ubi militari beneficio non renunciat, qui jure communi testatur. Planè cùm arrha ad substantiam emptionis non pertineat; sed tantùm ejus sit symbolum sive indicium & argumentum, *hoc hoc principio, & attactum supr. n. 95.* ideirco si em- 97
ptio & venditio perfecta impleataq; fuerit, nec ab eâ recedatur; arrha imputatur venditori in pretium, si in nummis consistat, & nondum solutum sit pretium. *l.ult.ff.de lege commissor.* Sin verò consistat aliis in rebus, quàm nummis; vel etiam in his consistat, sed pretium numeratum sit: repetitur arrha, & quidem vel actione ex empto, vel condictione sine causa: quia jam sine causa apud venditorem est annulus, *respondente Vlpiano in l.ex empto.11.§.is, qui vina.6.in fin. ff. de actionib.empt.l.3. ibiq. Gothofred.C.eod. Borch. hic n. 6.* Vide Hardevvigum à Dassel *consil.28.lib.1.* huncq; referentem Dn. Besoldum *in thesauro pract.lit. H.n.4. pag.370.* & Locamerum *quæstion jurid. fascic.38 q.3.*

Quandoquidem autem mutuo, soloq; emptoris & 98
venditoris consensu hic contractus perficitur, *ut aliquoties monitum est supra n.15.78.& seqq.* planum & evidens inde fit, quòd furiosus, aut mente captus, qui consensum non habet, illum celebrare non possit. *l. 2.*
C. de

C. de contrah. empt. §. sed & mente captis. 4. suprà de curatorib. l. 1. §. furiosum. 12. ff. de oblig. & act. l. in negociis. 5. & l. furiosi. 40 ff de reg. jur. Cæterùm dilucidi interi valli vel intermissionis tempore, quo resipiscit, furiosum majorem vigintiquinque annis, venditiones & alios quoslibet actus & contractus posse facere, non ambigitur. *d. l. 2. C. de contrah. empt. ibiq; Donell. n. 3. l. furiosum. 9. C. qui testam. fac. poss. l. Di-*
99 *vus. 14 ff. de offic. præsid.* Quanquam in dubio furiosus (maximè si per aliquod tempus continuum, puta per mensem vel annum talis fuerit) in furore perseverare præsumatur, *secundùm glos. in c. cùm dilect. 3. in verb. competem ext. de successionib. ab intest. & can. indicas. 13. caus. 3. q. 9. Gomez. tom. 3. var. resol. c. 1. n. 71. Covarruv. in epitom. de sponsalib. part. 2. cap. 2. n. 6. Mascard. vol. 2. de probationibus. conclus. 825. ubi pluribus relatis auctoritatibus, rem istam latissimè expli-*
100 *cat.* Sanè cùm dubitatur, utrùm contractus sive actus à furioso celebratus & gestus, fuerit factus tempore furoris, an verò tempore intermissionis furoris, inspiciendum quidam autumant: utrum actus iste more sapientis gestus fuerit, an non Priori casu præsumunt; furiosum eo tempore, quo actus gestus est, furiosum haud fuisse: posteriori non item, *arg. l. his, qui. 12. §. 1. ff de tutor. & curat. datis ab his, &c. Bald. in d. l. furiosum. 9. C. qui testam fac poss. Thomas Grammat. consil. 128. n. 25 idem in decisionib. Neapolitanis. decis. 73. n. 38. Hippolyt. de Marsil singul. 380. bosq; referens Borcholt. in Commentar. de verbor oblig. c. 3. num. 51.*
101 Quod porrò dictum est, furiosum non habere consensum: ei neutiquam obstat Vlpiani responsum *in l. 2. §. voluntatem. vers. & Iulianus, &c. ff. soluto matrimon* ubi filia furiosa accommodat voluntatem suam patri, ut soluto matrimonio experiatur & agat, de recuperandâ dote: qui intentare actionem sine filiæ consensu non posset, *ut patet ex d. l. 2. § 1. vers. deniq; pater, &c.* Ergo filia furiosa consensum habet. *Hoc, inquam,* responsum neutiquam obstat. Quia quemadmodum lex fingit eum, qui ab hostibus redit, captum non fuisse, contra veritatem. *l. postliminii. 5. §. 1. l. retrò 16. & passim. ff de captivis. & postlim. reverf.* ita lex filiam furiosam consentire fingit, utilitatis causa: quæ tamen propter furorem non consentit, ne ta ertè quidem. Necessaria autem ideo videtur ista fictio esse: quoniam aliter filiæ consuli commodè non
102 potest. Neque enim curator, cujus voluntatem pater requirat, illi potest dari: cùm pater ipse filiæ, quam in potestate habet, sit loco curatoris. *l. ult. in princ. C. de curatore furiosi. Sed videantur Bartolus n. 4. & Duarenus ad d. l. 2. § voluntatem. ff. solut. matrim. item; Petr. Augustin. Morla in Emporio jur. part. 1 tit. 9. in præmiss. n. 71. ubi & aliorum resolutiones adducit.*

103 Nihil quoque obstat hoc argumentum: Filius & servus in potestate patris & domini constituti, nequeunt sine eorum jussu adire hereditatem: ne aliàs pater & dominus inviti, æri alieno, quod ex hereditatis aditione contrahitur, obligentur. *l. qui in aliena 6. & l. si quis mihi. 25. §. jussum. 4. ff. de acquir. vel omitt. hereditat.* Atqui servus furiosi, & ejus filius adire hereditatem possunt. *l. furiosus. 63 ff. eod.* Ergo furiosus consensum aditioni, per servum vel filium suum factæ, præbere potest. Nihil, *inquam,* obstat hoc argumentum. Quoniam dominus furiosus non accommodat filio vel servo voluntatem sive assensum, ut hereditatem adire queât. Filius siquidem furiosi eam adit voluntate suâ perinde ac si paterfamilias esset. *l cùm heres. 25. in princ. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Servus verò non adit jussu furiosi, sed curatoris illius. *Morla d. tit. 9. in præmiss. numer. 74.*

Minus refragatur. *l in ea jure 45. §. deinde ait lex. 104 5. ibi, rectius enim hic invitus dicitur, quàm qui dissensit. ff. de ritu nupt.* ubi dum Vlpianus furiosum appellat invitum sive nolentem, nō obscurè eum voluntatem ac consensum habere indicat: cùm ejus sit nolle, qui potest velle, juxta tritam juris regulam. *l. 3. ff. de reg. jur.* Nam illic patronus accipitur invitus, qui ex se, & per se non consentit. Vnde cùm furiosus, seu ignorans non possit consentire in effectu: invitus dicitur, & quidem magis sive rectiùs invit⁹ quàm qui dissētit: quandoquidem hic mutatâ voluntate statim cōsentire potest: ille verò in statu furoris & ignorantiæ nullo modo consentire potest. Nihil quippe tam 105 contrarium est consensui, quàm error & ignorantia. *l. si per errorem. 15. ff. de jurisdict. omn. judic. l. 2. in pr. ff. de judic. l. nihil consensui. 116. ff. de reg jur.*

Prætetea non adversatur hæc argumentatio: 106 Naturalis obligatio ex nudo consensu perficitur. *l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff de solutionib.* At furiosus naturaliter obligatur: quia pro eo fidejussor (qui omni obligationi accedere potest. *§. 1 suprà de fidejussorib. l. 1. ff. eod.*) utiliter intercedit. *l. Marcellus 25. ff. de fidejussorib.* Igitur furiosus consentit. Non, *inquam,* hæc argumentatio adversatur. Etenim, variis aliorū explosis traditionibus, *secundum Morlam. d. tit. 9. in præmiss. numer. 81.* distinguendum est: quòd duplex sit obligatio; alia, quæ ex re ipsa inducitur; alia, quæ ex consensu suboritur. Exempla obligationis, quæ 107 inducitur re ipsa, referuntur à Paulo Jurisconsulto *in l. furiosus. 46. ff. de oblig. & act.* veluti si habens mecum domum communem, reficit ejus communem parietem: atq; ita in rem meam impendit: vel si furiosus patri naturaliter & civiliter obligato, suus & necessarius heres extitit: sicq; ei opus non fuit, ut hereditatem acquireret auctoritate curatoris. His casibus, ubi non ex consensu, sed ex re obligatio inducitur, rectè obligatio in furiosum cadit, *ut apparet ex d. l. furiosus.* ptoq; eo fidejussor obligatur, *per textum in l si à reo. 70 § si à furioso. 4. ff. de fidejussorib.* ubi distin- 108 ctio isthæc satis comprobatur, secundùm quam intelligenda est *d. l. Marcellus. 25 ibi, obligato. ff. eod.* ut exaudiatur eo de casu, quo fidejussor potest obligari, id est, quando obligatio inducitur re ipsa. Longe autem secus est in obligatione, quæ proficiscitur ex consensu: in quâ furiosus ne quidem naturaliter obligatur. *l. is, cui bonis 6. ff. de verb. obligat. ubi vide Cujacium & Duaren. item Bronchorst. cent. 4. ἐναντιοφανῶν. assert. 55. nec non Franciscum de Caldas in l. si curatorem habens. 3. verb. cùm non absimilis. numer. 23. C. de in integr. restitut. minor.*

 Ea-

Eàdem de re vide quoq; Hunnium *in resol. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 2. *quæst.* 12. *pag.* 133. *& seq.*

109 Planè cùm ex prædictis evidentissimè constet; emptionem & venditionem absq; libero & mutuo contrahentium consensu celebrari haud posse: ex eo deprehendere promptum est, quòd nemo invitus cogi queat rem vendere aut emere, ne quidem à principe. *l. nec quasi publicianam.* 70. *ff. de rei vindicat. l. non u. aequum.* 9. *ff. de act. rer. amotar. l. id. quod nostrum.* 11. *ff. de reg. jur. l. invitum.* 11. *l. in vendentis.* 13. *& l. dudum.* 14. *C. de contrah. empt. l. nec emere.* 16. *C. de jure deliber. l. invitos.* 11. *C. de locato. l. nemo exterus.* 9. *C. de judais. l. possessores.* 12. *C. de fundis patrimonialib.*

110 Hancque assertionem non infringit *l. si cui legetur.* 49. §. *penult. & ult. item l. & si aequo pretio.* 66. *ff. de legat.* 1. quibus in locis expressum est, quòd heres fundū vendere cogatur. *Nam* ideo heres ibi compellitur fundū vendere legatario: quia testator damnaverat heredem, ut ei fundum venderet. Et si heres jussus vel damnatus est, ut vendat fundum certo viliori pretio: utile est legatum, & emolumentum adfert legatario: heresque necesse habet tanti vendere, quanti damnatus est. *d. l. si cui legetur.* 49. §. *fin. ff. eod.* Quòd si heres damnetur vendere simpliciter: intelligitur damnatus vendere justo pretio. *d. l.* 49. §. *penult.* Quòd si verò damnetur sive jubeatur vendere justo & æquo precio: nihilominus legatum utile erit: quoniam plerunq; legatarii interest eam rem habere, vel vicinitatis causa, vel quia fuit majorum suorum, vel aliâ de

111 causa. *d. l. & si aequo.* 66. *ff. de legat.* 1. Sed & observandum est: non cogi absolutè & simpliciter heredem rem aliquam emere vel vendere: cùm repudiare possit hereditatem; eâque repudiatâ evitare necessitatem subeundorum onerum hereditariorum, sibique à testatore impositorum, ut & legatorum præstandorum. Quòd si verò heres adierit hereditatem: tenetur quidem morem gerere defuncto, & voluntatem ejus adimplere: atque ad hoc ex aditione hereditatis obligatur: sed obligatur volens, non invitus: quia hereditatem non nisi voluntate suâ adit. §. *item extraneus.* 7. *supr. de hered. qualit. & different.* Hereditatem adeundo simul omnia commoda & incommoda hereditaria; ac proinde etiam onera legatorum voluntate suâ

112 suscipit. *l.* 1. *&* 3. *ff. de bonor. possessionib.* Unde dicitur heres videri contrahere, cùm hereditatem adit. *l.* 3. *in fine. & l. seq. ff. quib. ex caus. in possess. eatur.* Volens ergo, *ut dictum*, obligatur heres, ut emat, vel vendat, non invitus. *D. Hunn. d. resolut. ad Treutler. vol.* 2. *disp.* 2. *q.* 19. *pag.* 144.

113 Eandem conclusionem non debilitat *l. communi dividundo.* 7. §. *ult. ff. communi divid. & l. Iulianus.* 13. §. *idem Celsus.* 17 *ff. de actionib. empt.* ex quibus evincitur, quòd invitus quis partem fundi comparare sive

114 emere compellatur. *Emptor* enim in casu istarum legum idcirco partem alteram fundi emere cogitur: quia venditor suam partem antea ideo vendidit, quòd in fundi communione ampliùs esse nollet. Communio quippe mater discordiarum perhibetur. *l. cùm pater.* 77. §. *dulcissimis* 20. *in fin. ff. de legat.* 2. *l. in re communi.* 26. *ff. de servit. præd. urb. l. sancimus.* 34. §. *ne autem communione. C. de donationib.* Proindeque si conveniat, ne unquam divisio fiat: hujusmodi pactum sive conventionem nullas vires obtinere manifestissimum est, *teste Paulo in l. in hoc judicium.* 14. §. *si conveniat. ff. communi divid.* Et cùm communi dividundo judicio pars fundi venditori obvenerit: illam emptor invitus emere cogitur, aut actionem empti ad partem, quam emit, non habet. *d. l. communi dividundo.* 7. §. *ult ff. d. tit.* Quin & emptor 115 in specie objectarum legum etiam partem, venditori adjudicatam, ab initio volens emisse intelligitur, seu volens se obligasse in id, ut eam quoq; adjudicatam partem acciperet. Etenim cùm emptor aliquid emit obligatur non tantùm, ut commoda; sed etiam omnia incommoda, ex re emptâ proficiscentia, suscipiat. §. *cùm autē* 3. *infr. hoc t.* At cùm pars socii adjudicatur venditori: hæc adjudicatio est ex beneficio & incommodo partis venditæ. *d. l.* 7. §. *ult. vers. nam & si partem. ff. communi divid.* Proinde hanc partem adjudicatam emptor accipit volens: quia se in id primò volens obligavit; non autem invitus, nisi ex post facto. Præterea attendendum est: in specie propositarum legum emptorem cogi partem venditori adjudicatam accipere, non ut emptam, sed ut rei emptæ accessionem: ideoque non posse dici, eum invitum istam partem emere, quam simpliciter non emit. Accipit igitur invitus, sed eodem modo, ut partem à se emptam acciperet, in quam scilicet consensisset. Et ut in principalem rem consensit: sic & in ejus rei accessiones consensisse censetur. *Hunn. dicto loco.*

Rursus non evertit pronunciatum nostrum *l. deprecatio.* 9. *ff. ad l. Rhod. de jact. & l. ult. C. de quadrien. præscript. cum similibus:* in quibus traditur, Principem rerum & bonorum totius mundi universalem dominum esse: ac proinde de bonis privatorum pro arbitrio suo disponere, & consequenter aliquē invitū ad venditionem rerum compellere posse. *Etenim* Princeps sive Imperator dicitur totius mundi dominus, quo ad defensionem, protectionem & generale imperium: sed non quoad plenum dominium & proprietatem rerum privatorum. Ideoq; quæ privatus quisque possidet, Principis sunt nudo imperio, singulorū verò, proprietate ac dominio. *Cost. ad l. item. si verberatum.* 15. *n.* 6. *ff. de rei vindicat. Pruckman. in tr. de regalib.* §. *soluta potestas. c.* 3. *n.* 117. Et hanc rem ubertimè explicui supra *ad pr. t. de rer. div. n.* 112. *& aliquot. subsequentib.* 116

117 Adhæc minimè enervat decisionem præfatam *l.* 2. *C. de communium rer. alienat.* ubi ab Imp. Antonino rescriptum est: valere venditionem, si fiscus rem communem, invito socio, alienaverit. *Siquidem* cùm à privato res communis alienatur sive distrahitur: alteri socio in emptorem competit rei vindicatio, per quā partem suam evincit: &, parte evictâ, datur emptori in venditorem actio ex empto in id, quod interest. *l. fin. C. eod. t.* Verùm ab hac sententia fiscus, ut faciliùs emptorem inveniat, excipitur: qui rem communē, invito socio, licitè alienat: tuncq; socio pars precii servatur, quam petit actione utili ex vendito, quasi ipse vendidisse videatur, quod fiscus vendidit. At rem ipsam socius ab emptore nullo modo revocare potest. *l.* 2. *C. d. t. &*

d.1.& l.un.C.de vend. rer. fisc. cùm privatis communium. lib.10.

118 Haud quoque effatum nostrum imminuit. §. 2. v. sed & major asperitas. sup. de his, qui sui vel alieni jur. sunt. & l.2.ff. eod. ubi disertè disponitur, quòd domini, qui asperiùs tractant servos suos, eos vendere cogantur. Invitus namq; rem suam distrahere nemo cogitur, sine justâ videlicet & probabili causa. Cæterùm si probabilis & justa causa fuerit, utilitasq; publica postulaverit: ad vendendam rem suam justo precio quisque adigi poterit. d. §. 2. vers. expedit enim Reipublicæ, &c. arg. l.2.ff. de nundin. l. si quis sepulchrum. 6. 2. in princ. ff. de religios. & sumpt. funer. l. unic. §. hac autem omnia. 14. vers. sed quod communiter. Cod. de caduc. tollend. l. venditor. 13. §. 1. ff. communia prædior. l.2.C. pro quib. caus. servi pro præmio libertatem accip. & l. utilitas. 3. C. de primipilo. Martin. Bonacina. d. tract. de contractib. & restit. disp.3. q.2. punct.2. num. 28. pag. 388.

119 Nostrum deniq; dogma infirmat neutiquam l.1.C. de Episcopali audient. ubi cùm statuitur, quòd providere debeant Episcopi, ne negociatores sive mercatores ultra justum precium vendant res ad victum necessarias: inde facilè colligitur, cogi posse mercatores, ut ea, quæ ad victũ pertinent, justo precio vendant. Nam regulariter dominus ad res suas vendendas cogi nequit: verùm inter cæteros iste maximè excipitur casus, quo Respublica vel civitas inopiâ annonæ laborat. Tunc enim licèt mercatores res victui necessarias venales non exponant: tamen compelli possunt ad vendendum justo & moderato precio, à Principe vel magistratu definito: ne quis res, ad victum & alimoniam hominum perquàm necessarias, gravissimo precio pro libitu vendat, adeòq; pauperes in summâ necessitate positos nimiùm exhauriat. Hucq; conferunt
l.1. §. cura carnis. 11. ff. de officio præfecti urb. & l. 2. in
princ. C. ut nemini liceat in empt. specier. se excus. Mynsinger cent.5. observat.27. Bronchorst. cent.2. ἐναντιοφανῶν. assert.63. edit.2. Borchols. part.2. disp. de contrah. empt. proposit 14. pag. 465. & 468. Hænon. disp. 16. controvers.4. Pfeil. consil.190. Lud. Molina tract.2. disp.341. Petr. Gregor. Tholosan. in syntag. jur. lib.36.c. 30.n 4.10. & seqq. Tiber. Decian. in tract. crim. lib.7. cap.22 n.8. & seqq. Gomez. lib.2. var. resol. cap 2. n.51. Petr. August. Morla in empor. jur. utriusq; part.1. tit. 9. q. 1. Et huc spectant; quæ docuimus infra ad §.
sunt præterea. 11 nu.12 & aliquot sequentib. tit. de pu-
120 blic. judic. Quamvis non desint, qui autumant, cogi
posse aliquem tempore necessitatis vendere rem, etiã
minùs justo precio. Bartol. in d.l.1 §. cura carnis. ff. de
offic. præfecti urb. huncq; referens Fabian. de Monte in
tract. de empt. & vend.3. quæst. princip. n.40 per l. 2. §.
2. ff. ad leg. Rhod. de jact. Idq; commune placitum ait
Benedictus de Capra reg.87. nu.21. Eâdem de re videatur Ant. de Petra in tract. de potest. Princip. in 7. quæst. princip. declarat.7. casu.14. eumq; referens Dn. Georgius Acacius Enenkel. lib.3. de privil. c.6. n.27. & seqq. Itemq; Petrus Francisc. Linglois decis. Instit.15. quæst. 9 fol.166. ubi plures casus recenset, quibus aliquis rem suam vendere cogitur. Adde Doct. Martam tom 3. digestorum novissimor. tit. emptio. c. 80. & seqq. fol.152. nec non D. Besoldum in delibatis jur. ex libr.18. ff. quæst. 1. pag. 13. & seq.

Bellè & convenienter hìc quæri potest: ecquid ven- 121
ditio, inter Medicum & ægrotum sive infirmum periculosi morbi tempore contracta, valeat? Et cùm ægrotus timore mortis & impressione quadam potiùs, quã liberâ voluntate contraxisse censeatur, contractũ istum haud subsistere, non malè docuit Hieronymus Treutl. vol.1. disput.28. thes 3. sub lit. b. citans ad hoc Alciatum lib.2. Parerg. c 39. Hæcq; sententia probatur per manifestum textum in l. si Medicus. 3. ff. de var. & extraordinar. cognit. ubi Vlpianus hunc in modum respondit: Si Medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, compulit; ut ei possessiones suas contra fidem bonam ager venderet: incivile factũ Præses provinciæ coerceat, remq; restitui jubeat. Accedit textus in l. archiatri. 9. Cod. de Professorib. & Medicis. ubi Impp. Valentinianus & Valens rescripserunt: Archiatros ea posse accipere, quæ sani offerunt pro obsequiis, non ea, quæ periclitantes pro salute promittunt. Facit quoq; huc non parùm l. quisquis. 6. §. præterea. 2. C. de postulando. Quâ lege quem- 122
admodum prospectum est, ne durante lite inter Advocatum & clientem ullus contractus aut pactio fiat: ita & inter Medicum & ægrorum statuendũ esse videtur; ne propter vitę periculum, quod ægrotus metuit, contractus aliquis ab illis ineatur. Ex quibus omnibus satis elucescit: venditionem gravioris morbi tempore inter Medicum & infirmum contractam, plane irritam
nullamq; esse. Facit etenim actum nullũ, qui facit con- 123
tra legem prohibentem. l. jubemus. 10. C. de sacrosanct. Eccles. l. non dubium. 5. C. de legib. Decius consil. 502. Alberic. Gentil. lib.4. de nuptiis. c.7. latè Alex. Trentacinquius lib.1. resol. variar. Resol.1. de legib. num.3. & seqq. Eòq; conferunt, quæ tradidit Bachovius in suis notis ad d. vol.1. Treutler. disp.6. th.7. lit. C. pag.247. Sed videantur Panormitanus in c. quia pleriq;. 8. n.34. de immunitate Ecclesiar. Antoni⁹ de Burgos in c. cum causa. 6. n.25. de empt. & vendit. & cum aliis, à se allegatis. Fachineus lib.2. controvers. jur. c.25. Qui communem dicunt esse sententiam; quòd venditio ab infirmo ipsi Medico facta, rescindatur officio judicis, quantumvis ultra dimidium læsio non intervenerit. Vide tamen in contrarium probabiliter disputantem Hunniũ in resol. ad Treutl. vol.2. disp. 2. qu.18 pag.143.

Enimverò reperiuntur nonnulli, qui licet consenti- 124
re valeant; tamen emptionem & venditionem inter se contrahere nequeunt. Primò enim aperti juris est, inter patrem & filiumfamilias emptionem & venditionem contrahi non posse: nisi de castrensibus, vel quasi castrensibus (in quibus filiusfamilias habetur loco patrisfamilias. l.2. ff. ad senatuscons. Macedon.) & adventitiis bonis, in quibus pater usumfructum non habet. l.2. in princ. ff. de contrah. empt. l. ult § ipsum autẽ filium. 5. vers. filius autem familias C. de bonis, quæ liberis, &c. Bartol. in l. frater. 38. n.50. ff. de condict. indeb. Gomez. tom.2. variar. resolut. c.2 n.2. Ratio autem, cur inter patrem & filium iste contractus iniri nequeat, vi-

at, videtur potissima esse illa, quam Paulus Jurisconsultus (tametsi in alio casu) reddit: quoniam nimirum natura rei sit impedimento: quòd non magis cum his, quos in potestate habemus, quàm nobiscum ipsi, agere possimus. *l. ne cum filiofamilias. 16 ff. de furt. Vult. in hoc princip. num. 60.* Eaq; de re eleganter dissertat Illustris Dn. Georg. Acac. Enenkel. *in tract. de privil. parent. & liber. privil. 5. n. 1 & 13.* nec non Hunnius *d.*
125 *resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. pag. 135. & seqq.* Secundò tutor & pupillus, itemq; curator & adolescens emptionis & venditionis contractum inter se inire non possunt. *l. si in emptione. 34. §. ult. ff. de contrah. empt.* Nisi vel auctore contutore aut concuratore, vel palam & bonâ fide, veluti justo precio & quidem ex comprobatione judicis atque conjunctorum, de necessitate contractûs, & commodo pupilli vel adolescẽtis deliberantium, emptio & venditio de his, quæ distrahi possint, perficiatur. *l. pupillus. 5. § item ipse tutor. & §§ seqq. ff. de auctor. & consens. tutor. & curat. l. cùm ipse. 5. C. de contrah. empt. & inibi in Rubric. Sichard. n. 1.* Fürstl. Würtemberg. Landsordnung / *pag. 80. tit.* Der fahrenden Haab / rc. §. Wo auch die
126 Pfleger / rc. Neq; etiam tutor vel curator rem pupilli vel adolescentis immobilem, sine necessitate & decreto Judicis sive Magistratus, vendere potest. *l. non solùm. 4. l. minorum. 6. l. si minor. 15. l. si prædium. 16. & tot. tit. C. de prædiis, & aliis reb. minor. sine decreto non alienand. l. lex, quæ tutores. 22. C. de administrat. tutor. vel curat. latè Simoncellus in tract. de decret. in contractib. minor. adhibend. libr. 3. tit. 8. Fa-*
127 *chin. libr. 3. controvers. jur. cap. 2. & 3.* Tertiò procurator, etiam totorum bonorum; & qui negocia gerit aliena, rem ipsius domini, absque ejus speciali mandato vendere nequit. *d. l. si in emptione. 34. §. fin. ff. de contrah. empt. l. procurator. totorum. 63. ff. de procuratorib.* nisi generale mandatum, cum liberâ plenaque rerum administratione habuerit. *l. procurator, cui generaliter 58. ff. d. tit. D. Collega Bocer. clas. 1. disp. 4. thes. 24 Iohan. Stuckius part. 1. Exercit. Iustin. decad.*
128 12 *assert. 1. ad lit. b. pag 440. in fine.* Quartò is quoque, qui provinciam administrat, à provincialibus aliquid emere prohibetur. *l. non licet. 46. & l. qui officii. 62. ff. de contrah. empt.* nisi perpetuus Magistratus fuerit. *arg. l. præsidis. 34. junctâ l. principalibus. 33. ff. de reb. credit. si cert. pet. ibiq; Duaren. cap. 4.* Verùm illud hodie non observari, testatur Cacheranus, *decis. 144. num. 14.* quem refert & sequitur Ortolphus Fomannus *disp. 22. thes. 7. sub lit. c. in fine.* Sed & videatur Bachovius in Notis *add. vol. 1. Treutleri, disp. 28. th. 3. lit. A. & B. pag. 1067.* itemque ibidem Hunnius *in suis resolut. ad vol. 2. disp. 2. pag. 140. & seq.* ubi distinctionem istam, inter magistratum perpetuum &
129 temporalem, reprehendit. Porrò de ementium & vendentium personis plenissimè exactissimèque dissertant. *Fabianus de Monte in tract. de empt. & vendit. quæst. 3. princip. per tot. Petrus Nicol. Moz. in tract. de empt. & vendit. sub tit. de personis, quæ possunt emere, vel non. pag. mihi. 397. cum seqq. & Donellus ad tit. C. quæ res venire non possunt, &c. cap. 2.*

§. *Pretium autem. 1.*

Pretium autem constitui oportet: Nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretné venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit: ut quotiens sic composita sit venditio, *quanti ille æstimaverit*, sub hac conditione staret contractus: ut si quidem ille, qui nominatus est, pretiũ definierit: tunc omnimodo secundùm ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire: tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cùm in venditionibus nobis placuit: non est absurdum & in locationibus & conductionibus trahere.

SVMMARIA.

1 *Pretium unde, & quid dicatur.*
2 *Pretium ad emptionem omnino necessarium.*
3 *Quæ pretii sint nota sive qualitates.*
4 *Quod pretium censeatur certum.*
5 *Verba non sunt captanda, sed mens inspicienda.*
6 *Verba secundùm subjectam materiam accipienda.*
7 *Conciliatur l. fin ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. cum l. naturalis. 5. §. 1. ff. d. præscript. verb.*
8 *Sententia l. planè. 14. §. 4. & similium. ff. de legat. 1.*
9 *Venditio tritici, vini, vel alterius rei potest fieri pro pretio, quo communiter talis res in foro publico vendi solet.*
10 *Utrùm venditio valeat, si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti empta sit.*
11 *Sensus l. 1 §. 1 ff. de legat. 1.*
12 *Ultimæ voluntates plenius interpretandæ.*
13 *An valida sit emptio, si contrahentes impersonaliter dixerint, quod electuri sint tertium, à quo pretiũ nomine concedentur, &c.*
14 *Emptio non subsistit, si pretii quantitas in liberam alterius contrahentium voluntatem conferatur.*
15 *Venditio valet, si quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii: hujusq; ratio.*
16 *Ex diversis nihil infertur.*
17 *Intellectus l. in personam. 22. §. 1. ff. de reg. jur.*
18 *Num in pretio emptionis liceat contrahentibus naturaliter invicem se circumscribere.*
19 *Nemo cum alterius jacturâ fieri debet locupletior.*
20 *Ius est ars boni & æqui.*
21 *Quæ circumventio sit licita.*
22 *Societas humana sine contractibus conservari nequit.*
23 *Omnium animus est, vilè emere, carè vendere.*
24 *Expositio l. 1. §. 2. ff. de addic. edict.*
25 *Ob immodicam læsionem contractus rescinditur.*
26 *Deceptio malitiosa non est, quæ à machinatione & fraude abest.*

PRetium, quasi peritium dictum, quòd à solis peritis statuatur, nihil aliud est, quàm materia formâ 1
publicâ percussa, emptionis sive æstimationis causa con-

constituta. *l.1. in princ. ff. de contrah. empt. & ex Varrone notant Borcholt ad principium hujus. t. nu.1 & Hotomanus hic enunciat. 3 in fine.* De eo autem quatuor præcipuè hoc in titulo Justinianus Imperator affert. I. Emptionem perfici solâ conventione de pretio. II. Nullam emptionem sine pretio esse posse. III. Pretium certum ac determinatū esse debere. IV. Pretium debere consistere in pecuniâ numeratâ. De primo jam supra ad principium tituli hujus expositum
2 est. De secundo & tertio in hoc §. agitur. De quarto dicetur *infra §. sequente.* Pretium igitur ad emptionem omnino est necessarium, *docente hic Iustiniano, & Paulo in l.2.§.1 ff de contrah. empt.* Siquidem emptionis substantia consistit ex pretio, *ut rectè inquit Papinianus in l. pacta conventa. 72 ff. eod.* Ratio hujus vix alia reddi poterit, quàm quòd ita inter homines propter usum commerciorum receptum fuerit, *d. l. 1.*
3 *ff. dicto tit.* Cæterùm duæ pretii notæ & proprietates exiguntur: una, ut sit certum, *de quâ hic*: altera, ut consistat in pecuniâ numeratâ, *de quâ infra §. proximo*: Certum autem pretium opponitur arbitrario, sive potiùs incerto: & cur certum esse debeat, hæc assignari potest ratio: quia incertum perinde est, atque nullum, *ut patescit ex hoc §.* At nullo pretio nulla contrahitur emptio *d. l.2 §.1 ff de contrah. empt. l. empti.*
4 *9. C. eod. Giphan. hic in vers. sed & certum, &c.* Est verò certum pretium, cujus quantitas aut ipso nomine expressa est; aut conveniente aliquâ relatione seu demonstratione designatur, sicq; tacitè intelligitur, *arg. l. certum. 6. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. ait Prætor §.§.1. ff. de re jud. l. stipulationum quædam. 74. & seq. ff. de verborum oblig.* Vt hic fundus sit tibi emptus centum aureis: vel, hic fundus sit tibi emptus tanti, quanti ego eum emi: vel, emo à te fundum tanti, quantum pretii in arcâ habeo; sive pro eo pretio, quod in arcâ habeo. Hic enim pretium in rei veritate incertum non est: sed magis ignoratur, quanti fundus sit emptus. *l. hac venditio. 7. §. hujusmodi. 1. ff. de contrah. empt. Donell. lib 3. Commentar. de jure civ. c. 1. pag. 133.* Et quanquam Accursius *in d. l. hac venditio. 7. §. 1. in verb. quantum pretii. &c.* ejusque asseclæ argutè scribunt, per verba illa: *pro eo pretio, quod in arcâ habeo*, non emptionē induci, sed contractum innominatum, *per l. fin. ff. de condict. caus. dat. caus. non sec* contrarium tamen longè probabilius esse reor. Tum quia nulla prorsus differentia est inter illa verba: *quantum pretii in arcâ habeo*, quibus citra ullam hæsitationem contrahitur emptio. *d. l. hac venditio. 7. §. 1. ff. de contrah. empt.* & verba illa: *eo pretio, quod in arca habeo.* Vtrobique enim designatur quantitas pecuniæ, quæ est in arcâ, id-
5 que vel communi sensu dictante. Vnde alibi scitè responsum est: non oportere jus civile calumniari; neque verba captari; sed, quâ mente quid diceretur, animadvertere convenire. *l. penult ff. ad exhibend.* Tum quia verba accipienda sunt secundùm subjectam materiam. *l. si uno (aliàs. est l. ex conducto. 15. §. 4. vers. sed & si verbo) ff. locati. l. sed si possessori. 11. §. item si*
6 *juravero. ff. de jurejur* Subjecta autem materia postulat, ut verba illa, *eo pretio, quod in arcâ habeo*, quantitatem significent, non verò speciem: præsertim cum per hanc interpretationē actus sustineatur *l. quotiens.*

12. & l. ubi est. 21. ff. de reb. dub. l. quotiens. 80. ff. de verb. oblig. l. pater. 38. in princ. ff. de legat. 3. cap. Abbate. 25. §. hic autem sensus. de verb. significat.

Non obstat *d. l. fin. ff. de condict. caus. dat. causa non* 7 *secut.* ubi dicitur, quando quis pecuniam alteri ded t, ut sibi Stichum daret, sicq; quantitatem non expressit, non esse hunc contractum pro portione emptionis & venditionis, id est, non esse speciem emptionis; sed obligationem ob rem dati, re non secutâ, sive contractum innominatum. *Nam* in casu istius legis contrahentes neq; verbo emptionis usi sunt, neq; pretii alicujus meminerunt: quemadmodum in proposito themate factum esse constat. Nec solutionem hanc hebetat *l. naturalis. 5 §. 1. ff. de præscript. verb.* ubi licèt idem proponatur casus, qui *in d. l. fin. ff. de condict. caus. dat.* nihilominus tamen emptionem & venditionem contractam esse, respondetur. *Etenim* cumprimis inspicienda est voluntas contrahentium, & videndum, quid inter eos actum sit. Cùm itaq; non appareat, *in d. l. fin. ff. de condict. caus. data.* de emptione quicquam actum esse, ut cùm neq; venditionis, neque pretii, neque mercis disertè fiat mentio, quæ tamen duo, tanquam substantialia, in emptione intervenire oportet, *per hunc §. nostrum, & supra tradita*: alium intercessisse contractum, ex contrahentium mente, & conjecturis verisimilibus colligitur: ut si is, qui Stichum habet, nunquā eum sit mihi venditurus, sed tamen facilè donaturus, si aliquid remunerationis loco accipiat. Hoc casu si dictum sit, do tibi hanc pecuniam, si mihi Stichum dederis, nemo affirmaverit, venditionem esse celebratam, sed potiùs contractum do ut des initum. Verùm de conciliatione istarum legum exquisitiùs tractant. *Duarenus ad tit. C. de condict. ob causam dator. c. 1. Corasius lib. 2. Miscellan. jur. civil. c. 9. Broncborst. cent 2. ἀσυστάτων. assert. 36. edit. 2. Vincent. Cabotius lib 2. disputat. jur. c. 29. Petr. August. Morla part. 1. emporii jur. t. 9. in præmiss. n. 23. aliiq; per eos citati.*

Multò minùs obsistit *l. planè. 34. §. sed hæc ita.* 4 *l.* 8 *sed si certos. 51. & l. si servus legatus. 108 §. qui quinq. 10. ff. de legat. 1.* ubi si testator centum, quæ in arcâ habet, sæpius legaverit, semel duntaxat legatum debetur: adeòque illa verba; *eo pretio, quod in arcâ habeo.* corpus sive speciem, non autem quantitatem designare videntur. *Illæ* namque leges non de emptione; sed de legatis, in quibus diversa est ratio, loquuntur. Cùm enim testator legat pecuniam, quæ in arcâ est, pecunia corporis locum obtinet: idque hanc evidentem ob causam: ne heres nimiùm oneretur, & eandem pecuniam sæpius præstare teneatur. Ast in contractu emptionis & venditionis pecuniam sive pretium, quod in arcâ est, pro quantitate sumi, ex prædictis clarescit. Et ita sentiunt *Alberic. & Salicetus in d. l. hac venditio. 7 §. 1 ff. de contrah. empt. Fabian. de Mont. in tract. de empt. & vendit in 5 quæst. princ. n. 34 Iohan. Igneus in l. 3. §. si conditione 31 n. 28. ff. ad senatuscons. Silan. Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit. 2. part. Rubr. c. 1. n. 2. & 3 Fachineus lib. 2. controversiar. jur. c. 1. Acacius Ant. de Ripoll variar. juris resol. cap. 11. num. 13 fol. 329. Bachovius in suis not. ad vol. 1. Treutl. disp. 28. th 6. lit. D. pag. 1074 & Hœnonius Disputat. 10. controvers. 7.*

Ex

Ex prædictis deducitur & infertur: quòd possit
9 fieri venditio tritici, vini, vel alterius rei, pro pretio,
quo communiter talis res in foro publico, tali die, vel
tempore vendi solet, *tradente Gomezio tom. 2. var.*
10 *resol. c. 2. numer. 9.* Atque hinc etiam, si inter aliquos
ita convenerit: ut quanti Titius rem æstimaverit, tan-
ti sit empta; quæsitum est, utrùm pretium certum sit,
an incertum; sive utrum valeat venditio, an non vale-
at? Et ex veteribus Jureconsultis alii aientem, alii ve-
rò negantem sententiam veriorem esse putabant. Ve-
rùm Justinianus Imp. eorum controversiam adhibi
to distinctionis fœdere decidit, statuitque: ut subsi-
11 stat emptio, Titio pretium definiente; non subsistat,
eo non definiente. Et hæc Imperatoris decisio extat
in l. ult. C. de contrah. empt. Cui non contradicit Vl-
piani responsum *in l. 1. §. 1. ff. de legat. 2.* ubi dicitur,
incertam quantitatem non esse, quando legatum in
alterius, puta Titii, arbitrium est collatum; nec cor-
ruere legatum, Titio non arbitrante: cùm arbitrium
pro boni viri arbitrio accipiatur: boni autem viri ar-
bitrium semper sit certum, nec conditionem habere
videatur. *Nam respondendum*: loqui Vlpianum de
ultimis voluntatibus, in quibus boni viri arbitrium
conditionem non habet. Aliud observatur in contra-
ctibus. Etenim qui sub arbitrio Titii contrahunt: illi
sub hac conditione, *si Titius arbitrabitur*, contractum
12 perfici cupiunt. Itaque eo non arbitrante, nihil actũ
intelligitur. *l. si quis arbitratu. 43 ff. de verb. oblig. l.
si coita 75. ff pro socio. l. si merces. 25. in princ. ff. locati.*
Diversitatis ratio hæc est: quia ultimæ voluntates be-
nigniùs pleniusq; sunt interpretandæ, quâm contra-
ctus. Qui igitur arbitratu Titii relinquit legatum;
is legatarium honorare voluisse, & non illud tantùm
arbitrium, quod Titius haberet, sed cujusvis alterius
boni viri arbitrium considerasse censetur. *d. l. 1. § 5. ff.
de legat. 2. l. ult. § 1. Cod. communia de legat. Heigius
in hoc §. nostro. num. 12.* Vide Vultejum *ad princip. h.
t. num. 47.* Bronchorst, *cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 50.
edit. 2.* & Althusium *lib. 1. Dicaeoleg. cap. 74. num. 23.
& seqq. pag. 255.*
13 Sanè non validam esse emptionem verosimilius
est: si contrahentes impersonaliter dixerint, sive con-
venerint: quòd electuri sint tertium, à quo pretii no-
mine concordentur: vel ut à bono viro pretium de-
claretur: vel quòd postea motus animi sui circa pre-
tium concordare velint. Sie wöllen sich des Kauff-
Schillings halb hernach vergleichen: vel ut res em-
pta maneat justo pretio, seu pro pretio, quod justum
declarabitur. *De quibus, & similibus casibus videan-
tur Pinelus in d. Rubr. C. de rescind. vend. part. 2. cap.
1. num. 4. cum multis seqq. Fachineus d. lib. 2. contro-
vers. jur. cap. 1. D. Bocer. class. 2. disput. 3. thes. 60. &
seqq. edit. 2 & in hoc tit. n. 147 pag. 384. Eman. Soa-
rez. in thesaur. recept. sent. in verb. emptio. numer. 132.
Hænon. d. disput. 16. controvers. 8. & 9. nec non Stu-
ckius part. 1. Exercitat. Instin. decad. 12 assert. 2. lit. b.*
14 *pag. 443.* Similiter non valet emptio & venditio:
si pretii quantitas in liberam alterius contrahentium
voluntatem conferatur; putà quanti velis, quanti æ-
quum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emptũ.

Hujusque ratio facilis est: quoniam hoc negocium est
sine obligatione: cùm possit emptor æstimare, vel nõ
æstimare, & rem habere emptam, vel non habere. *l.
quod sæpe. 35. §. 1. ff de contrab. empt. l. in vendentis. 13.
C. eod. Vultejus ad princip. hujus tit. num. 48. Morla in
emporio jur. part. 1. tit 9. quæst. 9. num. 8. Linglois de-
cis. Instin. 15. quæst. 2. fol. 152. Knipschildt exercit. A-
cad. 8. quæst 8. pag. 296.*
Nec hanc assertionem destruit, quod indicatur *in* 15
hoc § & d. l. ult. C. de contrab. empt. venditionem vale-
re, si quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii,
hicque pretium definierit: ac proinde idem pretium
in arbitrium alterius contrahentium; conferri posse.
Respondetur enim, hæc longè diversa esse: quia in per-
sonam tertii seu extranei ideo potest collocari æsti-
matio sive definitio pretii: quoniam verisimile est, ter-
tium istum statuturum esse pretium æquum & mo-
deratum: at non æquè probabile est, alterutrum con-
trahentium pretium æquum, sed potiùs sibi maximè
commodum arbitraturum. Cùm itaque utrobiq; 16
diversa sit ratio: nulla inde fieri potest valida illatio,
*l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. inter stipulantem 83.
§ sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig.
& similibus.*
Neque etiam eandem assertionem infringit *l. in* 17
personam. 22. § 1 ff de reg. jur. ubi generaliter proban-
dum dicitur: ubicunque in bonæ fidei judiciis quid
confertur in arbitrium domini, hoc est, contrahentis,
pro boni viri arbitrio id habendum esse. *Regula* nam-
que illa accipienda est eo de casu, ubi adminicula con-
tractûs in arbitrium alterius ex contrahentibus con-
feruntur. Accidentalia siquidem venditionis confer-
ri possunt in arbitrium contrahentium: & tunc recur-
ritur ad arbitrium viri boni, sive quis nullo modo ar-
bitretur, sive arbitretur, sed iniquè. Unde subsistit hæc
venditio: *Vendo tibi servum, si rationes arbitrio meo
sive domini reddiderit.* Quæ conditio non utiliter ad-
jicitur emptioni, & pro eo habetur, ac si viri boni ar-
bitrium in emptione comprehensum esset *l. hac ven-
ditio. 7. in princ. ff. de contrab. empt.* Sic in societate
constitutio partium lucri & damni, ut & in locatione
operis approbatio, in arbitrium contrahentium, tan-
quam viri boni, conferri potest. *l. societatem. 76. &
seqq. ff pro socio. l si in lege. 24. in princ. ff. locati*: cùm
& sine illis locatio & societas contrahi queat. Cæte-
rum substantialia contractûs, ut pretium in emptione,
merces in locatione, in arbitrium cõtrahentium con-
ferri neutiquam possunt. *Bronchorst. cent. 1. Miscel-
lan. controvers. assert. 67.* An porrò & quatenus et-
iam iniquo arbitri arbitrio sit standum: an item eo nõ
definiente, contractus corruat, seu retrò ab initio non
valuisse censeatur, *post alios, quos citat*, explicat copio-
sè Hunnius *in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quæst.
41. pag. 188. & seq.*
Quæri hic forsan non intempestivè poterit: utrùm 18
in pretio emptionis liceat contrahentibus naturaliter
invicem se circumscribere & circumvenire? Et natu-
raliter, id est, ex jure gentium & naturâ contractûs li-
cere, legibus expressum est. *l. in causa. 16. §. penult. ff
de minorib. l. item si pretio. 22. §. fin. ff. locati. l. si volun-*
tate.

tate.8.C.de rescind.vendit. & l.si heres.3.in princ. ff. ad leg. Falcid. Nec obstat, quod objectatur; contra naturam esse, quenquam cum alterius damno & jacturâ fieri locupletiorem. *l.nam hoc natura.14. ff. de condict.indeb l.jure succursu.6.in fin.ff. de jure dot. l. jure natura.206 ff.dereg.jur.c.locupletari.48.eod. in 6.* & contra iustitiam commutativam illud esse, quæ æqualitatem in re & pretio exigit, *docente Aristotele lib.5.Ethic c.5.& 1.politicor. cap. 6.* item contrariari præcepto juris,quod alterum lædere prohibet.*§.juris. 3.sup.de just.& jur.l.justitia. 10. §. 1. ff. eod.* nec non auctoritati sacrarum literarum. Sic enim disertè D. Apostolus Paulus *ad Thessalonicens.c.4 v.6.* scribit: *Ne quis circumveniat in negocio fratrem suum: quoniam vindex est Dominus de his omnibus.* Et idem Apostolus *1. Corinth. 6. v. 8. & 9.* ait: *Injusti veluti qui damnum inferunt fratribus, regni Dei hereditatem non consequentur.* Hæc,inquam, & similia non obstant. Nam circumscriptio & circumventio sive læsio isthæc nequaquam eò usque extenditur,quasi & fraudare & decipere & lædere dolosè aut malevolè
20 alium permittatur. Ius quippe nostrum (quod est ars boni & æqui, *definitore Celso in l. 1. in princ ff. de just. & jur*) nihil quicquam magis, quàm dolum malevolamvè deceptionem,aversatur. *l.3.§.ult.ff.pro socio.l.& eleganter.7.in princ.ff. de dol. mal. l. si quis cùm aliter. 36. ff.de verb. obligationib. & similibus.*
21 Deceptio igitur seu circumventio ea tantùm hîc intelligi debet,quæ citra fraudulentum contrahentium consilium,aut grandem jacturam, re ipsâ & incuriâ ipsorum contingit:quæ ut licita sit; naturalis,hoc est,
22 juris gentium ratio exposcit. Nec siquidem sine contractibus magis humana societas potest conservari, quàm si esum potumq; eis subtraxeris,*arg. l. 1. ff. de contrah.empt.* At circumventionem illam si sustuleris: contractuum vigorem,& commerciorum frequentiam ut tollas, adeòque civilem societatem perturbes,necesse est. Quotus n. quisq; si exacta ista & mathematica pretii æqualitas ita anxiè & scrupulosè observanda foret, contractus iniret,aut commercia frequentaret? Quis facilè rem suam per emptionis & venditionis contractum communicaret, si paulò majori vel viliori pretio emptionem protinus rescin-
23 dendam diceres? Hic etenim omnium est animus,vili emere, carè vendere: cùm emptor quidem viliùs comparandi, venditor verò cariùs distrahendi voto semper tangantur. *d l.si voluntate.8.ibi,& quod emptor viliore comparandi, &c. C. de rescind. vendit.* Vnde & jure canonico contractus, in quo deceptio intra dimidiam justi pretii intervenit,toleratur,*c.cùm dilecti.3. de empt. & vendit.* Et meritò sane. Aliàs namq; nulla conventio securitatem præstaret; neque ullus litium esset finis: quod jura maximè abhorrent & execrantur. *l.singulis.6.ff.de except rei judic. l. item si res 4.§.1.ff de alienat.judic. mutand. caus.facta. l. quidam existimaverunt.21 in fin.ff.de reb.credit. l. 1. §.inde quæritur.10.ff. de oper. novi nuntiat. l. properandum.13.in princip.C.de judic.initio tit.infr. de pœna temerè litigant.*
24 Nec ei,quod dictum est, permittendam esse circumventionem re ipsa contingentem, repugnat Vlpiani responsum, asserentis: nihil interesse emptoris, cur fallatur,ignorantiâ venditoris,an calliditate. *l.1.§. 2.ff.de ædil.edict.* Quod enim Vlpianus ait,nihil interesse; ignorantiâ, an calliditate fallatur emptor: ita accipiendum est; modò deceptio illa circa rem ipsâ, non verò circa rei pretium, versetur; ut ex ipsa formulâ ædilitii edicti enitescit. Nam circumventio illa, quâ in contractu emptionis sustineri posse diximus, nihil aliud, quàm pretii excessum aut defectum aliquem spectate debet: alioqui dolo quaquâ ratione interveniente,vel nullus contractus redditur, vel de dolo, aut etiam ex eodem contractu actione,circumscripto succurritur. *d.l.& eleganter.7.in princ.& § ult. & l. servus.20.in fin.& l.cum à te.25 ff.de dol.mal.l.ex empt. 11.§.si quis virginem.5 & l. Iulianus.13.§.si venditor. 4 ff.de actionib.empt.l si dolo.5.C. de rescind. vendit.* Quin etsi dolus malus non intervenerit; tamen ob 25
immodicam,pretii defectûs excessusvè ratione,læsionem, contractus rescinditur. *l. penult. ff. de rescind. vendit.& l.2.C.eod.* Illud ergo, quod quis cautius avidiùsque in contrahendo jure suo utens lucrum captat,quamvis lex circumscriptionem appellitet. *d. l. in causa.16.§.pen.ff.de minorib. & d.l. item si pretio. 22.§.ult.ff.locat.* haud aliter tamen,quàm dolus bonus sive solertia quædam dici poterit; cùm hæc non ini- 26
qua sit & malitiosa deceptio, quæ à machinatione & fraude abest, *l.1.ff. de dol mal.* Sed videantur eâ de re *Molinæus in tract.de usur quæst.15.n.170.cum seq. Oldendorp.class.4.act.1.tit.quid veniat in has actiones. § permittunt pag.482.Covarruv lib.2. variar resol. c.3.n.2.Gaspar Rodericus in tract.de annuis & menstruis reditib.lib.1.quæst.11.num.5.cum seqq.Petr.Augustin.Morla in empor.jur.part.1.tit.9.q.8.Arumæus Exercitat.Iustin.14.thes.5.Ioan.Robert. lib.3.sentent. jur c.12 circa.fin.Bronchorst.cent.2. ἐναντιοφανῶν. assert.52.ed.2. Ant.Fab.in error.pragm.decad.9 error.1. Celsus Bargalius.in tract.de dolo.libr.2. cap. 2. tit. de dolo ex proposito,& c.n.13.cum seqq.pag. 148. & 167. & aliquot seqq. Eberhard.Speckhan.cent.2.class.2.q. 13.Hunnius in resolut.ad.Treutler.vol.1.disp.29.th.3. q.9.pag.1757.& vol.2.disp.2.q.8.pag.124.Petr. Gregor.lib 21.Syntag.jur.c.13.n.2.Iohan.Schroter.d.atribar domesticar.decad.8 q.2.Tiraquellus de legib.connubialib.leg.9.n.7.& seqq Frantzkius exercitat. jurid.11. quæst.3. Antonius Merenda lib.1. controvers. jur.cap.33 pag.47.Knipschildt exercitat. Academ.1. quæst.7.p.23. Marstaller. in dissertat.de divitiis.part. 3.c.14 pag. 227.aliique plures, ab illis cumulati.* Quibus addendus est Dn.D. Andreas Osiander, Vniversitatis hujus Cancellarius olim dignissimus, Affinis meus perhonorandus,*in d.c.4.ad Thessal.v.6.* ubi ex D. D. Hunnio,eximio illo Theologo notat: quòd Paulus *allegato loco* negocia & contractus Thessalonicensibus concedat: dummodo sibi à violentâ oppressione & defraudatione aliorum temperent. In quæstionem & illud non inscitè vocatur: utrum sit tutus in conscientia,qui emit nummo aureo gemmam à rustico ignaro valoris gemmæ,protestans,se nolle plus dare, etiamsi gemma mille aureos valeat, seq; velle exces-

ſum retinere titulo donationis? Et eum non eſſe in conſcientiâ tutum, haud abſq; ratione reſpondetur. Tum quia ſicut res non poteſt pluris vendi, quàm valeat: ita neq; poteſt minoris emi, invito venditore. Tum quia ruſticus involuntariè donat, cum ignoret gemmæ valorem: ad validam autem donationem requiritur perfecta voluntas. Secus dicendum eſt, ſi uterq; valorem ignoret, & emptor eum dictâ proteſtatione emat gemmam uno aureo. Tunc enim uterq; init contractum ſortis, ſeq; periculo exponit lucri & damni. Contractus autem ſortis licitus eſt: cùm uterq; contrahens æquali periculo ſeſe exponat. Ita, *poſt Molinam, Valentiam, Rebellum, & alios*, concludit Martinus Bonacina *in tract. de contractib. & reſtitut. diſp. 3. quæſt. 2. punct. 4. num. 6. pag. 398.*

§. *Item pretium.* II.

Item pretium in numeratâ pecuniâ conſiſtere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium eſſe poſſet, valde quærebatur: veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium eſſe poſſet. Et Sabinus & Caſſius etiam in aliâ re putabant pretium poſſe conſiſtere. Vnde illud eſt, quod vulgò dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi, eamq; ſpeciem emptionis & venditionis vetuſtiſſimam eſſe: argumentoque utebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partẽ exercitus Achivorum vinũ ſibi comparaſſe ait permutatis quibuſdã reb⁹, his verbis:

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσι,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Id eſt:

Hinc ſibi certatim gentis de more comati
Vina parant Graij ære dato, fulgenteq; ferro,
Tergoribusq;, bobus ſed & ipſis, mancipiisq;.

Diverſæ ſcholæ auctores contrà ſentiebant: aliudq; eſſe exiſtimabant permutationẽ rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non poſſe rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res veniſſe, & quæ pretii nomine data eſſe. Nam utramque videri & veniſſe, & pretii nomine datam eſſe, rationẽ non pati. Sed Proculi ſententia, dicentis, permutationem propriam eſſe ſpeciem contractûs à venditione ſeparatam, meritò prævaluit: cũ & ipſe aliis Homericis verſibus adiuvaretur, & validioribus rationibus argumentaretur: quod & anteriores divi Principes admiſerunt, & in noſtris Digeſtis latiùs ſignificatur.

SVMMARIA.

1 *Pretium an in pecuniâ numeratâ conſiſtere deberet, inter veteres Juriſconſultos non conveniebat.*
2 *Homeri magna ſemper fuit auctoritas.*
3 *Permutatio quibus modis differat ab emptione.*
4 *Res aliena vendi poteſt.*
5 *Si quis alteri certâ pecuniâ quippiam vendat, & poſtea inter eos conveniat, ut pro pecuniâ aliud quid præſtetur, emptio ſubſiſtat.*
6 *Cujuſque negotii principium maximè inſpiciendum.*
7 *Si ex unâ parte res, ex alterâ res & pretium ſimul detur; qualis contractus ſit, diſtinctione explicatur.*
8 *Quoties de nomine contractûs ambigitur, danda eſt actio præſcriptis verbis.*
9 *An is, qui vendere promiſit, pretioq; accepto rem tradidit, nullâ tamen venditione factâ, dominium rei in accipientem transſerat.*
10 *Emptio & venditio ſolo contrahentiũ conſenſu perficitur.*
11 *Ex factis voluntas perinde elucet, ac ex verbis.*
12 *Promiſſio de vendendo an & quatenus ſit venditio.*
13 *Nudâ traditione non transfertur dominium.*
14 *Ecquid res ab aliquo empta ex pecuniâ meâ ad me pertineat.*
15 *Res, ex dotali pecuniâ à marito comparata, marito acquiritur.*
16 *Mens & intellectus l. res, quæ 54. ff. de jure dot.*
17 *Pretium, ex re furtivâ redactum, non eſt furtivum.*
18 *Conſideratio l. ſi, ut proponis. 8 C. de rei vindicat.*
19 *Fundus, communi nomine emptus, an & quatenus ſit communis.*
20 *Res empta ex pecuniâ meâ, ad hoc ſpecialiter mutuatâ, regulariter mihi obligata non eſt.*

PRimam pretii qualitatem ſeu notam, ut videlicet id certum ſit, *ſuprà §. proximè* expoſuit Imperator 1 hîc ſubjungit alteram, ut in pecuniâ numeratâ conſiſtat. De hac inter diverſarum, in jure civili ſectarum auctores, Sabinianos ſcilicet & Proculianos, non levis erat diſceptatio. Sabiniani namque exiſtimabant, non ſolùm in pecuniâ numeratâ, ſed etiam in aliâ re pretium conſiſtere poſſe: & duobus potiſſimùm adjuvabantur argumentis. Primum erat petitum à proverbio, quod vulgò jactabatur: permutatione rerum emptionem contrahi, hoc eſt, emptionem fieri rebus inter homines permutandis & communicandis. Alterum ab auctoritate Homeri & antiquitate erat de- 2 ſumptum, quo probare conabantur, emptionem apud veteres etiam aliis rebus, quàm pecuniâ, fuiſſe factam. Homerus quippe refert *lib. 7. Iliad. circa finem*: Græcos vinum emiſſe ferro, ære, corio, bobus mancipiis, &c. Atque hinc obſervandum eſt: magnam ſemper apud veteres fuiſſe Homeri auctoritatem, non modo in ſcholis, ſed & in foro, & controverſiis civilibus: adeò, ut Solon dicatur aliquando in judicio uno verſu Homerico eviciſſe, Salaminem inſulam fuiſſe Athenienſium: *ut ad verbum notavit hic Mynſingerus n. 9. ex Balduino, cujus tamen nomen, ut alibi non rarò, ita & hoc loco ſuppreſſit.* Contra Proculiani ſtatuebant, emptionem nõ eſſe permutationem, 3 ſed ab eâ multùm differre: idque demonſtrabant his rationibus. Primùm quia ſequeretur, ut non poſſet diſcerni pretium à re venditâ, ſi pretium etiam extra pecuniam numeratam eſſet: ſive quia ſequeretur, ut una eademq; res eſſet & merx & pretium: quod eſt abſurdum, *ut hic in verſ. nam utramq; videri, &c.* Deinde ad perfectionem emtionis res & pretium requiritur. *l. 1 in princ. l. 2. §. 1 l. nec emptio 8. ff. de cõtrahend. empt.* At permutatio ex iis non conſiſtit: cum in eâ res à pretio diſtingui nequeat. *l. 1. ff. de rer. permutat. d. l. 1. §. pen. in fin. ff. de contrahend. empt.* Tertiò, emptionem nudo conſenſu fieri, certo certius eſt. *d. l. 1. §. ul. ff. d. t. l. 2. in pr. ff. de oblig. & act. initio. t. ſup. de obligationib. ex conſenſ.* Permutationem autem re & facto contrahi, indubitatum eſt. *d. l. 1. §. 2 ff. de rer. permut.*

permut.l.2. & l. ex placito 3. C. eod.t. Quartò isthæc sententia etiam aliis versibus Homericis (qui referuntur hîc à Theophilo, *ex lib. 6. Iliados,* de celebri permutatione Glauci & Diomedis, & diligentissimè explicantur à Tiraquello *in Comment. de retraict. lignagier. §. 30 gl 1.n.17. & seqq.)* confirmatur, quibus permutatio ab emptione manifestè distinguitur. Versus autem illi ita se habent:

Ενθ' αὖτε γλαύκῳ κρονίδης φρένας ἐξέλετο Ζεὺς,
ὃς πρὸς τυδείδην διομήδεα τεύχε' ἄμειβεν
χρύσεα χαλκείων, ἑκατόμβοι' ἐννεαβοίων.

Id est:

Iupiter eripuit mirè hîc præcordia Glauco,
Qui aurea Tydidæ mutaverit arma vicissim.
Pro factis ex ære, bovesq; valentia centum.

Quintò in permutatione res utrinque accipientis fieri, sive dominiū utrinq; transferri debet: cùm constitui ibi non possit, quid pretium sit, quid merx. *d.l.1. ff. de rer. permutat.* in venditione secus est. Nam emptor quidem cogitur nummos seu pretium facere venditoris: at venditor non tenetur omnino rem venditam dare, hoc est, ejus dominium transferre, sed tantùm tradere. *l. ex empto. 11. §. 2 ff. de actionib. empt.*
4 Ideoque rem etiam alienam vendi posse, nulla dubitatio est. *l. rem alienam. 28. ff. de contrah. empt.* Et hanc differentiam attigimus suprà *ad principium hujus tit. n. 28.* Et de eâdem consulantur *Antonius Faber lib. 6. conjectur. jur. civ. c. 9. Wesenb. in Paratit. ff. de permut. n. 4. & 9. Connanus lib. 7. Comment. jur. civil. c. 5. n. 2. Cujac. lib. 23. observat. c. 28. & Iul. Pac. cent. 5. ἐναντιοφανῶν. quæst. 22.* Deniq; emptio contractus est nominatus. *d.l.1. §. 2. in fin ff. de rer. permut. & explicatum suprà ad principium nostri t. n. 12.* permutatio verò innominatus. *D. Valt. lib. 1. Iurispr. Rom. c. 41. n. 10. & seqq.* ubi rationem, cur permutatio dicatur contractus innominatus, cùm tamen videatur nomen habere satis appositum & elegans, acutè reddit: quam & nos secuti sumus *in §. actionū autem. 28. infr. de actionib. n. 21.* Tametsi Accursius, & Azo, *n. 1.* Iason *n. 1. & 2.* Sichardus *n. 3.* & cæteri *in rubric. tit. Cod. de rer. permutat.* dissentiant. Atq; hæc Proculianorum sententia, utpote validioribus rationibus, modò expositis suffulta, & à Jurecconsultis posterioribus & Imperatoribus comprobata fuit. *d.l.1. § penult. ff. de contrah. empt. & l. penult. C. de rerum permutat. Vide Hunnium in resolut. ad Trentler. vol. 2. disp. 2. quæst. 40. pag. 187. Ungepaur. exercit. Instit. 12. quæst. 5. pag. 454. ed. ult. & Thomam Manlium in tract. de permutat. tit. 2. num. 5. & 6.*

5 Hîc porrò diligenter notandum: quòd, si quis alteri certâ pecuniâ quippiam vendat, & postmodum inter eos conveniat, ut vel pro pecuniâ frumentum, aut vinum, aliudvè simile, detur; vel venditoris nomine emptor quid faciat: nihilominùs emptio contracta reputetur. *l. pretii. 9. C. de rescind. vendit.* Fürstl. Würtemb. ernewert Landrecht/*part. 2. tit. 9. pag.* 264 §. Vnd ob wol/ꝛc. Ejusquè ratio est: tum quia contractus emptionis ab initio rectè constitutus, pacto vel postea, vel etiam in continenti adjecto, non vitiatur, nisi eo pretium penitus tollatur. *l. pacta con-*
6 *venta. 72. ff. de contrah. empt.* Tùm quia cujusque negocii principiū maximè spectandum; & à primordio tituli posterior formatur eventus, *arg. l. quid ergo. 13 ff. de his, qui not. infam. & l. 1. C. de imponend. lucrat. descript.* Atq; ita sentiunt *Pinelus ad rubric. C. de rescind. vend. part 2. c. 1 n. 16. Mozzius in tract. de empt. & vendit. tit. de substantialib. emption. n. 13. Heigius in hoc §. n. 4. Fomannus disp. 22. thes. 8. ad lit. c. & Hilliger. in Donello enucleat. lib. 13. c. 1, lit. k.*

Quid autem dicendum, si ex unâ parte res, ex alterâ res & pretium simul detur & interveniat: eritnè permutatio, an venditio? Hæc quæstio brevissima hac distinctione resolvenda est: Aut constat, quid principaliter agere voluerint contrahentes: & secundùm horum mentem, vel venditio erit, vel permutatio, *arg. l. si in emptione. 34. ubi Bartol. & Dd. communiter. ff. de contrah. empt.* Aut non constat, & incertum est, ad quod contractûs genus respexerint contrahentes: & tunc magis est, ut in dubio contract⁹ innominatus judicetur. *l. 1. 2. & 3. ff. de præscript. verb. & l. 1 ff. de æstimatoria act.* ubi generalis hæc proponitur regula: 7
Quoties de nomine contractûs alicujus ambigitur: dandam esse actionem præscriptis verbis, & consequēter contractum innominatum esse accipiendum. 8 Licèt autem Dominus Collega Bocerus *hîc n. 126. pag. 382.* hanc regulam in prædicto casu nullum sibi vindicare locum putet: attamen hæc ipsius opinatio idoneo destituitur fundamento. Nam utique dubiū est, qualis hîc contractus celebratus sit. Illud quidem certum est, negocium esse contractum: at quale id sit, dubitatur. Quemadmodū ergo *in d. l. 1. ff. de æstimator. act.* datur actio præscriptis verbis hac de causa, quòd fuerit dubitatum; sit ne emptio-venditio, an locatio conductio, an mandatum, quando res æstimata vendenda datur: ita nulla potest satis firma afferri ratio, cur non idem sit dicendum in proposito negocio, de quo itidem dubitatur, sitne ad emptionem venditionem, an ad permutationem referendū. Sed inspiciantur *Gomezius tom. 2. var. resolut. c. 2. n. 10. D. Martin. Rümelin. dissertat. 25. ad Institut. th. 3. sub lit. d. pag. 131. Hænonius disput. 16. controvers. 14. & Pinelus ad d. Rubric. C. de rescind. vend. part. 2. c. 2. num. 1. & aliquot seqq ubi post alios, quos recenset, quæstionem hanc exactissimè pertractat.* Videatur item Faebineus *libr. 2. controversiar. jur. c. 44.* ubi eadem de quæstione quinque diversas opiniones recitat. Adde Philippum Knipschildt *exercitat. Acad. 12. quæst. 8. pag. 422.*

Insignis hîc occurrit controversia de eo, qui vendere promisit, pretioque accepto rem tradidit, nullâ ta- 9
men venditione disertè factâ; an dominium rei in accipientem transtulerit? Et (nihil remorante contrariâ Jasonis sententiâ *in l. si ante 6. ff. soluto matrim. & cons. 117. lib. 1.)* longè probabilius ac receptius est: dominium rei in accipientem translatum, atque adeò venditionem perfectam censeri. Idque ex eo manifestè probatur: quòd emptio & venditio solo contrahentium consensu perficitur. *l. 2 in princ. & l. in quibuscunque. 48. ff de obligat. & act. cum similib.* Atqui proposito in themate adest contrahentiū cōsens⁹, 10
ut ex factis ipsis, nēpe ex rei tradit. & pretii solutione

patescit. Ergo venditio perfecta, & dominium trans-
11 latum esse videtur. Ex factis siquidem voluntatem &
consensum perinde elucere, ac ex verbis, non dubium
est. *l. de quibus. 32. §. 1. vers. nam quid interest. ff. de le-
gib. l. recusari. 95. ff. de acquir. vel omit. heredit.*

12 Non obstat, quòd promissio de vendendo non sit
venditio: ac propterea nec dominium per eam trans-
feratur: sed tantùm actio personalis contra promit-
tentem concedatur. *l. si sterilis. 21. § si tibi fundum. 4.
ff. de actionib. empt. l. qui fundum. 40. ff. de contrah.
empt.* Nam verum quidem est, aliud esse venditionem,
aliud pactum sive promissionem de vendendo, si nihil
aliud concurrat, & in simplici promissione manea-
mus. Sed in præsenti specie sunt circumstantiæ, quæ
venditionem constituunt, nempe pretii solutio & rei
traditio, ex quibus venditio efficitur. Nec enim ea
verbis, sicuti stipulatio, opus habet. *l. 1. in princ. ff. de
verb. obligat.*

13 Sic quoque non adversatur; quòd nudâ traditione
non transferatur dominium, sed causa idonea & justa
ad translationem dominii requiratur. *l. nunquam nu-
da. 31. ff. de acquir. rer. domin.* Etenim nostro in casu
non est nuda traditio; sed potiùs justâ venditionis
cujusdam tacitæ causâ vestita: quæ venditio ex tra-
ditione factâ, & numeratione pretii resultat. *Atq; ita
tradiderunt Socinus in d. l. si ante. 6 ff. solut. matrim.
Decius consil. 614. colum. 3. in princ. Franc. Curt. Iun.
cons. 82. colum. 2. v. confirmantur, &c. Carol. Ruin.
consil. 57. colum. pen. vers. non obstat insuper. lib. 1. &
consil. 48. colum. 3. n. 9. eod. lib. 1. & consil. 47 col. 3. n. 5.
lib. 4. item Bald. consil. 451. lib. 2.* ubi ex facto inter-
rogatus, respondit; promissionem vendendi, secutâ
rei traditione, & numeratione pretii, esse venditionem
consummatam. Quos omnes refert & sequitur Tira-
quellus *de retract. conventional. §. 36. ad finem c. gl.
2. nu. 83. & seq.* Quibus subscripsit etiam Fachineus
lib. 2. controvers. jur. cap. 5.

14 Est & illa non contemnenda quæstio: an res ab ali-
quo empta ex pecuniâ meâ, sit mea; adeò, ut à me
vendicari possit? Et negativa conclusio optimè defen-
ditur *per l. si ex ea pecunia. 6. C. de rei vindicat. l. si
patruus. 4 C. communia utriusq; judicii, &c. l. etsi de
15 tua. 9. C. de donation. inter vir. & uxor.* Vnde res,
quæ ex dotali pecunia à marito comparata est, non
est dotalis; nec uxori, sed marito acquiritur, *l. ex pe-
cunia. 12. C. de jure dot. l. ult. C. de servo pignori dato
manumiss. Knipschildt exercitat. Acad. 8. quæst. 9 pag.
16 297.* Isti conclusioni non obloquitur *l. res, quæ 54. ff.
de jure dot.* ubi habetur; res, quæ à marito compa-
ratæ sunt ex pecuniâ dotali, dotales videri, sive mulie-
ris esse, cujus pecunia fuit. *Datur* enim mulieri utilis
vindicatio, si maritus ex ejus pecuniâ dotali rem ali-
quam emit, eo demum casu, quando maritus non est
solvendo: ne mulier dotem amittat. *arg. l. uxor mari-
to. 51. in fin. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Alioqui
tantùm competit uxori, contra maritum pro restitu-
endâ pecuniâ, de dote actio, *Costal. ad d. l. res, quæ.
ff. de jur. dot. Cujac. lib. 5. observat. c. 23. hosq; refe-
runt Broncherst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 65. edit. 2.*
Præterea probabiliùs dici poterit, dictam *l. 54. ff. de ju-
re dot.* accipiendam esse eo de casu, quo maritus ex
pecuniâ dotali rem non suo, sed uxoris nomine com-
paravit. Tum etenim quantumvis certum esset, rem 17
uxori acquiri: dubitabatur tamen adhuc, an ea res
dotalis fieret. Videbatur quippe, dotalem eam non
fieri: quia post dotem constitutam acquisita fuisset,
quamvis ex pecuniâ dotali: sicut nec pretium, ex re
furtivâ redactum, furtivum dicimus. *l. qui vas. 48. §.
ult. ff. de furt.* nec rem pignoratam vocamus, quæ ex
nummis pignoratis empta est. *l. idemq; 7. §. ult. ff. qui
potior. in pig. hab.* nec communem usuram appella-
mus, quæ ex communi pecuniâ ab altero ex sociis
proprio nomine fœnerata debetur. *l. si unus. 67. § 1. ff.
pro socio.* Ac sanè dotalis reverâ non est res, quæ ex do-
tali pecuniâ empta est; sed tamen videtur esse, ut per-
indè ac si in dotem data esset, dotis judicio peti possit.
Ant. Faber lib. 5. conjectur. jur. civil. c. 9.

Similiter non resistit textus *in l. si, ut proponis. 8. C.* 18
de rei vindicat. ubi res empta pecuniâ militis; non
ementis, sed ipsius militis efficitur. *Nam* id speciali
militiæ favore receptum esse, non obscurè relucet *ex
d. l. 8. & ibidem Gothofredus disertè notat.* Idemque
in re emptâ de pecuniâ pupilli, minoris, furiosi, pro-
digi, Ecclesiæ, & similiũ, obtinere plerīq; docuerunt,
*arg. d. l. idemq;. 7. in pr. ff. qui potior. in pig. vel hypoth.
hab. l. 2. ff. quando ex facto tutoris, &c. l. ex facto. 52.
v. planè si ex re pupilli. ff. de pecul. l. si curator. 3. C. arbi-
trium tutel. l. etsi tutores. 2. C. quando ex facto tutoris
vel curatoris minores agere vel conveniri poss. Accurs.
Bartol. Bald. Paulus de Castro, & reliqui in d. l. si pa-
truus. 4. C. communia utriusq; judic. & in d. l. si ut pro-
ponis. 8. C. de rei vindicat. Anton. de Fano. in tr. de pig-
norib. in 4. membr. 2. part. num. 163. & alii complures,
quorum opiniones refert, & fusissimè declarat. Ale-
xand. Trentacinquius variar. resolut. lib. 3 resolut. 1. de
empt. & vendit. n. 5. & seqq.* Eandem rem dilucidè &
eleganter explicat Hartman. Pistoris *lib. 1. quæstion. jur.
q. 7. nec non Elias Reberus disput. 17. th. 1.* Tametsi di-
versam propugnare conetur sententiam Ant. Faber. *d.
lib. 5. conjectur. cap. 9.*

Sanè si fundus communi nomine sit emptus, nec 19
constet, ex quâ pecuniâ: probabilius est, istum fundum
non esse communicandum, nisi priùs pretium ipsi
emptori refundatur: quoniam in dubio semper res
ex pecuniâ solventis empta præsumitur, *arg. l. si ven-
tri. 9. (in Gothofrediano corpore est l. 24. ff. de reb. auct.
judic. possid.) ff. de privileg. creditor.* Et hanc veram, 20
magisq; communem esse opinionem, testatur Tren-
tacinquius *d. lib. 3. resolut. 2. de empt. & vendit. n. 1. ubi
eam explanatiùs persequitur.* Tandem & illud hîc non
omittendum: quòd res empta ex pecuniâ meâ, ad hoc
specialiter mutuatâ, non sit mihi creditori obligata;
nisi specialiter hoc cautum sive conventum fuerit. *l.
quamvis. 17. ibiq; Bald. C. de pignorib. & hypothec.* At-
que hæc sententia verior, & frequentiori calculo rece-
pta videtur, *juxta Didacum Covarr. lib. 1. variar. re-
sol. c. 7. n. 3. Petrum Aug. Morla. part. 1. emporii jur. tit.
9. in præmiss. n. 101. & Trentacinquium. d. lib. 3. resolut.
15. de empt. & vendit. n. 6. ubi utrâq; in partem plures
Doctores cumulat, & pronunciatum nostrum copiosè
pertractat.*

§. Cum

§. Cùm autem emptio. 3.

Cùm autem emptio & venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatq; de pretio convenerit, cùm sine scripturâ res agitur) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaq; si homo mortuus sit, vel aliquâ parte corporis læsus fuerit; aut ædes totæ, vel aliquâ ex parte incendio consumptæ fuerint: aut fundus vi fluminis totus, vel aliquâ ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longè minor aut deterior esse cœperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licèt rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpâ venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit: ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quòd si fugerit homo, qui venit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenerit: animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sanè enim si susceperit: ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit; securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisq; rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti & de damni injuriæ actione.

SUMMARIA.

1 *Perfectâ emptione & venditione, periculum rei venditæ statim ad emptorem spectare, licèt rei ei nondum sit tradita, solidissimis argumentis demonstratur.*
2 *Contraria Cujacii, ejusq; assectarum opinio rejicitur.*
3 *Jus definitur ars æqui & boni.*
4 *In omnibus rebus æquitas spectanda.*
5 *Commodum qui sentit, etiam incommodum sentire debet.*
6 *In contractu emptionis nihil, nisi dolus & culpa præstatur.*
7 *Quando emptio & venditio perfecta censeatur, triplici distinctione resolvitur.*
8 *Emptio pura statim, conditionalis impletâ demum conditione, perficitur.*
9 *Cur damnum particulare, ante conditionis eventum, ad emptorem; interitus autem totius rei ad venditorem pertineat.*
10 *Emptio sine scriptis perficitur solâ conventione: in scriptis verò, instrumento ritè confecto.*
11 *Rerum, quæ pondere, numero, mensurâve constant, venditio quando perfecta intelligatur.*
12 *Si vinum certum in specie venditum sit, ad quem periculum spectet.*
13 *Res unaquæque suo domino perit.*
14 *Traditionibus, non nudis pactis, rerum dominia transferuntur.*
15 *Damnum, quod quis suâ culpâ sentit, sentire non creditur.*
16 *Quatenus res suo domino perire dicatur.*
17 *Casus fortuitus à nullo debitore præstatur.*
18 *Explicatur l. si fundus. 33. ff. locati.*
19 *Exponitur l. lectos. 12. ff. de peric. & com. rei vendit.*
20 *Instantia D. Boceri refellitur.*
21 *Consideratur l. quod si neque. 14. §. 1. ff. d. tit.*
22 *Enarratur l. si soluturus. 39. ff. de solutionib.*
23 *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.*
24 *Enucleatur l. final. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.*
25 *Fructus, ex re venditâ per venditorem, qui nondum tradidit, percepti, emptoris lucro cedunt.*
26 *Operæ servi fructibus æquiparantur.*
27 *Consideratio l. Julianus. 13. §. venditor. 20. ff. de actionib. empti.*
28 *Argumento à contrario sensu, quando nullus relinquatur locus.*
29 *Resolvitur l. curabit. 5. Cod. de actionib. empti.*
30 *Venditor quas actiones emptori cedere & præstare teneatur.*
31 *Venditor ante traditionem adhuc dominus manet.*
32 *An fructus rei venditæ, ante solutum precium, ad emptorem pertineant.*
33 *Emptor tenetur venditori ad usuras precii nondum soluti.*
34 *Intellectus tit. 17. §. ex die emptionis. lib. 2. sentent. Pauli.*
35 *Sententia l. ult. §. 1. ff. de fundo dotali.*
36 *Venditor ipsam rem venditam, nedum fructus, pignoris loco retinere potest.*
37 *Mens & consideratio d. l. Julianus. 13. §. 8. & l. qui pendentem. 25. ff. de actionib. empt. & similium.*
38 *Quæ remedia competant venditori, contra emptorem, precium non solventem.*
39 *Emens scienter rem alienam nunquid, re evictâ, ad restitutionem precii agere possit.*
40 *Scienti & volenti nulla injuria, nullusq; dolus infertur.*

PErfectâ emptione & venditione, periculum rei 1 venditæ statim ad emptorem pertinet, licèt ei res nondum tradita sit, *per textum clarissimum hujus §. nostri. l. id, quod post 7. l. necessariò. 8. l. si vendita. 11. ff de peric. & commod. rei vend. l. quod sæpè. 35. §. si res. 4. ff de contrah. empt. l. 1. 4 & 5. C. de peric. & com. rei vendit. l. sicut. 12. l. fructus. 13. & l. penult. C. de actionib. empt. l. si apud. 3. C. de adilit. actionib.* Itaque si res vendita læsa, combusta, consumpta, aliâve ratione extincta fuerit: emptor non modò ad id, quod interest, adversus venditorem agere non potest: sed & pretium, si nondum solvit, venditori nihilominùs præstare compellitur: si verò solvit, illud à venditore repetere nequit. Id quod non solùm *in hoc §.* disertè scriptum est: verùm etiam in plerisque juris locis apertissimè expressum; *ut in l. cùm emptor. 5. §. ult. ff de rescind. vendit.* ubi Julianus respondit; mortuo homine vendito, perinde habendam esse venditionem, ac si traditus fuisset: venditorem namque liberari, & hominem emptori perire. Jam si perinde habenda est venditio, ac si homo traditus fuisset: plusquàm manifestum evadit, emptorem ad pretium venditori præstandum esse cogendum: quippe cùm certissimum sit, re venditâ post traditionem peremptâ, ita periculum emptoris esse, ut pretium venditori solvere teneatur. Sic *in l. ult. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* Celsus scribit: in contractu innominato, do ut des, mortuo homine promisso, pecuniam eo nomine datam repeti posse: at in contractu emptionis, mortuo homine vendito, pretium solutum repeti non posse, quin non solutum peti posse. Accedit Pauli responsum *in l. venditor. 21. ff. de hered. vel act. vend.* ubi traditur; venditorem, qui nullius culpæ argui potest, servo mortuo, ne pretium quidem debere. Imò emptor ejus servi, qui ante traditionem sine culpâ venditoris mortuus fuerat, non solùm ad pretium solven-

dum; sed & ad sumptus, qui in ejus curationem & se-
pulturam facti sunt, tenebitur. *l. Iulianus 13. § praterea.22.ff.de act.empt.* Quibus locis opitulatur etiam *l. ult. C. de peric. & commod. rei vend.* ubi disertis ver-
bis Imperator Diocletian. & Maxim. rescribunt: an-
cillam venditam, & rebus humanis sine culpâ vendi-
toris ante traditionem exemptam, emptori perire, e-
jusq; pretium venditori solvere emptorem compelli.
2 Et tametsi Cujacius *in tractat.8.ad African.in expli-
catione l.si fundus 33 ff.locati. & in Paratit. C. de pe-
ric.& commod.rei vend.* ejusq; Sectatores, D. Collega
Boccrus *in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg.
jur.cap.4.num 7. edit.1. & num 65. edit.2. & class.2.
disput 3.thes.81. edit.2 & in hoc tit. nu.164. cum seqq.
pag 387. & seqq.* Borcholt. *in præsenti §. n. 3.* & Vult-
ejus *supra ad principium hujus tit. nu. 70.* respondent
& autumant: citatos textus de jure summo sive stri-
cto, non verò de æquitate exaudiendos esse: cùm æ-
quius sit & humanius, ut emptor, qui rem non est na-
ctus, pretium venditori non solvat: attamen cùm ist-
hæc responsio divinationem sapiat, nec ullo firmo ju-
ris fundamento subnixa sit; eadem facilitate rectissi-
3 mè rejicitur, quâ astruitur. Sed & cùm jus nostrum sit
ars æqui & boni, definitore Celso. *l.1. in pr.ff.de justit.
4 & jur.* atq; in omnibus rebus, maximè verò in jure
æquitas spectari debeat. *l. in omnibus quidem. 90. ff.
de reg jur. l.placuit.8.C. de judic.* adeòq; per totũ jus
nostrum æquitas diffusa sit: plane non est credibile
aut verisimile. Justinianum Imp. in Institutionibus
suis quicquam Studiosis juris tradere voluisse, quod
æquitati manifestè repugnaret: præsertim cùm ea-
dem, quæ *in hoc §. 3.* dicuntur, totidem ferè verbis in
Digest. ac Cod. commemorentur. *d. l.5.§.ult. ff. de re-
scind. vendit. d.l.ult. C. de peric. & commod. rei ven-
5 dit. & locis similibus adductis supra num. 1.* Ratio au-
tem, cur emptione perfectâ periculum statim, etiam
ante traditionem, ad emptorem spectet, hæc est: tum
quia emptoris est commodum, etiam ante traditio-
nem factam; proindeq; meritò & incommodũ ejus-
dem esse debet, *teste hic Iustiniano in vers sed & si
post emptionem, &c. d.l.id, quod post. 7.ff. de peric. &
com.rei vend l.Iulianus.13.§ si fructib. 10. cum seqq.
ff. de actionib. empt.d l.pen C.eod. l.secundum natu-
6 ram.10 ff.de reg.jur.* Tum quia hic contractus fit u-
triusq; contrahentium gratiâ: ac propterea in eo nihil,
nisi dolus & culpa præstatur. *l. si, ut certo. 5. §. 2. ff.
commodati.d l.contractus. 23. ff.de reg. jur. & hic in
versic. quicquid enim, &c. Mejer. in commentat. de
culpa in contractib. præstand.th.222. & seqq.* Et hanc
sententiam, crebriori calculo usuq; confirmatam, am-
plectuntur *Wesenbecius, Mynsinger. Schneidevvinus,
Hotomanus, Schilbock, Ant. Mattheus, Heigius, Gi-
phanius, Thadeus Piso, & alii in hoc §. nostro. Gomez.
tom.2.var.resolut.c. 2.n. 32. Anton. Faber lib. 2. con-
ject cap.4. Covarruv.lib 1.variar.resol.c.15 n.2. De-
cius consil.179 & 500 Henric. à Suerin. lib. repetitar.
lection. jur.civ.c.33. Pacius cent.5. ἐναντιοφανῶν. qu.8.
Arumaus Exercit Instin.14. thes.3. Schegk. in delibat.
jur disput.18.the.36. De rie in d.l.contractus 23.cap.9.
ff. de reg. jur. Forster. junior lib.3. disp.18.th.5. Hænen.
disp.16.controvers.15. Hunnius disput.56.th. 10. & lib.
3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 7. pag.
1086. & seqq. item in tract. de æstimat. rer. quæst. 2.
Paulus Berens disput. 11 ad Institut. them. 1. quæst. 2.
Brencherst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 89. & seq. edit.
1. Timaus Faber disp. 24. ad Institut. Imperiales. th.4.
D. Marta tom.3. Digestorum novissimorum. tit. empt.
c.63.fol.150. Roberus Disput.17. th.4. Andr. Gerhard.
decad.14. quæst.7. Matth. Stephani cent.3. quæst. 70.
Stuckius part 1. exercit. Iustin. decad.12. assert.2. lit g.
Petrus Aug. Merla in emperio jur. part.1. tit.9. in pre-
miss. n.103. & seqq. Treutl. vol.1. disp.28 th.8. lit. C. &
D. ibiq; in suis not. Bachovius pag.1081 & seq. ubi ait,
contrariam opinionem Iurisconsulto esse verè indi-
gnam. Idem probat in hoc §. nostro pag.803.*

Antequam verò ea, quæ hanc verissimam & com- 7
munissimam decisionem infirmare, & contrariam,
eamque erroneam opinionem adjuvare videntur, te-
stemur: diligentissimè dispiciendum est, quando
emptio & venditio perfecta censeatur. Tunc etenim
sine magno negocio sciemus, utrius sit periculum;
emptoris, an venditoris. Quæ res triplici distinctione
percommodè poterit explicari. Prima hæc est: aut
emptio purè contrahitur, aut sub conditione, *de qua
distinctione infra §. proximo.* Secunda: aut emptio fit
in scriptis, aut sine scriptis, *de qua supra in principio
hujus tituli.* Tertia: emptio aut est rerum, quæ pon-
dere, numero & mensurâ constant; aut est aliarum re-
rum, ut domûs, agri, vineæ, libri, equi, &c. *de qua di-
stinctione hic nihil, sed in pandectis latissimè explica-
tur. d.l. quod sæpe. 35 §. in his. 5. ff. de contrah. empt. l.1.
§.1. ff. de peric. & commod. rei vend & similib.* Ad pri- 8
mam distinctionem quod attinet: quia emptio pura
statim, conditionalis impletâ demum conditione per-
ficitur. *l. hac venditio. 7. ff. de contrah. empt.* ideo in
purâ emptione periculum statim ad emptorem respi-
cit: in conditionali verò, post conditionis quidem e-
ventum, similiter periculum ad emptorem pertinet:
sed, pendente conditione, potest dici: universæ rei in-
teritum venditoris, particulare damnum vel læsionem
& deteriorationem rei, emptoris esse. *l. necessariò. 8.
ff. de peric & commod rei vend. l. penult. C. eod* Ratio, 9
cur damnum particulare ante conditionis eventũ per-
tineat ad emptorem, est: quia conditio retrotrahitur
ad tempus contractûs; adeòq; emptio perinde habe-
tur, ac si ab initio purè contracta fuisset. *d.l necessariò.
8. ff. d. tit.* Interitus autem totius rei cur ad vendito-
rem spectet, illa est ratio: quia res, quæ periit, tradi am-
plius non potest; & proinde nec perfici emptio pote-
rit, *ut bene advertit hic Giphanius, & Borcholt. infra.
§. proximo n. 4.* De secundâ distinctione hoc loco, & in
initio hujus tituli affirmatur: emptionem sine scri-
pturâ, solâ conventione de pretio perfici; ac ea pro-
pter periculum statim ad emptorem pertinere; em-
ptionem verò, quæ fit scripturâ, non antè perfici, quàm
instrumento ritè confecto: proindeq; non, nisi post
absolutionem instrumenti, periculum ad emptorem
spectare. De tertiâ distinctione hoc tenendum: rerum 10
aliarum, venditionem, simulatque de pretio conve-
nerit, perfectam videri; earum autem quæ pondere,
nume-

numero, mensurâvé constant, venditionem non aliter perfici, quàm si adnumeratæ, admensæ, adpensævè fuerint: & ideireo in his periculum non, nisi post admensionem & adpensionem & adnumerationem, ad emptorem pertinere. *d l quod sæpe.35. §. in his. 5. ff. de contrab. empt. l.2. ibiq. Gothofred. C. de peric. & commod. rei vend. Ioan. Faber hic in vers. sed omnes Doctores, &c. Rittershus. pag. 472. Wesenbec. in Paratit. ff. t. de contrab. empt. n. 10. & t. de peric. & commod. rei vendit. nu. 2. & seqq. Trentacinquius variar. resol. lib. 3. resolut. 3. de empt. & vendit. n. 3. & seqq.*

12 Enimverò si vinum certum venditum est in specie, puta omne vinum, quod in dolio vel in amphora est, statim periculum emptorem respicit: nisi ita venierit, idque actû sit, ut degustetur, *l si quis vina 4. in prin. ff de peric. & commod. rei vend.* vel nisi quid de bonitate vini venditor affirmarit, aut nisi ipse sciverit, bonitatem vini non duraturam. *l. si vina. 15 ff. eod. tit.* Nec moverit *l. 1. in princ. vers. sed si nondum. ff. d. t.* ubi vinum in specie venditum erat: quia certa vasa sive dolia ab emptore signata sunt: & tamen usq; ad degustationem periculum ad venditorē spectat. Hoc quippe procedit in terminis istius casus, qui ab Vlpiano ibi initiò est propositus: quando videlicet convenit simpliciter, ut periculum esset venditoris: neq; tempus appositum est, quousq; periculum venditor sustinere debeat. Hoc casu tempus degustationis observandū est, ut eousque periculum venditor sustineat. Et ita, *post Costalium ad d. l. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.* sentit Bronchorst *cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 56.* Eandem rem uberiùs explicant *Wesenbec. in Paratit. ff. ad d. t. de peric. & commod. rei vend. n. 3. cum seqq. Borcholt. in hoc §. nostro vers. quid si fugerit homo, &c. n. 5. & seqq. Ioachimus Schepliz in not. ad Promptuar. tàm jur. civ. quàm feudal. Balthasari Klammeri. tit. 14. de empt. & vendit. § 11. n. 2 & seqq.* Porrò de venditione per aversionem (id est, ad corpus sive speciem, überhaupt) factâ, nonnulla observatu perdigna affert Eberhard. Speckhan. *Cent. 3. quæst. 19. class. 1.* eumq; referens D. Collega Besold. *in thesauro pract. lit. V pag. 794.*

13 His ita breviter, ad majorem nostræ sententiæ intellectum interjectis: nunc antagonistarum argumenta examinabimus, atq; pro virili diluemus. Primum autem est ejusmodi: Res unaquæq; perit suo domino *l. pignus 9. C. de pignorat. act.* Atqui ante traditionem venditor adhuc est dominus rei venditæ, *ut in fine hu-*

14 *jus §. dicitur.* Traditionibus enim, non nudis pactis dominia rerum transferuntur, *l. traditionibus. 20. C. de pact. §. per traditionem. 40. supra de rer. divis.* Ergo periculum rei venditæ, & nondum traditæ, non ad emptorem, sed venditorem, qui ejusdem dominus est, pertinebit. *Respondemus:* quandocunque res vendita ante traditionem perit, vel diminuitur, nos concedere quidem, rectè dici posse, quòd res venditoris, utpote domini, pereat vel diminuatur. At quòd venditori pereat, id est, quòd interitus, vel incommodum diminutionis illius, quæ in re contigit, ad venditorem pertineat, illud pernegamus: *idq; ex ratione jam antè allata n. 5.* Nam quemadmodum quodcunque rei venditæ incrementum & commodum non ad venditorē, licèt adhuc rei sit dominus, spectat: ita nec ejusdē diminutionem sive interitum ipse sustinere debet. *hoc. §. nostro. vers. sed & si, &c. d. l. id, quod. 7. ff de peric. & commod. rei vend. cum similibus allegatis supra. n. 6.* Cur verò hoc casu à trito illo juris axiomate, quo dicitur, rem quamlibet suo domino augeri, diminui & interire, recedatur, causa hæc est: quia perfectâ emptione, in potestate & arbitrio emptoris est positum, rei emptæ possessionem ac dominium, quandocunq; voluerit, pretii solutione nancisci: ita ut ei sit imputādum, quod illicò nactus non fuerit; adeoq; propriâ culpâ, pretii scilicet solutionem differendo, damnum tulerit. Quod quis enim ex sua culpâ sentit damnum, 15 sentire non intelligitur. *l. quod quis. 203. ff. de regul. jur.* Præterea quod dicitur, domino rem suam perire, 16 quæ sine dolo, culpâ, aut morâ alterius perit: id verum est, si dominus non simul etiam sit ejusdem rei debitor: quoniam regula juris est, casum fortuitum rei de- 17 bitæ à nullo debitore præstari. *l. contractus. 23 in fine. ff. de reg. jur.* Jam verò, etsi in proposito venditor ante factam traditionem sit dominus rei venditæ: tamen ejusdem etiam est debitor ex venditionis contractu: nec hîc tam ut dominus, quàm ut debitor respectu emptoris consideratur. Quare huic juris regulæ consequens est: illum, tametsi dominus sit; casum tamen fortuitum non præstare. *Hunn. d. quæst. 7. pag. 1089. & in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. pag. 209.*

Deinde ab adversariis objicitur *l. si fundus. 33. ff. lo-* 18 *cati.* ubi licèt fundus venditus, antequam traderetur, publicatus sit: nihilo tamen minùs Africanus Consultus respondet: usq; adeò emptorem ad pretium illius fundi non teneri; ut etiam numeratum repetere valeat. *Sed distinguendum:* an ex causa aliquā extrinsecâ, fortè quòd fundus publicatus, vel servus furto subtractus sit; an verò per ipsam rem venditam (quòd fortassis omnino peremptà sit) fiat, quo minus tradi queat. Illo sanè casu, quo res vendita non est extincta, sed adhuc in rerum naturâ posita, fatemur: emptorem non esse compellendum venditori pretium solvere, si venditor actiones nullas habeat, quas emptori cedere possit. Et de hac specie lex opposita est accipienda. Hoc autem casu, quo res in rerum naturâ esse desiit, meritò emptor pretium venditori refundere tenetur, *per hunc. §. nostrum, & leges supra adductas.* Atque sic hanc legem exaudit doctissimus Antonius Faber *d. lib. 2. conjecturar. jur. civil. c. 4.* ubi distinctionem istam pluribus rationibus confirmat, & simul hac in re differentiam inter locationem & emptionem explicat. Eandem distinctionem sequitur, tueturque Gaspar Schifordegher. *lib. 2. tract. 18. quæst. 3 cum seqq.* & Paulus Berens *d. disp. 11. thom. 1. quæst. 2.* Licèt verò hanc Fabrianam distinctionem, ceu minus probabilem, rejiciant *D. Bocerus hic nu. 167. & seqq. pag. 388. &* Vincentius Cabotius *lib. 1. disputat. c. 25.* quia tamen ipsi haud meliorem afferunt; illam retinendam ceor. *Aliter ad legem illam respondet hîc Theodorus Marcilius; aliter itē Hun. d. qu. 7. in fine. & D. Besold. in delibatis jur. ex lib. 18. ff quæst 11. pag. 27. quos, qui volet, adeat.*

Tertiò ad sententiam nostrā impugnandā affertur 19 *Lucius.*

l. lectos.12.cum ll.seqq.ff. de peric & commod.rei vend. ubi dicitur, lectorum per ædilem ante traditionem concissorum periculum non ad emptorem pertinere, sed ad venditorem. *Respondetur*: ibi non casu fortuito, sed culpâ & incuriâ venditoris, qui lectos necdum traditos in viâ publicâ posuerat damnum illud accidisse: ac proinde non injuria periculum eâ in specie venditoris, non verò emptoris esse. Et venditorem ibi in culpâ fuisse, innuit *l. 13.vers. aut certè cum ven*
20 *ditore ex empto agendum. ff. eod.* Quanquam autem Dn. Bocerus *ad d.l. contractus.23 cap.4.n.65. edit.2.* hanc responsionem respuit: propterea quòd *ex d.l.13.* pateat, periculum ad venditorem spectare ante rei traditionem; licèt injuriâ non jure, ædilis lectos conciderit; adeóq; culpa venditoris nulla intervenerit: isthæc tamen ratio prædictam solutionem convellere haud videtur. Quamvis enim ædilis injuriâ conciderit lectos: attamen nihil impedit, quò minùs & venditoris culpam intervenisse rectè asseratur, ut qui lectos venditos in viâ publicâ, sicque eo loco posuerit, quo non oportebat: atque ita ansam injuriæ ædilis præbuerit, *ut bene animadvertit D. Hunnius locis prædictis.*

21 Quartò opponitur *l. quòd si neque 14 §. 1. ff. de peric. & com. rei vend.* ubi Paulus ait, si materia vendita ante traditionem furto perierit, periculum esse venditoris. *At dicendum*: illic non certam speciem venditam fuisse, sed genus, puta ligna vel trabes. Quando autem non in specie, sed generaliter aliquid venditur, veluti bos, equus, liber, &c. tunc ante traditionem venditori res vendita perimitur: quoniam genus perire non potest. *l. in ratione.30 §. incerta 5. ff. ad l. Falcid. l. incendium.11 ibiq; Gothofr. C. si cert. pet. l. quod te mihi.5. & ibi Bart.n.5. ff. de reb. cred. si cert. pet.*

22 Quintò pro recentia adversariorum opinione stabiliendâ citatur *l. si soluturus.39. ff. de solutionib.* ubi hæc proponitur facti species: cùm emptor & venditor essent homines suspectæ fidei, penes delectum ab emptore virum deposuit venditor mercem, & emptor nummos. Et respondet Africanus IC. periculum tã mercis, quàm nummorum ad emptorem pertinere; eò quòd emptor delegerit eum, apud quem merx & nummi deponerentur. Ex quo nunc ii, qui periculũ rei venditæ ad venditorem spectare contendunt, sic argumentantur: Ergo cùm certi & speciales tantùm excipiantur casus, quibus damnum rei emptæ ad emptorem respicit: consequitur, aliàs regulariter & generaliter omne damnum & periculum rei emptæ ante traditionem emergens, ad venditorem redire. Exce-
23 ptio quippe, ex communi juris traditione, firmat regulam in casibus non exceptis, *arg. l. his verbis.102. ubi Dd. ff. de legat.3 l. 1. & ibi Decius.n 21. ff. de reg. jur. l. quæsitũ. 12. §. deniq; Neratius 43. ibiq; Bartol. ff. de instruct. & instrum. legat.* Verum respondendum: illos *ex d.l. si soluturus.39. ff. de solut.* perperam argumentari. Non enim sic concludit Jurisconsultus: res vendita vel merx est periculo emptoris, eam ob causam; quòd emptor delegit hominem certum, penes quem merx deponeretur; sed ita potiùs ratiocinatur: quia perfecta est hoc casu emptio: ergo merx vendita est periculo emptoris. Hoc itaque textu tantum abest, ut nostra vulgaris sententia infringatur, ut etiam ipso jubare dilucidiùs, contra singularem aliorum opinationem, comprobetur.

Sextò & ultimò adduci solet *l. final. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* ubi in contractu innominato, do ut des, periculum non spectat ad eum, qui dedit rem pro Sticho. Ergo nec spectare debet ad emptorem, qui pecuniam sive pretium pro Sticho dedit. *Sed dicendum est*: in casu *dictæ l. final.* Stichum istum tempore contractûs fuisse mortuum. Data namque fuit res pro Sticho, qui mortuus est: & eo casu hominis mortui traditio, ac promissio nulla est, *ex l. si homo mortuus.69. ff. de verb. obligationib.* Ideoq; meritò periculum non debet pertinere ad eum, qui pro hoc Sticho rem dedit: sed ei repetitio rei datæ competit. *Et ita hanc difficultatem explicat Petrus Augustin. Morla prædictâ part.1 emperiijur.t. 9. in præmiss. nu. 104. Ad alia, quæ nostræ sententiæ opponuntur, bene respondet Timæus Faber d. disp.24. sub th.4.* Vide eandem rem aliter, & quidem satis latè, resolventem Acacium Antonium de Ripoll. *variar. jur. resolut. cap. 11. num.300. cum seqq. pag 356. & seq.* 24

Ex eo autem, quod ostendimus, post emptionem & venditionem perfectam, omne rei venditæ periculum, & omne commodum ipsum emptorem, non venditorem, respicere: rectè (quicquid velit Covarruvias *lib.3. variar. resol. c.4.n 7. & nonnulli alii*) infertur fructus etiam post venditionem perfectam, ex re venditâ per venditorem, qui nondum tradidit, perceptos emptoris lucro cedere. Idque clarè probat *l. fructus. 13. Cod. de actionib. empt.* quâ expressè cautum est, fructus post perfectum jure emptionis contractum, emptoris personam spectare. Idem confirmat *l. Julianus.13 § si quid servo. 18. ff. de actionib. empt.* Ubi Ulpianus ait, ad emptorem pertinere, quod servus ante traditionem ex operis suis acquisivit. Iam verò operæ servi in fructu habentur, & fructibus æquiparantur. *l. quæsitum.40. ff. de acquir. rer. domin.* Quemadmodum ergo operæ, earumq; emolumentum ante traditionem pertinet ad emptorem: ita & fructus ad eundem pertinere necesse est. Non leve quoq; ad sententiam hanc roborandam momentum habet *l. penult. C. de actionib. empt.* ubi traditur, post perfectam venditionem fœtus editos emptoris esse. Est autem perfecta venditio statim, cùm de pretio convenit, quamvis res nondum sit tradita, *ut ex priac. pro hujus tit. constat.* Fœtus igitur pecorum venditorum etiam ante traditionem ad emptorem pertinent. Atqui fœtus in fructu esse, non ambigitur. *l. in pecudum.28 ff. de usuris, &c.* 25 26

Huic decisioni non obstat *d.l. Julianus.13. §. veniunt.20. ff. de actionib. empt.* ubi scriptum est, emptorem post traditionem frui. Ergo à contrario sensu argumento ducto, ante traditionem emptor non fruitur: & sic fructus suos non facit. *Nam respondeo*: argumentum à contrario sensu non procedere, nulliusq; auctoritatis esse, quando inde vel absurditas proficiscitur, vel expressis juris textibus adversatur; *docente, post alios, Nicolao Everhardo in locis suis legalib. loc. à contrario sensu.n. 4* Eodem modo respon- 27 28 29
den-

deri poterit *ad l. curabit. 5. C. de actionib. empti.* ubi re-
scribitur, post traditionem rei venditæ factam usuras
venditori emptorem præstare: cùm perceptorum
fructuum ratio usuras generet, & inducat. *Etenim* ex
illâ lege apparet quidem, post traditionem fructus ad
emptorem spectare: sed non in eâdem (nisi fortè à
contrario sensu quis argumentari velit) negatur: quin
etiam ante traditionem ad eundem emptorem perti-
neant. De eâdem re videantur Fabianus de Monte *in
tract. de empt. & vendit. quæst. 6. principal. n. 22.* &
Alexander Trentacinquius *variar. resolut. lib. 3. reso-
lut. 6. de empt. & vendit.* ubi tres casus, pro resolutio-
ne istius conclusionis, accuratè considerat.

30 Quamvis porrò venditor periculum sive casum
fortuitum, vel custodiam servi & cæterarum rerum,
emptori non, nisi ita convenerit, præstet: suas tamen
actiones, quas in rem habet, emptori præstare, cedere,
exhibere, & mandare cogitur, *per hunc §. nostrum, in
fin. l. quod sæpe. 35. § si res vendit. 4. ff. de cõtrah. empt.*
Habet autem rei vindicationem: &, si res furto sit sub-
lata, actionem furti, & condictionem furtivam: itemq;
actionem l. Aquiliæ, si res sit læsa: has, inquam, actio-
nes venditor ante traditionem adhuc habet. Cur ita?
quia illæ actiones non nisi domino dantur. *l. in rem.
23. ff. de rei vindicat. l. 1. ff. de condict. furt. l. item Mela.*
31 *11. §. legis. 6. & l. ebid. 43. ff. ad leg. Aquil.* At vendi-
tor ante traditionem adhuc dominus manet. *l. eum,
qui emit. 14. in princ. & l. si vendidero. 80. in princ. ff.
de furt. & apparet ex fine hujus §. nostri.* Rei quippe
venditæ dominiũ non venditione, sed traditione de-
mùm ad emptorem transire & transferri certum est.
*l. si ager. 50. ff. de rei vindicat. l. penult. C eod. l. aliena-
tum. 67. ff. de verb. significat. præalleg. § per traditionẽ
40. sup. de rer. divis. & d. l. traditionib. 20. C. de pactis.*

32 Illud quoq; hîc subiiciendum est: fructus rei ven-
ditæ, etiam ante precium solutum, pertinere ad em-
ptorem, *arg. hujus §. nostri* ubi expressum est, contra-
ctum emptionis-venditionis impletum esse, simul at-
33 que de precio convenerit. At, contractu emptionis
perfecto, fructus ad emptorem spectare, relucet *ex d. l.
fructus. 13. C. de actionib. empti.* Eòdem facit *l. 2. C.
de usur.* ubi dicitur, emptorem teneri venditori ad u-
suras pretii nondum soluti. Ergo non debet venditor
simul usuras & simul fructus percipere: ne duplici da-
mno emptor afficiatur.

34 Non obstat Jul. Paulus *lib. 2. sentent. tit. 17. §. ex die
emptionis, &c.* ubi affirmat expressè, ad emptorem
pertinere fructus, operas servorum, fœtus pecorum,
& ancillarum partus, si pars precii numerata sit. *Nam*
ibi fructus jure pignoris tantùm, in casu non factæ ple-
næ solutionis, ad venditorem pertinent, ut illum locũ
rectè intelligit Petrus Fridetus Mindan. *lib. 3. de pro-
cessib. Cam. cap. 21. n. 13 in fine.* Consimiliter non ad-
35 versatur *l. ult. §. 1. ff. de fundo dotal.* ubi Pauli senten-
tia confirmari videtur. *Siquidem* illic maritus, pro
portione debitarum impensarum fructus, aliâs mulie-
36 ri debitos, retinere potest: præsertim cùm venditor
ipsam rem venditam, nedum fructus quasi pignoris
loco retinere queat. *d. l. Iulianus 13. §. offerri. 8. ff. de
act. empti. l. hereditatis. 22. ff. de hered. vel act. vend.*

Non item resistunt *d. l. Iulianus 13. § 8. cum §. seq.* 37
*& l. qui pendentem. 25. ff. de actionib. empt. d. l. cura-
bit. 5. cum l. penult. C. d. tit.* ex quibus æquum esse
constat, ut non aliter omnes fructus ad emptorem
pertineant, quâm si & ipse omne pretium venditori
persolverit: quemadmodum & evictâ re auctor, id est,
venditor non aliter tenetur auctoritatis nomine, quã
si precium acceperit: & si partem acceperit, eatenus
duntaxat auctoritatis nomine tenetur. *Cujac. lib. 21.
observat. cap. 15. in fine.* Istæ namq; leges loquuntur 38
de aliis remediis, contra emptorem in precii numera-
tione cessantem venditori permissis. Aut enim tradi-
tio needum facta est, & emptore ante solutionem ex
empto agente, venditor si velit, non modò fructus,
sed ipsam rem venditam, quasi pignoris loco retinere
potest: quandoquidem & evictâ re, venditor auctori-
tatem, nisi pro portione soluti pretij non præstat. *d. l.
Iulianus 13. § offerri. 8. & §. seq. ff. de actionib. empt. d.
l. hereditatis. 22. ff. de heredit. vel act. vend.* Aut res
tradita est emptori: & tunc, eo non solvente, non mo-
dò venditi actionem intentare venditor potest, quâ
cogatur emptor precium cum usuris restituere vel
solvere. *d. l. curabit. 5. & d. l. fructus. 13. C. de actionib.
empt.* sed etiam inhibitoriales impetrare venditor
poterit, quibus prohibeatur emptor fructus colligere,
aut re priùs uti, quàm reliquum pretii persolverit. *d. l.
qui pendentem. 25. ff. dicto tit.* Et ita docet Petrus Fri-
derus *d. lib. 3 de processib. Cam. cap. 21 n. 13. & 14* eũq;
referens Paulus Berens *disp. 11. ad Instit. thom. 1. q 3.*

Tandem & illud hoc loco addendum: quòd emẽs 39
scienter rem alienam non habeat actionem de evictio-
ne, nec ad precii restitutionem: nisi aliter conventum
sit, *per textum apertum in l. si fundum. 27. C. de evi-
ctionib.* ubi Impp. Dioclet. & Maximianus in hæc ver-
ba Theophilo rescripserunt: *Si fundum sciens alie-
num vel obligatũ comparavit Athenocles, neq; quic-
quam de evictione convenit: quod eo nomine dedit,
contra juris poscit rationem.* Eòdem confert textus
in l. in venditione. 41. ff. de actionib. empti. ubi dicitur,
quòd deceptus ob eam rem ex empto actionem sit ha-
biturus. Ergo non deceptus, actionem minimè habe-
bit. Accedit & hæc ratio: quòd scienti & volenti nul- 40
la injuria, nullusq; dolus inferatur. *l. 1. §. usq; adeo. 5.
ff. de injur. l. nemo videtur 145. ff. de reg. jur. l. cùm do-
nationes. 34. C. de transact. c. scienti. 27. de reg. jur. in 6.*
nec sciens ac volens decipiatur, nec de dolo conqueri
possit. *l. 1 in fine. ff. de actionib. empti. l. venditor. 11. in
princ. C. de rescind. vendit.* Atq; ita Dd. communiter
sentiunt, *Accurs. Bald. & Salicet. in l. non dubitatur.
6. C. de evictionib. Decius consil. 114 n. 4. Natta consil.
188. n. 8. Covarruv. lib. 3. var. resolut. c. 17 n. 1. eosq;
cum aliis allegans Fachin. lib. 2. controvers. jur. c. 39. ubi
& dissentientes refutat, & nonnullas alias quæstiones,
evictionis materiam concernentes, abunde explicat.*

§. Emptio tam sub conditione. 4.

Emptio tam sub conditione, quàm purè
contrahi potest. Sub conditione, veluti, si
Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit
tibi emptus aureis tot.

SVMMARIA.

1 QVod hic de emptione dicitur; eam non solùm purè, sed etiam sub conditione contrahi posse: id commune est omnium contractuum, ut vel purè, vel sub conditione fiant. §. *omnis stipulatio. 2. sup. de verbor. obligationib. §. penult. infr. de mandato. l. sicut. 20. in princ. ff. locati. l. obligationum. 44. ff. de oblig. & actionib. l. penult. C. pro socio.* Contrahitur autem purè emptio hoc modo: vendo tibi equum pro quinquaginta florenis. Sub conditione verò ita: Si Sempronius Consul factus fuerit; aut, si navis ex Asia venerit; aut, si equus intra certum diem tibi placuerit, 2 equus quinquaginta florenis tibi venditus erit. Nec obest, quòd hæc conditio, *si tibi placuerit*, videatur emptionem statim reddere inutilem sive nullam: cũ emptio in arbitrium emptoris collata, planè inutilis censeatur *l. in vendentis. 13. Cod. de contrah. empt.* eò quòd obligatio omnis non ex voluntate pendeat: sed in se necessitatem habeat, *initio tit. suprà de obligationib. l. sub hac conditione. 8. ff. de obligat. & actio. l. stipulatio. 17. ff. de ver. oblig.* Nam dicendum; inutilem prorsus esse emptionem, si conferatus expressè in arbitrium emptoris; ut hic equus tibi emptus esto, si velis: non item, si tacitè. Hac autem conditione, *Hic equus tibi sit emptus, si intra mensem tibi placuerit*, tacitè emptio permittitur arbitrio emptoris; ut & illá, si displicuerit. *l. quòd si nolit. 31. § si quid ita venerit. 22. ff de ædilit. edict.* Expressa quippe nocent: non ex- 3 pressa non nocent. *l. expressa. 195. ff. de reg. jur. Marcilius & Giphan. hic in versic. veluti, si Stichus. & sup. in §. pretium autem. vers. alioqui si inter, &c. hoc tit.* Præterea in proposito exemplo venditio non confertur in puram ac absolutam ementis voluntatem: sed tempus certum arbitrio emere volentis præstituitur; sicque non omnino liberum, vagum & incertum relinquitur: ac proinde utilis emptio, vel inutilis, adveniente die, judicabitur: atque adeò non in diem simpliciter; sed & sub conditione contracta hic emptio dicitur, *ut tradit Heigius in hoc §. num 3.* Huc referantur, quæ notavi suprà *ad §. 1, n. 10. & seqq. hoc tit.*

Vsus porro istius distinctionis sive differentiæ, id est, putàne sit, an conditionalis venditio, cernitur in periculo rei venditæ. Puræ namq; emptionis periculum seu interitus ad emptorem; conditionalis verò ad venditorem pertinet. *l. necessariò. 8. ff. de peric. & commod. rei vend. l. cùm speciem. 5. C. eod. & ostensum suprà §. proximo. num. 6.*

Id præcipuè in emptione notandum: quásdam conditiones in eâ esse singulares, has nimirum duas, addi- 4 ctionem in diem, & legem commissoriam. Ac quidẽ conditio addictionis in diem receptissima est in venditione. Cæterùm in diem addictio ita fit sive contrahitur: Ille fundus tibi sit emptus centum aureis; nisi intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem alius offerat. *l. 1. & tot. tit. ff. de in diem addict.* Fürstl. Würtemb. ernewert Landtrecht/ *part. 2. tit. 10. & 11. pag. 272. & seq.* Melior autem conditio esse intelligitur, quicquid ad utilitatem venditoris pertinet: velut si pretio addatur; vel facilior aut maturior pretii solutio offeratur; vel locus opportunior solvendo pretio dicatur; vel persona magis idonea accedat, putà quæ satisdationem nullam exigat, vel ea venditori remittat, quæ ei in priori venditione gravia erant. *l. ubi autem 4. § fin. & l. seq. ff. de in diem addict.* Enimverò venditor necesse habet, meliore conditione allatâ, priorem emptorem certiorem facere; ut, si quod alius adjecit, ipse quoq; adjicere possit. *l. necesse. 8. ff eod. t.* Fürstl. Würtemb. ernewert Landtrecht/ *pag. 276.* §. Entgegen/ wann ein anderer/ ꝛc. Et si quidem hoc actum est: ut meliore conditione allatâ, ab emptione discedatur: erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur. Sin autem hoc actum est: ut perficiatur emptio, nisi melior conditio offeratur: erit emptio conditionalis, *ut docet Vlpianus in l. 2. ff. de in diem addict. & ibidem in Paratitl. Wesenbec. n. 3.*

Addictioni in diem non absimilis est altera con- 5 ditio, in emptionibus itidem frequentissima & celeberrima, videlicet lex commissoria: veluti si quid ita venierit; ut, nisi intra certum diem pretium exolvatur, sit inemptum. *l. 2. & tot. tit ff. de lege commissor.* Fürstl. Würtemb. ernewert Landtrecht/ *d. part. 2. d. tit. 10. pag. 272 & seq.* Cùm autem lege commissoriâ venditur; magis est, ut sub conditione resolvi emptio, quàm sub conditione contrahi videatur. *l. 1. ff. de lege commissor.* Protinus verò lex commissa est, si emptor die præfixo non solverit, etiamsi interpellatus non fuerit. Offerre namq: debet, si vult se legis commissoriæ potestate solvere. *l. si fundus. 4. §. fin ff. d. tit.* Si tamen venditor, post diem commissoriæ legi præstitutum, pretium accipiat, vel saltem petat: legi commissoriæ renuntiasse censetur: nec variare, & ad hanc redire potest. *d. l. si fundus. 4. § eleganter. 2. l. d. lege. 6. §. ult & l. seq. ff. eod. t.* Fürstl. Würtemb. ernewert Landtrecht/ *pag. 273.* §. Dargegen/ wann der Verkäuffer/ ꝛc. Cæterùm utrùm emptio, sub lege 6 commissoriâ contracta, pura sit, an conditionalis, planiùs resolvit Hunn. *lib. 3. var. resolut jur. civil. tract. 7. part. 1. q. 4. item in resol. ad Treut. vol. 2. disput. 2. q. 56. pag. 215.* Porrò exercet hanc legem sive pactionem

6 nẽ venditor, tam de ipsa re venditâ; quàm de his, quæ
ex eâ percepta sunt, & etiam ob deteriorationem rei,
actione scilicet ex vẽdito. d.l.4. in princ. ff. de lege commissor. Nihil siquidem penes emptorem residere oportet ex re, in quâ is fidem fefellit: nisi pars pretii jam
soluta sit, cum quâ fructus medio tempore percepti
compensantur: d.l. si fundus. 4. §.1 ff. d. tit. Plebst. disp.
2. de jure topico VVurttemberg. th. 36. ad lit. b.

Nec prædictis adversatur, quòd cùm in pignoribus
7 lex sive pactio commissaria (quâ convenit, ut si intra
statutum tempus pecunia soluta non sit, creditor pignus in solutum, aut in partem pecuniæ sibi habeat)
omnino improbetur l. ubi. C de pactu pignorum. &c.
etiam in venditionibus eadem pactio (quâ id agitur:
ut, si ad diem pecunia soluta non erit, fundus sit inemptus d.l.2. ff. de lege commissor.) improbari damnarique debeat. Nam ratio differentiæ inter contractum emptionis & pignoratitium maxima est: quia
tanti res solet vendi, quanti valet. Ideoque si venditio dissolvitur, venditor haudquaquam decipitur. Nec
8 movet, quòd interdum res pro minori, aliquando etiam pro majori pretio venditur. Quandoquidem ad
ea potiùs debet jus adaptari, quæ frequenter, quàm
quæ perraro contingunt, teste Celso in l. nam ad ea. 5.
ff. de legib. Contrà autem pignus solet semper fieri
pro minori longè pretio, quàm res ipsa valeat, ob spẽ
futuræ luitionis. Vnde multùm deciperetur debitor,
qui cupiditate recuperandæ pecuniæ facilè in quod
vis pactum consentiret. Quare voluit lex in hoc prospicere utilitati subditorum, & occurrere captionibus
avarorum creditorum; ne per aliquam occasionem
res indigentium debitorum pro pecuniâ pusilla ad se
avocarent, ut latiùs id declarant. Pet. à Bell. Portica,
& Dd. in l. fin. C. de pact. pignorum, &c. Ioan. Andr. &
Panormitan. in c. significante. 7. ext. de pigner. Tiraq.
de retraict. conventional. §.36. ad fin. tit. glos. 2 n. 224.
Molinaeus in tract. de usur. quæst. 52 n. 364. Negusant.
de pignorib. 4. part. in princip. Donell. in tract. de pignorib. c. 13. Pinelus in rubr. C. de rescind. vend. 2. part. c. 1.
n. 26. & 28. Bronchorst. cent. 1. miscellan. controvers.
assert. 77. Petr. August. Morla in emporio jur. part. 1. t.
9. quæst. 14. num. 7. ubi plures citat. Vide quoque
Ant. Fabrum part. 1. de errorib. Pragmat. decad. 21. error. 6. & illa, quæ explicatiùs tractavimus in § creditor. 4. n. 209. & seqq. supr. quib. mod re contrahit. oblig.

9 Præter conditiones seu pactiones præfatas, & aliæ
emptionis contractui nonnunquam adjiciuntur: cujusmodi est pactio, ut emptor præstet usuras pretii ex
tempore contractûs. L. initio. 5. C. de pact. inter empt.
& vendit. composit. Item, ut venditor qui vinum aut
frumentum vendidit, similiter ex tempore cõtractûs,
præter quantitatem venditam, etiam aliud quippiam
præstet, arg. l. ultra modum. 15. ff. de actionib. empt.
10 Item, ut venditori quandocunque, vel intra certum
tempus redimere liceat rem venditam. l. 2. C. de pact.
int. empt. & vend. comp. Fürstl. Würtemb. ernewert
Landrecht part. 2. tit. 12. pag. 277. Quibus ex pactis
omnibus, in continenti venditioni adjectis, competit
actio empti aut venditi in id, quod interest, aut ut venditio (veluti, si pactum retrovenditionis factum est) rescindatur: nec necessaria est præscriptis verbis actio.
l. juris gentium. 7. §. quinimò ff. de pact. l. Imperator. 16.
ff. d. in diem addict. prædictâ l. si fundus. 4. in princ. ff.
de lege commissor. l. qui fundum. 75. ff. de contrah.
empt. l. tenetur. 6. §. 1. ff. de actionib. empt. d. l. 2. C. de
pact. inter emptor. & venditor, &c. Verùm de pactis, in continenti contractibus subjectis, consulantur
Interpretes variè sentientes; Cujacius lib. 10. observat.
c. 24. & ad African. tr. 8. in l. Titius. 24. ff. de præscript.
verb. Connan. lib. 5. Commentar. jur. civ. c. 2. n. 7. Borcholt. in Commentar. de pact. c. ult. n. 54. & seq. Fachineus lib. 2. controvers. jur. c. 98. & seq. Gæddæus in
Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 8. conclus. 2. n. 37. cum seqq. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν.
assert. 23. edit. 1. Forsterus junior in tract. de pact. c. 8.
quæst. an pacta stricti juris contractibus in continenti subjecta pariant actionem. pag. 244. & seq. pluresq;
alij, ab ijs citati.

Enimverò valde controvertitur à Doctoribus, nun- 11
quid ex pacto de retrovendendo actio realis, vel personalis nascatur? sive, quod idem est, utrùm ex hoc
pacto duntaxat contra emptorem, an etiam adversus
tertium, qui rem tali pacto venditam possidet, actio
detur? Et licèt Baldus consil. 82. post medium. lib. 1. pactum istud de retrovendendo jus reale nominet: &
Paulus de Castro in l. si, cum venderet. 13. ff. de pignorat. act. velit, ex tali pacto venditori competere utilem rei vindicationem, adversus possidentem rem, sub
tali pacto venditam: tamen verior est opinio existimãtium, eiusmodi pactum rem ipsam non afficere; sed
saltem obligationem sive actionem personalem producere. Tum quia pactum illud contractui in continenti adjectum, ipsum contractum informare, eiq; inesse dicitur. d.l. juris gentium. 7. § quinimò. 5 ff. de pact.
l. in bonæ fidei. 13. ibiq. Dd. C. eod. l. lecta. 40. ff de rebus
credit si cert. pet. Atqui contractus emptionis & ven- 12
ditionis personalem solummodo obligationem producit l. 1. C. de actionib. empt. Ergo & pactum, quod 13
contractui inest, personalem duntaxat obligationem
pariet: cùm non debeat una res duplici jure censeri,
l. eum, qui. 23. vers quod absurdum. ff. de usurpat. &
usucap. & accessoriũ dissidere à suo principali. l cùm
principalis. 178. ff de reg. jur. c. accessorium. 42. eod. in 6
Tum quia pactum retrovendendi, in contractu venditionis appositum, reputatur quædam pars ipsius. l.
fundi partem. 79. ff. de contrah. empt. Tiraquell. in tr.
de retractu conventien. in præfat. n. 21. & §. 1. glos. 1. n. 1.
Pars autẽ à suo toto discrepare nequit: adeòq; quod 14
juris est de toto quod totũ, idẽ de parte quoad partẽ
esse consuevit l. quæ de tota. 76. in pr. ibiq; glos. & Bartol. ff. de rei vindicat. l. 3. §. 1. ff. de acquir vel amitt. poss.
l. an pars. 3. ff pro derelicto. Menoch. consil. 671. n. 8. Tũ 15
etiã quia eandem potestatẽ esse contractus & distract[9];
nec non pactum nihil aliud esse, quàm contractũ, scribit Bald[9] in l. ab emptione. 58. ff. de pact. & in rubrio. C.
eod. Alex. in l. stipulat. 5. ff. de verb. oblig. Accurs. in l. 1.
super verb. figur. in fin ff. de oblig. & actionib. Sicut igi- 16
tur cõtract[9] obligationẽ & actionẽ personal. generat:
ita & pactũ. Atq; hãc sentẽtiã Imperialẽ Camerã approbasse, testãt. Mynsing. cẽt. 6. obs. 69. & Gail. lib. 2 obs. 16.

num. 3. *&* 4 Eandem amplexi sunt *Dn. Collega Bocerus class.2. disput.3.thes.53.edit.2.Zasius consil.12.nu.34.cum seqq.lib.1. Bronchorst.cent.1. Miscell. controvers.assert. 69. Hartman. Pistoris libr.1. quæstionum jur.quest.21.n.7.Hackelman. Disput.11. thes. 8. ad lit. a. Wegner. disput.12.thes.2.sub. lit. k. Treutler. vol.1. disp. 28. th. 10. sub lit. c. ibiq; Bachovius in suis not. pag.1087.Hunnius lib.3. var. resolut.jur.civ.tract.7. part.1.quest.6. item in resolut. ad Treutler. vol 2.disp. 2.quest.59 pag.220.cum seqq.Hartman.Hartmanni. lib.2. observation.tit.22.obs 5.numer.7. & alii, ab istis*

17 *annotati.* Cæterùm plures quæstiones, pactum istud de retrovendendo concernentes, diligentissimè explicant, *post alios, à se allegatos,* Tiraquellus *in tract. de retract.convent.§.1.& seqq.Covarruvias lib.3.variar.resol. cap.8. & seqq Petrus Augustin. Morla in Emporio jur. part.1. tit. 9. quest. 14 & seqq. Trentacinquius variar. resolut. libr. 3. resolut. 10. de empt. & vendit. Anton. Faber d. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 9. error. 9. & 10. item decad. 10.error.2.& 3 decad.22.error.3.4.6.7.& seqq. dec. 23.error.1.5.& seqq.decad.24.error.1.& seqq.item decad.25.error.1.& seqq. Hunnius d.resolut. ad Treutl. vol.2. disp 2. quest.57.cum seq. pag. 218. & seq. Fachineus lib.2.controversiar.jur. cap.2.3.4.6 7.8.11.12. cum aliquot subseqq. & Matthias Berlichius conclu-*

18 *sionum practicabil. part. 2. conclus.1. & 2.* Porrò ecquid pactum de vendendo ex certâ causâ initum, causâ cessante servari debeat? Et an pactum de futurâ venditione, ad certum tempus astrictum, eo tempore elapso, expiret? an item pactum de vendendo juramento confirmatum, in venditionem perfectam de præsenti transeat? an deniq; pactum de vendendo resolvatur in venditionem de præsenti, si non solùm precium est expressum, & pars precii soluta, sed etiam traditio rei secuta? has quæstiones singulas novissimè accuratè discussit & examinavit Berlichius *decis. aur.142.cum tribus sequentib. pag.528. & seqq.*

§. Loca. 5. & ultimus.

Loca sacra vel religiosa, item publica (veluti forum, basilicam) frustrà quis sciens emit. Quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit: habebit actionem ex empto, quòd non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

SVMMARIA.

1 *Regulariter omnium rerum, quas habere, vel persequi licet, venditio fieri potest.*
2 *Rei sacra, religiosa, publica, & liberi hominis emptio quatenus valeat, vel non.*
3 *Res sacra vel publica difficile dignoscitur à re profanâ vel privatâ: ut & liber homo a servo.*
4 *Res sacra & similis venditioni alterius rei interdum accedit, licèt per se vendi non possit.*
5 *Prohibitum est vendere res furtivas, litigiosas, dotales, feudales, & emphyteuticas.*
6 *Veneni mali emptio regulariter nulla est.*
7 *Annona militaris, & frumentum publici canonis cur vendi ne-*
8 *Qui eunuchi vendi possint.* (*queat.*
9 *Purpuram vendere privatis non permittitur.*
10 *Arma vinum, oleum & cætera liquamina barbaris seu hostibus vendere non licet.*
11 *An arida, sive frumenta hostibus vendere sit licitum.*
12 *Pœna & odia restringenda.*
13 *Lex pœnalis, in uno casu constituta, propter rationis identitatem vel majoritatem, etiam ad casum non expressum extenditur.*
14 *Rem suam nemo rectè emit.*
15 *Quod alicujus est, ampliùs ejus fieri nequit.*
16 *Utrum res, quæ pro parte emptoris est, & pro parte solùm venditoris, venditio simpliciter facta valeat, adeoq; in totâ re consistat.*
17 *Iure Wirtembergico subditus prædium aliquod provinciale forensi vendere, aut jura sua cedere non potest.*
18 *Eodem jure cellaria, granaria, aliaq;, quæ ædibus adhærent, separatim sine domo vendi nequeunt.*
19 *Res aliena quidem vendi potest: sed tamen propterea nihil juris domino aufertur.*
20 *Res tam præsentes, quàm futuræ quatenus vendantur.*
21 *Differentia inter emptionem spei, & rei futuræ.*
22 *Res omnes, sive corporales, sive incorporales, vendi possunt.*
23 *An jus accrescendi transeat in emptorem hæreditatis.*
24 *Hæreditas est jus universum.*
25 *Emptor hæreditatis, vicem hæredis obtinet.*
26 *Portio deficiens portioni accrescit.*
27 *Pretium succedit loco rei.*
28 *Hæres quatenus post venditam hæreditatem hæres maneat.*
29 *Sententia l. si quis pecuniam. 4. §. ult. ff. si quis omissa caus. test.*
30 *An testatoris voluntas curanda, cùm agitur de jure accrescendi.*
31 *Venditor hæreditatis quid vendere intelligatur.*
32 *Alia est ratio emptoris hæreditatis, & alia fideicommissarii.*
33 *Inter succedentes diverso jure, non habet locum jus accrescendi.*
34 *Sensus l. ex facto. 43. §. fin. ff. de vulg. & pupil subst.*
35 *Ius accrescendi regulariter in contractibus non obtinet.*
36 *Venditor, etiam post venditam hæreditatem, tenetur creditoribus hæreditariis & legatariis.*
37 *Ius accrescendi inter quos locum habeat.*
38 *Surrogatum sapit naturam ejus, cujus in locum est surrogatum.*
39 *An emptio-venditio annuorum redituum valeat.*
40 *Positis substantialibus partibus alicujus rei universis; & rem ipsam poni necesse est.*
41 *Substantialia emptionis tria: consensus, merx & precium.*
42 *Usufructus pecuniâ emi potest, aliusq; titulus constitui.*
43 *Quicquid merx est, emi vendi potest.*
44 *Annuus census rebus immobilibus connumeratur.*
45 *Ad emptionem annuorum redituum quæ requirantur.*
46 *Proprius pecuniæ usus quis.*
47 *Calces primus ac secundus usus quis.*
48 *Pecunia certa quantitatis, mera solutione data, quatenus cum pecuniâ permutari possit.*
49 *Emptio censetur, quando pecunia grossa datur pro minutâ.*
50 *Omnia jura, realem utilitatem afferentia, precio rectè æstimantur.*
51 *Mutuum tam fictum, quàm verum, usuram inducit.*
52 *Contractus mutui quomodo differat ab emptione annuorum re-*
53 *Contractus legitimi non debent claudicare.* (*dituum.*
54 *Natura emptionis quæ sit.*
55 *Non eventus, sed potius contrahentium intentio, inspici debet.*
56 *In annuorum redituum emptione enormiter læsis num competat remedium l. 2. C. de rescind. vendit.*
57 *Sententia l. eos, qui. 26. §. 1. C. de usur.*
58 *Beneficium d. l. 2. C. de rescin. vend. ad quid tendat.*
59 *Contractus emptionis redituum an usurarius.*
60 *Principium, non eventus spectandus.*
61 *Emptio solo consensu contrahitur.*
62 *Precii numeratio non ad perfectionem, sed ad complementum emptionis desideratur.*
63 *Emptio-venditio qualem actionem emptori, ante precii numerationem, pariat.*

64 *In emptione & venditione ultrò citroq; obligatio nascitur.*
65 *Solutione ejus, quod debetur, obligatio solvitur.*
66 *Venditor præstatione ejus, quod vendidit, liberatur.*
67 *In emptione annuorum redituum quid veniat æstimandum.*
68 *In istiusmodi emptione quidem etiam æstimari censeatur.*
69 *An fundi proventus cum sorte comparetur.*
70 *Emptio-venditio quid ex parte venditoris, quid item ex parte emptoris requirat.*
71 *In emptione census quale precium in venditorem transferatur.*
72 *Emptio-venditio ut mutuo consensu contrahitur: ita mutuo consensu resolvitur.*
73 *Emptio dolo inita, an & quatenus subsistat.*
74 *Intellectus l. ex empto. 11. § si quis. 5. l. Julianus. 13. § 5. & 27. ff. de actionib. empt. & consimilium.*
75 *Emptio vi metuve facta, utrùm valeat.*
76 *Ratione læsionis ultra dimidium justi pretii, emptio-venditio rescinditur.* (tatur.
77 *Cur læsio, quæ non excedit dimidium justi pretii, à legibus permit-*
78 *In definiendâ rei æstimatione tempus contractûs spectandum.*
79 *Contractus ab initio sunt voluntatis, ex post facto necessitatis.*
80 *Quod semel placuit, ampliùs displicere nequit.*
81 *Sententia l. 3. C. de rescind. vendit.*
82 *In omnibus æquitatis potiùs, quàm stricti juris, ratio habenda.*
83 *Reipubl. interest, locupletes habere cives.*
84 *Res tanti valet, quanti vendi potest.*
85 *Venditio prætextu paulo vilioris pretii non rescindenda.*
86 *Quatenus contrahentibus se invicem circumvenire liceat. & n.*
87 *Nemo præsumitur vires suarum facultatum ignorare.* (103.
88 *Error ea facto proprio intolerabilis putatur.*
89 *Nemo præsumitur suum jactare.*
90 *An beneficium l. 2. C. de rescind. vend. etiam olim obtinuerit.*
91 *Sententia l. si quis, cùm aliter. 36. ff. de verb. obligat.*
92 *Summa l. res bona. 54. ff. de contrah. empt.*
93 *Nemo debet lucrari cum alterius damno.*
94 *Tenor l. Lucius. 38. ff. famil. erciscund.*
95 *Locatio ob viliorem mercedem rescindi non potest.*
96 *Sententia l. 3. C. quib. ex caus. major. in integr. rest.*
97 *In bonæ fidei judiciis quod inæqualiter factum est, in melius reformari debet.*
98 *Verba l. quoties. 63. ff. de ædilit. edict.*
99 *Consideratio l. si duos. 47. ff. de evictionib.*
110 *Interpretatio l. 2. ff. depositi.*
101 *Nullibi in Digestorum libris rata invenitur venditio, quæ immodicam læsionem continet.*
102 *Quæ notabilia sunt, perspicuè exprimenda sunt.*
103 *Sententia l. in causa. 16. § penult. ff. de minorib. & similium.*
104 *Verus intellectus l. à Divo Pio. 15. § si pignora. ff. de re judicat.*
105 *Num remedium l. 2. C. de resc. vend. etiam in emptore procedat.*
106 *Emptor & venditor correlativè sibi opponuntur.*
107 *Quod in uno correlativorum statuitur, idem in altero statuen-*
108 *Omnibus æqualiter lege succurritur.* (dum.
109 *Beneficium d. l. 2. C. de rescind. vendit. cur venditori tributum.*
110 *Ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.*
111 *Remedium d. l. 2. ex humanitate profluxit.*
112 *Ignorantia in rebus alienis præsumitur.*
113 *Constitutio d. l. 2. de quo loquatur.* (modata.
114 *Leges Codicis ut plurimùm ad certas facti species sunt accom-*
115 *An eadem sit ratio subveniendi emptori, quæ venditori.*
116 *Cujacii rationes refelluntur.*
117 *Utrùm decisio l. 2. C. de rescind. vend. in rebus mobilibus locum habeat.*
118 *Cur in d. l. 2. venditionis fundi duntaxat fiat mentio.*
119 *Exempla regulam non restringunt.*
120 *Nunquid venditor remedio l. 2. C. de resc. vend. uti possit, si ei renunciaverit.*
121 *Renunciatio generalis non extenditur ad ea, de quibus verisimiliter non est cogitatum.*
122 *Dolus in generali sermone non includitur.*
123 *Generalis renunciatio refertur ad ea omnia, de quibus renuncians cogitavit vel in genere, vel in specie.*
124 *Juri & favori suo quilibet renunciare potest.*
125 *Notariorum stylus, pro locorum diversitate, varius.*
126 *Ecquid beneficium l. 2. Cod. de rescind. vend. verum rei suæ valorem scienti tribuatur.*
127 *Scienti & volenti nulla fit injuria.*
128 *Sciens æquiparatur renuncianti & donanti.*
129 *Ignoranti plus favetur, quam scienti.*
130 *Liberalis nemo in necessitatibus existit.*
131 *An juramentum in contractu præstitum de non contraveniendo, excludat majorem à beneficio l. 2. Cod. de rescind. vendit.*
132 *Omne juramentum, quod non vergit in æternæ salutis dispendium, est servandum.*
133 *Absolutio requiritur a juramento per metum extorto.*
134 *Juramentum non debet esse vinculum iniquitatis.*
135 *Absolutio tollit vinculum juramenti.* (queat.
136 *Juramenti vis est, ut contractum confirmet, adeò ut rescindi ne-*
137 *Num remedium l. 2. C. de resc. vend. non tantùm ad emptionem, sed & alios contractus sit transferendum.*
138 *Beneficio d. l. 2. locus est in locatione & conductione: ejusq; ra-*
139 *Merces pretium appellatur.* (tio multiplex.
140 *Conductor emptor dicitur.*
141 *Summa l. si olei. 21. C. de locat.*
142 *Tenor l. si merces. 25. § 6. ff. locati.*
143 *Novæ leges, juris veteris correctoriæ, non facilè extra suos fines trahendæ.*
144 *An constitutio l. 2. Cod. de rescind. vend. in emphyteusi locum inveniat.*
145 *Argumentum à feudo ad emphyteusin sumptum, probabile est & frequentissimum.*
146 *Feudum non est contractus, sed beneficium.*
147 *Utrùm in permutationibus locus sit beneficio l. 2. C. de resc. vend.*
148 *Permutatio locum obtinet emptionis.* (vendit.
149 *Ad objectionem respondetur.*
150 *Utrùm dictæ l. 2. sit locus in permutatione beneficiorum Ecclesiasticorum, remissivè.*
151 *Ecquid in divisionibus locum habeat remedium d. l. 2. C. de resc. vend.*
152 *Divisio intelligitur quædam permutatio, emptioniq; finitima.*
153 *Quid juris in divisione per sortem factâ.* (est.
154 *Restitutionum causa [illegible] dijudicanda.*
155 *Propter eventus incertitudinem multa admittuntur, quæ aliàs non admitterentur. Item an & quatenus unus ex pluribus fratribus vel sociis [illegible] d. l. 2. uti possit, remissivè.*
156 *An decisio d. l. 2. C. de rescind. vend. porrigenda sit ad stricti juris contractus, varia variorum sententia.*
157 *Qui exceptione perpetuâ tutus, per errorem solvit, solutum condicere potest.*
158 *Error potiùs præsumitur, quàm donatio.*
159 *Respondetur ad objectionem.*
160 *Ad aliam instantiam respondetur.*
161 *Num transigens rescissionem transactionis petere, vel ad supplementum justi pretii agere queat.*
162 *Referuntur Dd. illud affirmantes.*
163 *Referuntur Dd. illud negantes.*
164 *Referuntur Dd. distinguentes.*
165 *Negantium sententia approbatur.*
166 *Heres rogatus restituere hereditatem, si quadruplo minus restituat, quàm in hereditate fuit, quatenus ad restituendum, quod amplius est, teneatur.*
167 *Sententia l. à Divo Pio. 15. § 4. ff. de re judic.*
168 *Quod transactionis nomine datur, non repetitur, licèt res nulla media fuerit.*
169 *Transactio servanda est, etiamsi dolosè plus de lite sit petitum.*
170 *Transactio rescindi nequit sub prætextu instrumentorum noviter repertorum.*
171 *Lites transactionibus legitimis finitæ, resuscitari non debent.*
172 *Juramentum & transactio æquiparantur.*
173 *Causa per juramentum finita, retractari non potest.*
174 *Quando læsio allegari non possit.*
175 *Dubius litis eventus.*
176 *Sententia & transactio comparantur.*
177 *Transactiones & pacta stricti sunt juris.*
178 *Transactio nihil simile cum emptione habet.*
179 *Mens & interpretatio l. si superstite. 5. C. de dol. mal.*

180 Explanatio l. Imperatores 3. §. 1 ff. de transact.
181 Codicilli pars testamenti censentur.
182 Consideratio l. in summa. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.
183 Evidens calumnia quid significet.
184 Calumniosus quis vocetur.
185 An in donatione procedat lex 2. C. de rescind. vendit.
186 Donatio perfecta revocari nequit.
187 Nemo invitus donat.
188 Communionem suscipere nemo cogitur.
189 Propositum in mente retentum, nihil operatur.
190 Quando donatori repetitio detur.
191 Si emptor thesaurum in fundo empto invenerit, an venditor in partem illius sit vocandus.
192 Res, quæ nullius est, occupanti conceditur.
193 Thesauri definitio.
194 Privatio habitum præsupponit.
195 Thesaurus ante inventionem in nullius dominio est.
196 Thesaurus ut fundi pars non est: ita nec est fructus fundi.
197 Commoda cujusque rei eum sequi debent, quem sequuntur incommoda.
198 Quod quis in suo invenit, id ei omni jure debetur.
199 Sententia & expositio l. à tutore. 67. ff. de evi vind.
200 In judicandâ læsione tempus contractûs inspiciendum.
201 Thesaurus donum fortunæ dicitur.
202 Contractus venditionis & locationis sunt similes.
203 Immodicum quid significet.
204 Intellectus l. 2. C. de alluvionib.
205 Argumentum à locatione ad emptionem quatenus ducatur.
206 Conductori ob nimiam sterilitatem pensio minuenda.
207 Ecquid auxilium l. 2. C. de rescind. vend. adversus tertium ac singularem successorem competat.
208 Obligatio personalis non sequitur fundum.
209 Lege non distinguente, nec nos distinguere debemus.
210 Contra tertium possessorem quando agi possit.
211 Sententia l. in causa. 13. §. fin. ff. de minorib.
212 An venditori liceat adversus emptorem agere, quando venditor ultra dimidium est læsus, & res vendita sine culpâ emptoris periit.
213 Causa doti semper & ubique præcipua est.
214 Vbi quantitas debetur vel incertæ speciei; specie peremptâ, debitor est liberatus.
215 In dubio magis favendum reo, quàm actori. (dit.
216 Intellectus c. cùm dilecti 5. &c. cum causa. 6. de empt. & ven-
217 Quando emptor compelli possit ad solvendum pretium, licet res sine ejus culpâ perierit.
218 Si quis vendat minoris pretio rem majoris pretii, eâ clausulâ adjectâ, & si quid pluris valet, donat: utrum læsus ad rescindendum contractum agere queat.
219 Clausula (et si quid pluris valet, donat) in quâ quantitate locum teneat, & quid operetur.
220 Quid juris sit, si dicta clausula generaliùs hoc modo sit concepta: & si quid pluris valet, totum illud & omne donat.
221 Sermonis universalis natura quæ sit.
222 Leges non verbis, sed rebus sunt impositæ.
223 Sensus l. ult. §. idem quæsit. ff. de condict. indeb.
224 Consideratio l. pediculis. 32. §. Labeo. 6. ff. de aur. & arg. legat.
225 Renunciatio generalis omnium beneficiorum, non tollit remedium l. 2. C. de rescind. vendit.
226 An insinuatio sit necessaria, si pretii quantitas à venditore data, summam 500. aureorum excedat.
227 Venditio viliore pretio donationis causâ facta, est vera donatio.
228 Quid donari videatur.
229 Remissio debiti, donatio quædam censetur.
230 Præcipua contrahentium intentio spectanda. (induat.
231 Quando venditio viliore pretio facta, donationis vera naturam
232 Numquid venditio propter læsionem rescindatur, quando facta est cum decreto judicis.
233 Minor adversus venditionem restituitur, quamvis venditio cum decreto judicis facta sit. (possunt.
234 Bona Ecclesiæ sine decreto & solennitatibus juris alienare non
235 Enucleatur l. 1. C. de præd. decurionum sine decr. non alien.
236 Decretum judicis omnem doli præsumptionem excludit.
237 Veritati quævis præsumptio cedit.
238 Non ex multitudine auctorum judicandum.
239 Vtrùm dispositioni l. 2. C. de resc. vend. sit locus, si venditio facta sit publicâ subhastatione præcedente.
240 Humanitatis ratio in omni venditione militat.
241 Quatenus res tanti valeat, quanti vendi potest. (vend.
242 Ecquid in datione in solutum locus relinquatur legi 2. C. de resc.
243 Datio in solutum voluntaria similis est venditioni.
244 Si ex datione in solutum judiciali læsio inferatur, remedium appellationis competit.
245 Respondetur ad instantiam.
246 Quæ actio competat ad rescindendam venditionem propter læsionem ultra dimidium.
247 Quæ in actionem ex empto & vendito veniant.
248 In bonæ fidei judiciis veniunt omnia, quæ ex æquo & bono præ-
249 Objectioni occurritur. (standa sunt.
250 Redhibitio quid, & quando locum habeat, & quâ actione pe-
251 Ad aliam objectionem respondetur. (tatur.
252 Majores 25. annis an & quatenus in integrum restituantur.
253 Officio judicis quando sit locus.
254 Condictio ex lege quando detur.
255 Consideratio l. venditi actio. 6. C. de actionib. empti.
256 Ius προτιμήσεως sive retractûs, generali consuetudine introductum, venditionem quandoque retrahit.
257 Res majorum in familiâ nostrâ permanere debent.
258 Solennia retractûs requisita diligenter observanda.
259 In retractûs alteri cedi nequit.
260 Retractus intra annum & diem fieri debet.
261 Moræ purgatio quando non admittatur.
262 Tempus, juri retractûs præfinitum, ex quo die currat.
263 Retrahens justum & integrum pretium emptori offerre necesse habet.
264 Si quod emptor extraneus solvit, justo majus sit; an hoc integrum à retrahente sit offerendum.
265 Ius protimiseos quatenus domino emphyteutæ detur.
266 Antiquior fisci colonus quatenus extraneis in novâ conductione præferatur.
267 Natura emptionis-venditionis suadet, ut tam emptor, quam venditor indemnis servetur.
268 Nemo duplici onere afficiendus. (tertii.
269 Privilegium prælationis non debet esse conjunctum cum damno
270 Surrogatum sapit naturam ejus, cujus in locum surrogatur.
271 Nemini invito jus suum auferendum.
272 Ius protimiseos quid contineat.
273 Quando necessitas vendendi alicui injungitur; id de justo pretio est accipiendum. (improbant.
274 Leges venditionem, quæ rei æstimationem veram excedit, non
275 Retrahens cum pretio non solum sumptus, tempore contractûs factos; sed & necessarias utilesque impensas emptori refundere tenetur.
276 Nisi in fraudem retrahentis impensæ nimis magnæ sint factæ.
277 Cautela retrahenti prodita.
278 Particularis pretii oblatio quando sufficiat.
279 Mora non contrahitur, nisi debitum sit liquidum.
280 Quid retrahenti faciendum, si emptor oblatum pretium accipere renuset.
281 Forma dat esse rei; adeoque ad unguem servanda.
282 Vtrum in datione in solutum locus sit retractui.
283 In solutum datio dupliciter fit.
284 Alienatio legibus prohibita, de voluntariâ est accipienda.
285 Contractus partium consensu absolutus, ne quidem Imperiali rescripto extinguendus. (reliquum.
286 Vtrum si res non vendita, sed donata sit, juri retractus locus sit
287 Emphyteuta licet sine consensu domini rem emphyteuticam vendere nequeat: donare tamen eam potest.
288 Venditionis verbo quatenus omnis alienatio contineatur.
289 Donatio in quot confreatur.
290 Neque in permutatione, neque transactione, neque divisione, neque locatione, &c. locus retractui relinquitur.
291 An locus sit retractui, si prædium retractui obnoxium unà cum aliis prædiis sit venditum. (deducta.
292 Tot censentur contractus, quot res sunt separatæ, in contractum

293 Ven-

293 *Venditis pluribus rebus, quarum una Titii est, eam solam Titius evincere potest.*
294 *Licèt uno pretio plura prædia sint vendita, de singulis tamen empti & venditi agi potest.*
295 *Consideratio c. constitutus. 8. de in integ. restit.*
296 *Num retrahens omnes res venditas retrahere teneatur, si emptor omne, quod uno pretio emit, retrahenti offerat.*
297 *Beneficium a jure alicui concessum, ei invito auferri nequit.*
298 *Alteri per alterum iniqua conditio non inferenda.*
299 *Explicatur l. tutor 47. §. 1. ff. de minorib.*
300 *Consideratur l. communi. 7 §. si debitor. 12 ff. communi div.*
301 *Ecquid juri retractûs locus sit, si inter emptorem & venditorē convenerit, ut, si quisquam retrahere velit, contractus sit nullus.*
302 *Venditio sub conditione fieri potest.*
303 *Verba & tenor l. si hominem. 19 ff. de usurpat. & usucap.*
304 *Ius retractûs tantum locum habet in rebus immobilibus.*
305 *An jus retractûs in venditione jurium locum habeat.*
306 *Iura inter immobilia censentur.*
307 *Quænam actiones ex contractu emptionis & venditionis nascantur.*
308 *Actio empti cui, adversus quem, & ad quid competat.*
309 *An ad dominii translationem necesse habeat venditor vacuam possessionem rei venditæ emptori præstare.*
310 *Quando aliquid in potestatem domini redisse dicendum sit.*
311 *Asinina detentio ad acquirendum dominium nihil valet.*
312 *Ex naturali possessione dominium incipit.*
313 *Duo in solidum ejusdem rei possessores & domini esse nequeunt.*
314 *Quatenus traditione dominium rei acquiratur.*
315 *Quod uni juri loco deest, ex aliis supplendum est.*
316 *Incivile est, nisi tota lege perspecta, judicare vel respondere.*
317 *Verus intellectus l. si, cum fundum, 68. §. ult ff. de contrah. empt.*
318 *Explicatio & sententia l. si fundum, 16 ff. de fundo dotali.*
319 *Actionem qui habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur.*
320 *Interpretatio vitio carens, legibusq; conveniens, omnino admittenda.*
321 *Si res vitiosa emptori tradatur, quæ actio ei concedatur.*
322 *Si res falsâ commendatione pluris justo vendita sit, ad quid agatur.*
323 *Quid venditor in venditione equi præstare debeat, remissive.*
324 *Quid veniat in empti judicium.*
325 *Actio venditi cui, ad quid, & contra quem, detur.*
326 *Num emptor usuras pretii solvere venditori teneatur, quando nullos fructus ex re vendita percepit.*
327 *Consideratio l. curabit. 5. C. de actionib. empti.*
328 *Sensus l. 2. C. de usuris.*
329 *An usurarum præstationi sit locus, si venditor rem liberam emptori non tradidit.*
330 *Sententia l. Iulianus. 13. §. 21. ff. de actionib empti.*
331 *Utrum absq; crimine usuræ venditor convenire cum emptore possit; ut, donec pretium rei venditæ numeretur, aliquid certi annuatim pendatur.*
332 *Emptor usuras præstare cogitur ex æquitate.*
333 *Objectioni respondetur.*
334 *Nemo sine labe usuræ potest rem carius vendere, ob concessam dilationem ad solvendum pretium.*
335 *Quid emptor præstare teneatur.*

1 DE rebus, quæ emi vendivé possint, Paulus JC.
certam proponit regulam, dum inquit: omnium
rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi
potest, venditio rectè fit: quas verò natura, vel gentiū
jus, vel mores civitatis commercio exuerunt: earum
nulla venditio est. *l. si in emptione 34. §. 1. ff. de contrah.*
2 *empt.* Hujusq; regulæ ratio non est obscura: quia id-
circo emimus rem, ut eam habeamus; & vendimus,
ut pretio accepto eam tradamus: proindeq; quam ha-
bere non licet, eam ne emere quidem; imò cùm non
habeamus, ne tradere quidem possumus: *docente Vulte-
jo ad principium hujus tit. num. 21.* Vnde rectè ait hoc
loco Justinianus: rei sacræ, religiosæ sive sanctæ, &
publicæ, itemq; liberi hominis emptionem, à sciente
factā, non valere. *l. hanc legē 22. l. litera. 51. l. liberi. 70.*
cum simılib. ff. de contrahend. empt. Et quidem loqui- 3
tur Imperator disertè de eo, qui sciens ejusmodi rem
emit: propterea quòd & liberi hominis & rei sacræ, &
religiosæ, & publicæ emptio, si ab ignorante fiat, subsi-
stit. *l. & liberi. 4. l. sed Celsus 6. d. l. liberi. 70. ff. d. tit.* Ra-
tio ejus est libertas commerciorū: id est; quoniam dif-
ficilè dignosci potest res sacra, religiosa vel publica à re
profanâ, vel privatâ: sicuti liber homo difficilè digno-
scitur à servo *l. quia. 5. ff eodem tit. l. justo. 44. circa
princ. ff. de usurpationib. & usucapionib.* Ac sane cum
quis rem sacram, vel similem ignorans emit: emptio
intelligitur, ad hoc, ut emptor, qui rem sacram, religio-
sam vel publicam, pro re profanâ, vel privatâ, deceptus
à venditore, emit; habeat actionem ex empto, per quā
consequatur, quod sua interest, se deceptum non esse.
hoc §. nostro. Aliàs autem emptio non tenet. *l qui offi-
cii. 62 § 1. ff. de contrah. empt. Wesenbec. hic num. 1.* Sic-
que fit interdum, ut, licet emptio non subsistat; em-
ptor tamen habeat actionem ex empto, adversus ven-
ditorem: ut consequatur, quod sua interest: idq; sum-
me notandum esse, monet Borcholt. *hic num 3.* Et co-
piosiùs, suo more, explanat Donellus *ad tit. C. quæ res
venire non poss. n. 9. & seqq.* Enimverò illud silentio in- 4
volvi non debet; rem sacram aut religiosam alterius
rei venditioni nonnunquam accedere posse, etiamsi
per se vendi nequeat. *l. in modicis. 24. ff. de contrah.
empt. l quadam. 62 ff de acquir. rer domin.* Sic jus pa-
tronatûs (id est, jus præsentandi & conferendi benefi-
cium) quod sacrum est, transire cum universitate, cer-
tum est, *c. cùm seculum. 13. ibiq; gloss. in verb. empto-
rum. de jure patronat. Duaren. ad t. ff. & C. de contra-
hend. empt. c. 2. pag. mihi 1362.*
Præterea prohibitum est, vendere res furtivas. *d. l. si* 5
*in emptione. 34. §. item si & empt. ff. de contrah. empt. §.
furtiva & §. seq. supra de usucap. l. incivilē. 2. C. de fur-
tis.* litigiosas *l. alienationes. 13 ff famil. ercisc. l. 1. § 1. ff.
& tot. tit. C. de litigiosis. ibiq; in Paratit. Cujacius. l. 1. §.
ult. ff. quæ res pignori vel hypoth. data obligari non poss.
Mynsing. cent. 1. obser. 55.* dotales immobiles, *initio tit. su-
pra. quib. alien. licet, vel non. tot. t. ff de fundo dotal. &
ibi Wesenbec. in Paratit. l. unic. §. pen. & §. ult. C. de
rei uxor act.* & feudales. Si enim vasallus citra domini
consensum vendiderit feudum, eo privatur, idq; ad do-
minū revertitur. *c. unic. de prohibit. feud. alienat. per
Lothar. & c. unic. de prohibit. feud. alienat. per Fri-
der. Borcholt. in Commentar. ad libr. Feud. cap. 8.
numer. 32. & seqq. Rosenthal. in Synopsi feudal. cap.
9. conclus. 2. cum seqq.* Sic quoque res emphyteuti-
cas vendere non licet. Nam si emphyteuta, inconsulto
domino, vendiderit emphyteusin; redit ipsum jus ad
dominum, & emphyteusis finitur. *l. 3. C. de jur. em-
phyteut.* Et hoc explicatiùs enodavimus *in §. adeò nu.* 6
423. & seqq. supr. de locat. & conduct. Veneni item
mali, quod nullo modo adjectione alterius materiæ
nobis usui esse potest, emptio nulla est *l. quod sæpe. 35.
§. veneni 2. ff. de contrah. empt. Menoch. lib. 2 de arbitr.
jud. cent. 4. cas. 359.* Adhæc non rectè quispiam ven- 7
diderit annonam militarem; & frumentum publici
cano-

canonis sive publicæ anniversariæ præstationis *l.3.&*
4.C.quæ res venire non possunt. Vtriusque ratio non
obscura est: quia hæc frumenta adservari in eos usus,
ad quos destinata sunt, ad summam Reipublicæ per
tinet. *Donell.ad d.l. C. quæ res venir. non poss. n 48.*
8 Eunuchi quoque seu servi castrati Romanæ gentis
vendi non possunt. Barbaræ autem gentis eunuchos,
si in potestatem nostram venerint, impunè vendere &
9 emere licet, ut reliquos servos. *l.2.C.de eunuchis.* Sed
& purpuram vendere privatis non permittitur. *l 1. &*
2.C. quæ res venire non poss. & ad istum. t. præclarè
Molinenis.pag 192. Connan. lib. 7. Commentar. jur.
civ.c.7.n.1. Cui constitutioni mores veterum Ro-
manorum causam dederunt. Purpura namq; erat in-
signe summorum Magistratuum, & maximè Impera-
toris Itaque hoc caverunt Romani: ne, si omnibus
purpuram tingere & vendere liceret, usus purpuræ
vilesceret; & præterea materia assiduo usu consume-
retur. *Donell. loco præallegato, n.58.* Et de purpurâ
plura, observatu valde digna, tradit Petrus Gregor.
10 Tholosan. *lib.6.de Republ.cap. 20. num.7.* Sic etiam
Romani arma barbaris sive hostibus vendere prohi-
bentur: ut & vinum, oleum, garum. &c. ne scilicet ar-
mis instructi validiores reddantur: vel istis liquorib'
illecti, promptiùs fines Romanorum invadant. *l 1 &*
2.C.quæ res exportari non deb. ubi Cujacius & Sichar-
11 *dus.* Quæstio autem hîc movetur: cum *in d.l.1.C.d.t.*
dicatur, liquamina non esse vendenda barbaris vel ho-
stibus: quid juris sit in aridis? Vt si, *exempli gratiâ,*
mercator adveheret frumentum Turcis, qui & barba-
ri sunt, & perpetui hostes Romani Imperii: an eâdem
pœnâ esset plectendus, quâ plecteretur, si vinũ, aliud-
ve liquamen adveheret? Et respondet glossa *ad d.l. 1.*
in verbo, liquaminis. C.eod. idem eâdem ratione di-
cendum; adeòq; legem istam à liquamine ad arida
12 extendendam esse. Quam glossam esse auream &
plurimùm notandam, rectè ait Molineus *ad d. tit. C.*
quæ res exportari non debeant. Quamvis enim regu-
lariter pœnæ & odia restringenda sint. *l. interpretati-*
13 *one 42.ff de pœn.c.odia 15.de reg.jur.in 6* tamen ubi
invenitur lex aliqua pœnalis, in uno casu constituta
ea propter rationis vel identitatem, vel majoritatem,
etiam ad casum non expressum extendi potest. *arg.l.*
ossa.8.§ ult.ibi, quia intellectu aliquo ipse prohibit. vi-
detur.ff.de relig.& sumptib.fune.l.hic solu.7.ibi, satis
etiam tacitè cautum. C. de revocand donat. cum si-
milibus allegatis infr.ad §.est & inter publica. 10. n.
6.tit.de publ.judic. Si igitur prohibitum est sub gra-
vissimâ pœnâ oleum vendere hostibus barbaris, ob
hanc maximè rationem: quòd illud adjumentum af-
ferat ad communem vitam; quantò magis punien-
dus est is, qui frumenta illis advehit: cùm sine iis nullo
14 pacto commodè vivi possit. Suæ insuper rei emptio-
nem non valere, vix dubium est. *l.etsi 15.§.2.& l.suæ*
rei.16 ff.de contrah empt.l.cùm rei 4.C.eod.l.servum
15 *37. ff. de condict. indeb.* Quia quod alicujus est, am-
plius ejus fieri nequit *§ sed si rem. 10. suprà de legat.*
16 Sed quæri hic solet: utrùm rei, quæ pro parte empto-
ris sive alterius est, & pro parte solùm venditoris,
venditio simpliciter facta valeat, & in totâ re, vel in
parte duntaxat, quæ venditoris est, consistat? Et brevi-
ter ex mente Doctorum concludendum est: si emptor
sciat, rem pro parte tantùm venditoris esse, intelligi
venditionem pro parte solummodo cõtrahi *l. qui ta-*
bernas.32.ibiq; Alberic de Rosat.ff. de contrah. empt.
si verò credat emptor, rem integram & liberam esse
venditoris; in solidum venditionem factam censeri,
arg l.cùm venderes 59.ff eod.tit.l 1.§ 1.l.si sterilis.21.
§ 1.& l.in venditione.41.ff.de actionib. empt. si deni-
que dubitetur, quid emptor cogitaverit, rursus inte-
gram rem in hoc dubio venditam præsumi, *arg.l ex*
his prædiis.5. C. de evictionib. Iason in § sic itaq; di-
scretis.n. 21.infr. de actionib. huncq; referens Petrus
Aug. Moria in emporio jur.part. 3.tit. 9. in præmiss.
n.85. Tametsi ex quantitate pretii, aliusve circũstan-
tiis colligi possit, an tota res, vel tantùm pars, vendita
videatur, ut, *post Bartol & alios plures à se citatos,* no-
tat Gomezius. *tom.2.var. resol.c. 2 n. 12.* & Fabinia-
nus de Monte S. Sabini *in tract. de empt. & vend. q.*
6 princip.num.35.

Jure præterea renovato Würtembergico non sine 17
ratione singulariter cautum est: ne quis subditus præ-
dium aliquod provinciale forensi sive peregrino ven-
dat, aut nomina sua, aliaque jura cedat. **Landtrecht.**
part.2.tit.9.pag. 267.§. **Wir setzen/** *&c. item tit. 33.*
pag.321.item **Landtsordnung.** *pag. 25. tit.* **daß nie-**
mand keinem/so nit under unsers Fürstenthumbs
Obrigkeit gesessen/einig ligend Gut zu kauffen gebe.
Quin & cellaria, granaria, stabula, horti, aliaque, quæ 18
ædibus adhærent, separatim sine domo aut ædibus,
eodem jure vendi nequeunt. **Fürstl Würtemb. er-**
newert Landtrecht *d.part.2.tit.9.pag.266.§.* **gleicher**
gestallt/ꝛc. Omnia quippe hæc, & similia ædium esse
censentur; ac proinde divisim & seiunctè ab ipsis æ-
dibus avellenda non sunt *l.prædiis 91.§.Balneas.4.&*
§ seq.ff.de legat.3.l.Iulianus.13.§. ult. cum ll.seqq.ff.
de actionib.empt.Bertazol.in tract.de clausul. instrum.
clausul.26.glos.13. quem refert & sequitur Ioannes Ia-
cob Plebst.disp 2.de jure locali Ducatûs Württemb.
th.26 edit.1. Mantica de conjectur.ult. volunt. lib.9.
tit.2.num.43. Berojus consil.48.num.12.vol 2.& Sur-
dus decis.154 num.313. & 15. ubi etiam dicit, quòd
vendito equo, seu mula, censeantur quoq; vendita
ornamenta, si eo tempore, quo viderunt contrahentes
mulam seu equũ, secum ornamenta habuerint, *juxta*
tradita Baldi in l.2.num.4.C de ædil.edict. & Iasonis,
in § actionum.num.58.Inst.de actionib. nosq; referen-
tis Acacii Antonii de Ripoll.var.jur.resol.cap.11.n.
346.& seq fol.360.

Porrò res alienas vendi posse, nulla dubitatio est, 19
respondente Vlpiano in l.rem alienam 28.ff.de contrah.
empt. quia sufficit, venditorem pro evictione teneri.
l ex empto.11 § 2 ff.de actionib.empt.l.si fundum.27.
C.de evictionib. quo tamen nihil juris invito domino
aufertur. *l.nemo.6.C.de reb.alien.non alienand.l.ma-*
ter.3.C.de rei vindicat.Gomez d.tom.2.var.resol.c.2.
num.8.Wesenbec.in Paratit.ff. de contrah. empt.n. 7.
Mezz. in tract.de empt.& vendit.tit.de reb. quæ emi
& vendi poss. numer. 10. Fabian. de Mont. d. tract. de
empt.& vendit.quæst. 4.princip. numer. 7.aliisq; ab
his

bis allegati. Quibus adiiciend⁹ est Acacius Antonius de Ripoll. *d. cap. 11. n. 246. cum seqq. pag. 355. & seq.*

20 Sanè circa omnes res, tum præsentes, tum futuras, ut fructus & partus, emptio & venditio versatur. *l. nec*
21 *emptio. 8. in princip. ff. de contrah empt.* Quinimò & spei sive aleæ emptio valet: veluti cùm captus piscium, vel avium, vel missilium emitur. *d. l. nec emptio. 8 §. 1. ff. eod. l. si jactum. 12 ff. de actionib. empt.* Cæterùm multùm refert: rei futuræ, an spei sit emptio. Hæc namque præsens & pura est, teneique, licèt nulla res sequatur. *d l nec emptio. 8. §. 1. ff. de contrah. empt.* illa verò semper conditionalis est. *d. l. 8. in princip. ibi, jam tunc, &c. ff. d. tit. ibiq. Mudæus cap. 3. Gomez. prædicto cap. 2. numer. 7.* Proindeque nullis natis fructibus, nulla emptio est, *arg. l. necessariò. 8 in pr. ibi, quod si sub conditione ff. de peric. & commod. rei vend. & l. 1. §. fin. ff. de condit & demonstrat.* & datum pretium repetitur condictione sine causa. *Glos. in l. si debitor. 39 in fin. in verb responsum est. ff. de contrah. empt.* Si qui verò nati fuerint fructus, quantumvis tenues; perficitur emptio; nec fit emptori ulla ob sterilitatem remissio, *tradente Mudæo loco præallegato.* Quòd si certa & determinata rei futuræ quantitas ematur, utputà decem modii frumenti; constituitur pretium ex eo, quod natum fuerit. *d. l. si debitor. 39. § 1. & ibi Bartol. Bald & alii ff. de contrah empt. l. inter stipulantem 83. §. sacram. 5. vers pro quo. ff. de verb. obligat.*

22 Illud quoque hìc non ignorandum; quòd in venditionem cadant non solum res corporales. sed & incorporales; ut hereditas & actio. *tot tit ff. & C. de heredit. vel act. vend.* ut servitus. *l. si aquæductus 47. ff. de contrahend. empt. l. arboribus 12. § usufructuarius. 2. l. non utitur 38 ff. de usufructu. d. l. necessariò. 8. § fin. ff. de peric. & commod. rei vend* item annuus census sive reditus, *de quo vide Recess Imperii de Anno. 1548. tit.* **Von Wucherlichen Contracten/ꝛc.** Atq; eà de re explanatiùs tractatur infrà *n. 39. & multis subsequentibus.* An porrò & quatenus actiones per venditionem & similes modos in alium transferantur, & cedantur, perquàm copiosè explicuit Hunnius *lib. 4. var. resolut. jur. civ. part. 7. tractat. de actionib. quæst. 3. & seqq. pag. 1352 & seqq.*

23 Quæri forsan non ineptè hoc loco potest: num jus accrescendi transeat in emptorem hereditatis? *Exempli gratiâ:* Sempronius heres est institutus à Titio, ex semisse. Vendidit ille suam portionem hereditatis Cajo. Post venditionem factam portio coheredis deficit. In disceptationem sive quæstionem jam venit: utrùm venditori Sempronio, tanquam heredi principali directo, an emptori Cajo portio isthæc deficiens accrescat? Et quæ potissimùm reperiuntur contrariæ Doctorum sententiæ: una vult, venditori accrescere: altera, emptori. Prioris auctores sunt *Petr. de Bellapert. Iason, Ripa, & Crot. in l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3. Rayn. de Forol. in l. 1. §. interdum. ff. de usufruct. accresc. Cuman. in l. Papinianus, 43. ff. ad senatusconf Trebell. Salicet. in l. un. C. quando non petentium partes petentib. accresc. Vasquius in tit. de tacitis substit. seu de jure accresc. lib. 3 § 21. numer. 65. vers. illud autem dubium est, &c. Ant. Gomez. tom. 1. var. resolut. cap 10. de jure accresc. numer. 44. Dn. Collega Bocer. class. 2. disp. 3. th. 16. ed. 2. & in hoc tit. numer. 77. cum seqq pag. 374. Cujacius lib. 12. observat. cap. 13. & lib. 3. notatori Mercat. cap. 12. Broncborst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 93. edit. 1. Treutler. d. vol. 1. disp. 28. thes. 12. lit. a. ibiq. in suis Not. Bachovius pag 109 & seqq. Fachineus lib. 10. controvers. jur. cap 3. & cap. 69. nec non Ant. Faber. part. 2. de errorib. pragmaticor. decad. 50. error. 5. & Ortelphus Fomannus disp. 22. corollar. 2. ubi citat etiam Ioannem Suevium in tract. de jur. accresc. lib. 2. cap. 2.* Posterioris sententiæ assertores sunt *Bartol. ad d. l. re conjuncti. 89. numer. 26 ff. de legat 3 Curt. junior in d. l. unic C. quando non petent. partes, &c. Duaren. de jure accrescendi. lib. 2. cap 6. Ioan. Robert. lib 3. animadversion. jur. civ. cap. 12. & libr. 3. not. ad notata Mercat. c. 12. Arumæus Exercit. Inst. 14. thes. 7. & disput. 13. Pand. thes. 5. Andr. Gerhardi decad. 14 quæst. 8. Hunnius disputat. 16. thes 11. & lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst 8. itemq. in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quæst. 63. pag 231.* Atque hæc posterior sententia mihi probabilior videtur, ex subsequentibus maximè fundamentis. I. Quia hereditas est jus u- 24
niversum. *l hereditas. 62. ff. de reg jur. l. hereditatis. 119. & l pecunia 178 §. hereditas. ff de verb. signif.* Ideoque hereditate venditâ, semper illud jus venditum intelligitur, quod penes heredem futurum esset, si ea, vendita non fuisset; ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quàm apud venditorem, eundemque heredem futurum fuerit. *l. 2. in princ. ff. de heredit. vel act. vendit.* II. Quia non solùm quod ad venditorem hereditatis pervenit; sed & quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: & non tantùm, quod jàm pervenit; sed & quod quandoque pervenerit, restituendum est *d. l. 2. § non tantùm. 4. ff. eod. tit.* III. Quia emptor here- 25
ditatis, vicem heredis; atque adeò omnia jura hereditaria obtinet. *d. l. 2. §. cùm quis. 18. ff eod.* Quemadmodum igitur deficientis coheredis portio ipsi aliàs accrescit heredi: ita & emptori hereditatis accrescit. IV. Quia portio deficiens, velut alluvio, portioni ac- 26
crescit. *l. si Titio, 33. in fin. ff. de usufruct.* Cùm ergo portionem hereditatis habeat emptor, non venditor: illi, non verò huic, portio deficiens accrescet. *l. si totam 83. ff. de acquir. vel omit. heredit. d l. Papinianus. 43, ff. ad senatusc. Trebellian.*

Nec oberit huic fundamento, si obiiciatur: ven- 27
ditorem habere portionem hereditatis eo ipso, quòd ejus pretium, quod succedit loco rei, habeat. *l. si & rem 22. ff. de petit. heredi. l. quia qui pretio. 39. ff. de usufruct. l. si quis pecuniam. 4. §. ult. ibiq. glos. in verb. possidere ff. si quis omissa caus testamenti, &c.* Nam Jurisconsultus in *d. l. si Titio. 33. ff. eod.* respexit ad eũ, qui reverâ possidet rem hereditariam, aut legatam; non ad eum, qui juris interpretatione, vel fictione quadam rem habere intelligitur, Idque non obscurè colligitur ex comparatione, quam ipse inter partem hereditatis deficientem, & inter alluvionem instituit. Quod enim accedit fundo vendito per alluvionem, emptoris lucro est, non venditoris: quamvis pretium

fundi venditi habeat venditor. *l. id, quod. 7. ff. de peric. & com. rei vendit.* Itaque sicut venditor fundi, non ideo fundum habere censetur, quia Pretium habet, ut commodum alluvionis ipsi acquiratur: ita de venditore hereditatis, aut rei legatæ, in proposita quæstione dicendum est. Ea quippe similitudine usum fuisse Jurisconsultum credibile est, ut sophisticis hujusmodi rationibus viam præcluderet. *Duarenus loco suprà notato.*

28 Non item obstat assertioni nostræ, quòd heres non possit vendere hereditatem, nisi, eam adierit: & qui semel adiit hereditatem, heres permaneat *l. ei, qui sol vendo. 88 ff de heredib. instituend. l. ex facto. 43. §. ult. ff de vulg. & pupill. substit. l. ait prætor. 7. §. sed quod Papinianus 10. in fin ff de minorib. l. 2. C. de pactis.* Respondetur enim: heredem post venditam hereditatem manere quidem heredem, sed nudo duntaxat nomine: emptorem verò quoad effectum esse heredem, ut qui hereditatem, ejusq. commoda obtineat. Atqui portio deficiens non accrescit illi, qui nudum tantùm heredis nomen, sed ei, qui portionem hereditatis habet: cùm portio illa non personæ, sed portioni accrescat. *d. l. si Titio. 33 ff. de usufructu.* Neque ad rem pertinet, si tegeratur: venditorem hereditatis, ob jus & nomen heredis, quod retinet, intelligi habere portionem hereditatis. Siquidem jam antè ostensum est: quòd quemadmodum alluvio accrescit veræ portioni, sive ei, apud quem vera est portio: ita quoque portio hereditatis accrescat ei, qui reverâ hereditatis portionem habet: non alii. *d. l. 33 ff. d. tit.*

29 Pari ratione nihil adversatur *d. l. si quis pecuniam. 4. §. fin. ff si quis omissa causa testamenti, &c.* ubi is, qui hereditatem vendidit, adhuc possidere intelligitur. *Quandoquidem* ibi non dicit simpliciter Vlpianus; venditorem hereditatis possidere, sed videri possidere. In rei namque veritate possidere nequit: cùm & dominium & possessionem in hereditatis emptorem transtulerit. Cæterùm quod IC. ait, illum videri possidere: id secundum subjectam materiam illius, de quo ibidem agit, edicti Prætorii intelligendum est: *ut copiosiùs hoc declarat Robertus d. libr. 3 animadversiones. cap. 12. pag. mihi. 311.*

30 Similiter nihil urget, quod de voluntate testatoris affertur, videlicet ei nihil dandum esse, cui nihil dari voluit testator. *Nam* testator ei dari voluit jus accrescendi, qui hereditatem suam habiturus est; quam nũc emptor habet. Venditor autem isto jure se indignũ fecit: qui quantum in ipso fuit, voluntatem illius repudiavit: & honori, sibi à testatore delato, pecuniam prætulit. *arg. l. ita tamen. 27. §. qui suspectam. 2. ff. ad senatusconsult. Trebellian.* Adde, quòd de testatoris voluntate quærendum aut curandum non est, cùm agitur de jure accrescendi in hereditate: quoniam in hereditatibus lex jus accrescendi induxit, invito etiam testatore: nec voluntatem defuncti spectat, nisi cùm tractatur de jure prælationis, *ut in l. item quod Sabinus. 17. §. 1. & l. si ita quis. 66 ff de hered instit.*

31 Rursus nullius momenti est, quod objicitur; venditorem hereditatis id tantùm vendere intelligi, quod jam ipso venditionis tempore ad eum pervenit; proindeq; non, quod postea accrevit aut accessit. *d. l. 2. § 1. ff. de hered. vel act. vend.* Etenim illud eò spectat, ut intelligamus, non esse audiendum venditorem, si ex post facto dicat, non aliud se vendidisse, quàm quod in hereditate fuit vel mortis, vel aditæ hereditatis tempore: si modò ex hereditate, aut per occasionem hereditatis aliquid amplius consecutus sit ab aditâ hereditate. Non verò eò pertinet, ut id, quod post venditionem accreverit seu accesserit, emptori non acquiratur. Quamvis enim jus accrescendi nasci videatur post diem venditionis, si exinde coheredis portio deficiat, quæ vendita non fuit: causam tamen habet venditione antiquiorem, nempe acquisitionem portionis venditæ, quam aditam & acquisitam fuisse necesse est, priusquam vendi potuerit. Hoc ipso enim, quòd quis partem hereditatis adit, licèt alia port o nondum defecerit, nec proinde ipsi data fuerit; tamen que tamen in eum casum, quo etiam alia quandoque deferatur, ex tunc adire intelligitur; ita ut ei postea novâ aditione non sit opus. *l. si quis heres. 35. l. si duo. 38 l. si solus. 80. §. ult. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Vtramque igitur portionem vendidisse credendus est, *vel ex illa ipsa l. 2. §. 1 ff. de heredit. vel act. vend.* ubi Vlpianus satis manifestè indicat, venditorem hereditatis omne jus, quod habuit tempore venditionis, vẽdidisse videri. *Atq; ita ad istud objectum Cujacianum, quantumvis aliàs contrariam sectetur opinionem, respondet Ant. Faber. d. decad 58. de errorib. pragmaticor. error. 5. pag. 1204.*

32 Hoc amplius non resistit, quòd fideicommissarium non sequantur ea, quæ post hereditatem restitutã accesserunt, si heres sponte adierit hereditatem, *per notata Cujacii d. lib. 12. observat. cap. 12. & 13.* Etsi enim melior videtur esse debere conditio fideicommissarii, quàm emptoris; propterea quòd universalis ille successor sit, hic verò singularis: attamen certum est, aliam esse rationem emptoris hereditatis, & aliam fideicommissarii. Emptor siquidem habet jus & causam ab herede, eodemque venditore non à testatore: fideicommissarius autem non nisi à testatore, licèt per manus heredis. Hincque fit, ut plus juris videatur dandum emptori, qui in omne jus venditoris sui successit, ex ipsius venditoris voluntate, quàm fideicommissario, in quem nec transferre quicquam voluit heres, nec transferre testator, nisi quod esset in fideicommisso. *Sed* & videtur posse imputari venditori, cur non dixerit legem apertiùs, sibique nominatim jus illud accrescendi non exceperit. *l. veteribus. 39. ff. de pact. l. Labeo scripsit. 21 ff. de contrah. empt.* facitque pro emptore, quòd plerunque eadem sit causa emptoris, quæ venditoris. *l. invitus. 156. §. plerunque, ff. de reg. jur.*

33 Nihil quoque refragatur, quòd inter succedentes diverso jure, non habeat locum jus accrescendi. *l. sed cùm patrono. 6. in pr. ff. de bonor. possessionib.* Hic autẽ succedatur diverso jure: cùm heres succedat ex testamento: emptor verò ex contractu. *Nam* dicendum: emptorem hereditatis repræsentare ipsum heredẽm, vicemque heredis obtinere: ut ita eodem jure succedere intelligatur emptor, quo heres. *d. l. 2. §. cùm quis. 18. ff. de heredit. vel act. vendit.*

Adhæc

Adhæc minimè decisionem nostram imminuit
34 textus in *d.l.ex facto.43.§.final.ff. de vulg. & pupill. subst.* ex quo evincitur, quòd ad eum, cui portio hereditatis aufertur, & fisco applicatur, pertineat portio deficiens; non autem ad fiscum, qui aliam portionem habet. *Quoniam respondetur;* substitutionem illic fuisse expressam coheredis, non item fisci: & coheredem satis fuisse punitum in eo, in quo fecit contra legem, ut inquit ibi Jurisconsultus *in vers. satis enim, &c.* nimirum ut suam portionem amitteret, propter fidem accommodatam de restituendo incapaci. Vel succinctiùs responderi poterit: in substitutione aliud esse, quàm in jure accrescendi: si quidem illa personam respiciat, non verò portionem. *Et ita Fachineus ipse, contraria favens opinationi, argumentum istud refutat, prædicto lib.10.controvers.jur.cap.3.& 69.*

35 Præterea nihil negocii facessit nostræ sententiæ: quòd jus accrescendi in contractibus non obtineat, *arg.l.si mihi & Titio.110.in princ.ff. de verb. obligationib.* utpote in quibus totum negocium strictæ pressæque contrahentium dispositioni relinquatur, *arg.d.l. veteribus.39. ff. de pact.l.triticum.94. & l. quidquid.99.ff.de V. O.* Primùm enim dicendum est: emptionem-venditionem hereditatis excipi: eò quòd emptor hereditatis vicem heredis sustineat, *d.l. 2.§.cùm quis.18.ff. de heredit. vel act. vend.* Deinde respondendum: emptorem in nostro casu non tam ex contractu, quàm ultimâ defuncti voluntate jus accrescendi habere: cùm testator credatur voluisse, ei tribui jus accrescendi, qui hereditatem suam, quam nũc emptor tenet, sit habiturus, *ut explicatũ sup.n.30.*

36 Insuper parùm movet in contrarium, quòd venditor, etiam post venditam, & jam præstitam hereditatem teneatur creditoribus hereditariis, itemq; legatariis. *l. 2.C.de heredi. vel act. vend. l. 2. C. de legatis.* Nam ideò à creditoribus & legatariis heres, itemque venditor, & non emptor, convenitur: quia heres debitor non potuit illorum jus contrahendo tollere aut mutare. *l.debitorum. 25.cum l. seq.C.de pact.* nec in aliam personam transferre obligationem, quam aditâ hereditate, quasi contrahendo, sponte suscepit. *§.heres. 5.infr.de oblgat.quæ q ex contract nasc.Wesenbec.in Paratit.ff de heredit.vel act.vendit.num.5.*

37 Finaliter non obloquitur nostræ sententiæ, quòd jus accrescendi inter eos regulariter duntaxat locum habeat, qui ab ipso testatore conjuncti sunt, *arg.§.si eadem res.8.supr.de legat l. triplici modo.142.ff de verb signifi.l. Attius.11.l heredes.63 ff de heredib. instituend.l.unic.§.his ita definitis.10. & seq. C. de caduc.tollend.* Atqui emptor hereditatis non fuit cum eo, qui defecit, à testatore conjunctus; sed heres, qui vendidit hereditatem. Huic proinde, non verò illi portio deficiens accrescere debet. Non, *inquam*, hoc nostræ sententiæ obloquitur. Quia respondetur: emptorem hereditatis non quidem conjunctum fuisse ab ipso testatore heredi deficienti in hereditate: sed tamen in hereditate vicem ejus, qui à defuncto heredi deficienti conjunctus fuit, repræsentare ac sustinere; &
38 consequenter ejusdem jure gaudere. *d.l.2.§.cùm quis.18.ff.de heredit.vel act.vendit.* cùm surrogatum sapiat naturam ejus, cujus in locum surrogatum est: & qui in locum alicujus successit, succedat etiam in ejusdem jura, *arg.l.si eum.10.§.qui injuriarum.ff si quis cautionib in judic.sist.caus.fact.l.si judex.32.& l.mortuo.66.ff de judic.l.filia.28.§.1.ff. de condit.& demonstrat.* Atque de isthac quæstione vide novissimè latiùs dissertantem Erasmum Vngepaur *exercit. Justin.12.quæst.3.pag.441.& seqq.edit.ult.* itemq; D. Besoldum *in delibatis juris ex lib.18.ff.quæst.8.pag. 22.& seq.*

Addenda hoc loco difficilis illa quæstio est: an emptio venditio annuorum redituum, pensionum sive censuum sit licita & valeat? De hac quæstione licèt mirificè Doctores dissentiant, aliis in alia opinionum divortia transeuntibus; *ut apparet ex iis, quæ latè tradidere Andreas Tiraquellus in Comment. de retract. lignagier.§.1.gloss 6 num.15.& seqq. Fachineus lib.2. controversiar.jur.cap.42.cum seq & lib.8.cap.2.Hotoman.lib.2.obs 15.Petrus Fridericus Mindanus lib.2. de mandat.judic.cap.72.& Hunnius d.lib.3. var. resolut.jur.civil.tract 7.part.1 quæst 2.item in resolut. ad Treutler.vol.2.disp 2.quæst.36.pag. 177.& seq. aliiq; ab istis relati:* eorum tamen probabilior mihi sententia videtur, qui annuorum redituum emptionem-venditionem subsistere contendunt. Vbicunq; 39 enim sunt omnia & vera emptionis-venditionis substantialia, ibi quoq; emptionem esse necessum est. Positis quippe substantialibus partibus alicujus rei universis, utique & rem ipsam boni necesse est. Atqui in venditione annuorum redituum omnes ac singulæ partes emptionis substantiales ponuntur. Igitur emptionem-venditionem annuorum censuum seu redituum veram esse emptionem necessum est. Assumptio hoc modo probatur: Partes substantiales emptionis-venditionis tres perhibentur: consensus, merx & pretium, *arg principii & §1.hujus tit.l.1.l. nec emptio.8.cum l.seq ff. de contrah. empt.* De consensu 40 mutuo ementis & vendentis annuum reditum, quin ille intercedat, planè non dubitatur: quoniam is ab omnibus præsupponitur. De pretio itidem constat, quòd sit ea pecunia, quæ pro annuo censu sive reditu datur. Merx verò, quæ emitur & venditur, sunt annui reditus. Hi siquidem sunt res certæ: ac proinde emi vendique possunt. *d.l. nec emptio. 8. ff. de contrah. empt.l.jubemus 14.§fin. C. de sacrosanct Eccles. Clement.monasteriorum.1. de reb. Eccles. non alienand. Novell.72.cap.7. Fridericus Martini in Commentar. de jure censuum, seu annuorum redituum, &c. cap.3. num.139.cum seq & c.6.num.8.& seqq. item numer. 170.& seqq. Conradus Summerhard. de contractib. q.72.& 73.Iohan.à Medina.de reb per usur. acquisit. quæst.12.Dominicus de Soto de justit. & jur.lib.6.q. 5.artic.1.* Adhæc indubitatum est: usumfructum posse pecuniâ emi. 42 *l necessariò 8 §.ult ff.de peric & com. rei vend.* aliisque titulis constitui. *l.omnium.3 ff. de usufruct.* Igitur consimiliter & annui reditus, sive in fructibus, sive in pecuniâ solvendi, emi vendiq; poterũt: cùm inter usumfructũ & annuum reditum, quoad propositũ, nulla evidens ratio diversitatis dari queat. Præterea quicquid merx est, & reb' immobilib' cõnume-

numeratur: illud, nisi specialiter prohibeatur, vendi &
44 emi potest, *arg. hujus § nostri.* Atqui annuus census si-
ve reditus merx est, & rebus immobilibus annumera-
tur, *per textum apertum in Clement. exivi. 1. §. cùmq; annui reditus post princip. de verbor. significat. d. l. ju-
bemus. 14. in princ. ibi, annonas civiles. C. de sacro-
sanct. Eccles. Novel. 7. in princ. ibi, aut civiles anno-
nas, &c. Novell. 120. c. 1.* Idque fusius demonstrant
Tiraquellus *d. Comment. de retract. lignag. §. 1. gloss.
6. num 4. Molinaeus in tract. commerc. quaest 37. num.
273. Mynsing cent. 1. obs. 69. Gail. lib. 2. observat. 10.*
45 *num.* 1. & alii per eos allegati. Ideoque annuum redi-
tum emi & vendi posse, omnino statuendum est: si
modò hæc tria requisita concurrant. Primum, ut em-
ptor pretium venditori det absq; ullâ repetendi facul-
tate. Secundum, ne pensio, census vel reditus justam
quantitatem ratione pretii excedat. Tertium, ut re-
ditus semper & liberè à venditore, restitutâ sorte, redi-
mi queat. *Molin. d. tract. commercior. quaest 50. num.*
351. *Frider. Felician. de Solic. lib. 1. de censib. cap. 10. nu.
28, Mindan. d lib. 2. c. 72 nu. 4. ubi hac requisita paulò
latiùs explicat.* Atque istam sententiam non solùm
Pontifices, Martinus V. & Calixtus III. comproba-
runt, *c. 1. & 2. Extravagant. de empt. & vendit.* ve-
rùm etiam Divi Impp. Maximilianus I. Anno 1500.
& Carolus V. Anno 1530. & Anno 1548. constitutio-
nibus suis Augustæ promulgatis confirmârunt, *sub
tit.* von wucherlichen contracten. Vbi saluberrimè
cautum est: emptiones & venditiones annuarum pen-
sionum, censuum atque redituum licitas quidem &
permissas esse; ita tamen, ut pro centum aureis quin-
que tantùm annuatim recipiantur: & quod supra hanc
summam accipitur, usurarium existimetur. *Gail. d.
lib. 2. obs. 5. n. 11. & obs. 7. n. 15.* Cui consonat etiam jus
nostrum renovatum Würtembergicum *part. 2. t. 9.
pag. 264* §. derwegen auch/ &c. Eidemque sententiæ
subscripserunt tum sinceriores Theologi, *D. Iacob.
Andreae, universitatis hujus Cancellarius olim dignis-
simus, Socer meus reverenter colendus,* In der Abfertti-
gung des ungegründeten Gegenberichts der zu Re-
gensburg An. 1587. geurlaubten Prediger. *& passim
in Concionib. suis de usuris, Ratisbonae habitis. & D. D.
Ioannes Brentius in c. 6. Luc. homiliâ 61. & cap. 19.
Luc. homiliâ. 29. item inter consilia Theolog. D. Bi-
dembachii decad. 1. cons. 4. & alii nonnulli.* tum sanio-
res Jurisconsulti. *Carolus Molin. d tr. commercior. n.
20. & seqq. Didacus Covarruv. lib. 3. var. resolut. c.
7. num. 2. Gail. d. lib. 2. obs. 7. num. 5. & seqq. Matth.
Stephan. cent. 3. quaest. 62. Hunnius locis supra allega-
tis. Forster lib 3. disp 18. th. 7. Hackelman. disp. 18. th. 3.
ad lit. F. Paulus Berens. disput. 11. ad Institut. them. 1.
quaest. 6. Fridericus Martin. d. Comment. de jure cen-
suum, &c. c 3. nu. 137. & seqq D. Besoldus in delibatis
juris ex libro 18. ff quaest. 5. pag. 21.* nec non idem Be-
sold. & Lindenspür *in Commentar. ad ordinationes
politicas Ducatus Wirtembergici. fol.* 24. Vom Auff-
nemen der Gülten *num. 9. cum seqq. pag. 63. & seqq.
abiq; plures.*
46 Non obstat huic traditioni, quòd proprius ac pri-
mus usus pecuniæ sit, ut per eam cæteræ res æstimen-
tur: non, ut ea sit sui ipsius æstimatio. *l. 1. ff. de contrah.
empt. l. 1. ff. de rer. permutat. §. item precium. 2. supr. hoc
tit.* ac proinde non liceat emere annuos reditus pecu-
niâ solvendos; & sic pecuniam aliâ pecuniâ æstima-
re, pecuniamque pecuniâ emere: cùm ex hoc usus pe-
cuniæ pervertatur. Illud, *inquam*, non obstat. Etsi
enim primus ac proprius hic sit pecuniæ usus, ut ea res
aliæ æstimentur; non verò, ut sit sui ipsius æstimatio:
nihil tamen quicquam impedit, quo minùs secundus 47
& improprius usus pecuniæ in sui æstimatione consi-
stat, & cum aliâ pecuniâ commutetur: sicut & calcei
primus ac proprius usus est, ut pedem tegat: impro-
prius autem & secundus esse potest, ut cùm aliâ re, pu-
ta gladio, permutetur: maximè cùm nemo unquam
dubitaverit, quin pecunia aurea cum argenteâ itemq;
argentea cum æreâ permutari possit: quod Campso-
res quotidie facere conspiciuntur. Vnde fit, quòd & 48
pecunia certæ quantitatis unicâ solutione data, per-
mutari & mensurari possit cum pecuniâ, quæ minori
summâ, pluribus minoris summæ solutionibus red-
denda sit: siquidem minores illæ & plures solutiones,
unicâ isthac majori æstimentur. Ac sanè emptionem 49
censeri, quando pecunia grossa datur pro minutâ, do-
cet Bartolus *in l. nummis. 3. num. 2. ff. de in lit. jur.* e-
umque referens Pinelus *in l. 2. C. de rescind. vend. part.
1. rubr. c. 3. num.* 15. Præterea diligenter observandum
est: in annuis reditibus, emptionis titulo comparatis,
pecuniam non esse mercem, nec sui ipsius æstimatio-
nem. Haud etenim annua pensio in pecuniâ sol- 50
venda; sed potiùs jus ipsum percipiendi annuam
pecuniariam pensionem æstimatur & emitur. Quod
quia realem adfert utilitatem: ceu merx, precio emi
potest: sicuti jus venandi, jus servitutis, jus jurisdictio-
nis, jus percipiendi tributum, & similia jura, realem u-
tilitatem adferentia, precio rectè æstimantur & com-
parantur. *Molin. d tract. commercior. num. 20. in fin.
Covarruv. d. lib 3. var. resolut. c. 7. n. 2 vers. non obt-
runt, &c. Frideric. Martini. d. c. 3. n. 150. & seqq.*
Nihil quoque obstat, quòd mutuum non tantùm 51
verum, sed & fictum; usuram constituit & inducit. *c.
ad nostram 5. de empt. & vendit. c. illo vos. 4 de pigno-
rib. cap. in civitate 6. de usur.* Ast in hac emptione
annui reditûs, in pecuniâ constituti, mutuum saltem
fictum & interpretatione quadam intercedit. Quem-
admodum enim in contractu mutui debitor in eo-
dem genere reddere tenetur. *l 2 ff de reb. credit. si cert.
pet.* siquidem transit pecunia in dominium recipientis
& ejus est periculum, *arg. l. incendium. 11. C. si certum
petitur.* sic & in hoc contractu, quo annui reditus e-
muntur, debitor eodem in genere reddere obligatur,
id est, pecuniam: ejusque dominium acquirit, & pe-
riculum subire compellitur. Vsura verò hic subesse
videtur ex eo, quòd pecunia immediatè fructum pe-
cuniarium, pro rata sortis & temporis parit. Nihil,
inquam, hoc obstat. Quia contractus mutui, sive veri,
sive (*ut loquuntur*) interpretativi, ab emptione annuo-
rum redituum seu censuum perspicuè differt. Nam in
mutuo pecunia mutuò data salva manet creditori, &
repeti potest secundùm conventionis legem: sed in
emptione annuorum redituum sors, tanquam pre-
cium,

cium, in venditorem illicò transfertur; adeò, ut emptor eam, quamdiu reditus solvuntur, revocare & re-
52 petere nequeat. Quin & in mutuo sub usuris principalis obligatio nascitur ad ipsam sortem, & accessoria ad usuras. Verùm in emptione annuorum redituum principalis obligatio non est ad sortem repetendam, sed ad annuam pensionem præstandam. Itaque in hac specie supra sortem nihil accipitur: sed loco sortis, id est, precii perpetuò alienati, annuus reditus, ceu merx empta, singulis annis numeratur & redditur. *Molin. d. tract. commer. num. 21. Covarruv. d. lib. 3. resolut. cap. 7. num. 2. vers. secundâ ratio, &c. Gulielm Bont. in tract. de usur. num. 38. eumq; citans Frider. Martini d. cap. 3. num. 146.*

53 Nihil item obstat, quòd contractus jure comprobati & legitimi non debent claudicare: nec debet contrahentium alius præ alio aggravari, *arg. l. non debet alteri. 74. ff. de reg. jur. c. non debet. 22. eod. in 6.* Sed in redituum venditionibus valde prægravatur emptor præ venditore; quòd huic, restituto precio, recedere à contractu liceat pro libitu, illi verò nequaquam.
54 Hoc, *ajo*, nihil obstat. Etenim quòd emptor sortem seu precium, quando vult, reddere ac recipere non potest, hoc cum iniquitate conjunctum non est. Siquidem hæc natura & indoles est emptionis, ut precium in venditorem irrevocabiliter transeat. Nec illud iniquum est, quòd emptor, precio recepto, cedere jure suo cogitur: quoniam exinde nullum patitur damnum; eò quòd suum recipit. Et licèt damnosum fortassis ei foret: tamen sibi imputet, cur hujusmodi inierit contractum. Sed & contractum aliquem claudicare, & uni lucrosum, alteri damnosum esse posse, argumento est contractus societatis; imò & mutui, qui lucrum debitori duntaxat affert: creditori damnosus esse potest. Quid enim, si creditoris intersit plurimùm, pecuniam suam habere, ut quâ ipse indigeat? Non utique tenetur debitor ante diem præfinitum pecuniam reddere, tametsi hoc damno creditori sit cessurum.
55 Haud quippe eventus consideratur: sed ipsa potius contractûs natura, ipsorumq; contrahentium intentio inspicitur. *Hunn. d. lib. 3. var. resolut jur. civ. tract. 7 part. 1. quæst. 2. vers. ad duodecimum, &c. pag. 1076.*
56 Similiter non obstat, quòd si de jure valida esset emptio venditio annuorum redituum: tunc etiam remedium *l. 2. C. de rescind. vendit.* in eâ locum haberet, & ita læsis saltem ultra dimidium justi precii, subveniendum esset. *Consequentia* namq; negatur: quia illis, qui in annuorum redituum emptione circumventi & læsi sunt enormiter, non opus est beneficio
57 *dicta l. 2. C. d. tit.* Tum quia si talis interveniat læsio; contractus ob defectum necessarii requisiti ipso jure nullus est: ita ut nullâ penitus indigeat rescissione, *argument. l. non dubium. 5. C. de legib.* Tum etiam quia satis prospectum est emptori *per l. eos, qui 26. §. 1 C. de usur.* ubi conventio, quâ usuræ promissæ sunt, si modum præfinitum excedat, infirma pronunciatur. Proinde si annua pensio legitimum usurarum modum egrediatur, atque in fraudem legitimarum usurarum fiat: contractus emptionis non servabitur. Quin nec ideo propositum argumentum concludit: quia beneficium *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* non ad contrahendam & constituendam emptionem-venditionem pertinet, nec essentiale emptionis-venditionis 58
requisitum continet: sed ad resolvendam emptionem spectat. Unde sanè perperam concluditur: quòd in quo contractu deficiat remedium *d. l. 2.* ille emptio-venditio dici nequeat. *Hunn. d. quæst. 2. vers. ad decimum tertium, &c. pag. 1077.*

Præterea non obstat; quòd, cùm post aliquot anno- 59
rum curricula, nempe post 20. annos, reditus excedant precium, palàm fit; annuorum redituum emptionem esse contractum usurarium; & consequenter illicitum; ac jure improbatum. *Nam* propter illud contractus iste emptionis non censendus est turpis aut illiberalis: cùm emptor non ex re alienâ, sed propriâ (nimirum ex emptis reditibus sive jure percipiendi istos reditus) fructum percipiat: & idem in aliarum rerum sive prædiorum emptionibus evenire soleat, ut videlicet post multos annos lucrum & utilitas rei emptæ precium datum excedant: & tamen nemo propterea hujusmodi emptiones iniquitatis damnavit unquam. Princi- 60
pium enim, non eventus considerari debet: sufficitq;, contractum emptionis redituum initiò neque ex formâ, neque ex intentione contrahentium usurarium fuisse. *Andr. Gail. d. lib. 2. obs. 7. numer. 8. Berens d. quæst. 6. pag. 257.*

Hoc amplius non obstat, quòd emptio ex eorum 61
contractuum numero est, qui solo consensu contrahuntur, *tot. t. supr. de obligationib. ex consens. & per principium hujus tit.* Hæc autem conventio annuorum redituum re contrahitur; & antequam numerata pecunia sit, nulla obligatio concipitur, *teste Hotomano d. lib. 2. observation. c. 15.* Nam respondetur: con- 62
ventionem istam, quam primùm contrahentes consenserint, veram perfectamq; emptionem esse: adeò, ut precii numeratio non ad perfectionem, sed ad complementum ejus desideretur: sicut & in qualibet emptione aliâ accidit. *Nec movet*, quòd priusquam precium fuerit numeratum, efficax obligatio inde non nascatur. *Præterquam* enim, quòd id nudo Hotomani testimonio nititur, commune hoc cum aliâ quavis emptione habet: quandoquidem emptio-venditio em- 63
ptori, etiam ante precii numerationem, actionem quidem parit; sed talem, quæ per exceptionem elidatur. *l. Julianus. 13 §. offerri 8 ff. de actionib. empt. & dictum supra ad principium hujus tit. n. 16.*

Insuper non obstat, quòd in emptione & venditio- 64
ne ultrò citroq; obligatio nascitur: ac propterea bonæ fidei judicium ex eo contractu constituitur. At hoc in negocio is solus, cui fundus traditur, obligatur, & restrictè ex iis tantùm, quæ linguâ nuncupata sunt, adstringitur. Hoc, *dico*, non obstat. Quia ex emptione-venditione annuorum censuum seu redituum ultrò citròque obligatio nascitur. Nam sicut censitus ad annuam pensionem; ita censitor ad precii solutionem obligatur. *Frideric. Martini. d. cap. 3. nu.*
173. Deinde nihil absurdi statueretur, etiamsi diceretur: 65
hunc, qui fundum tradidit, obligatum non esse: cùm traditione & solutione ejus, quod debetur, liberatio contingat; atq; obligatio ista, quæ priùs tenuit, dissol-

 vatur,

66 vatur, *initio tit. infr. quibus mod. tollit. obligat.* Sed & hoc idem in cæteris emptionibus obtinet; ut venditor præstatione ejus, quod vendidit, liberetur; & emptori obligatus esse desinat. *Hunn. d. quæst. 2. vers. ad secundum respondeo, &c.*

67 Pariter non obstat, quod in emptione contrahendâ res, quanti quanti est, in solidum æstimetur: hic autem non fundus, sed ejus tantùm annu⁹ proventus æstimetur. *Etenim respondetur:* in emptione-venditione annuorum redituum idcirco non totum fundum, sed proventus duntaxat illius annuos æstimari: quia non ipse fundus, sed annui duntaxat ejus reditus emuntur & venduntur. Proinde sicut in cæterarum rerum venditionibus res venditæ æstimantur: ita quoq; in hac annuorum redituum venditione res vêdita, annui scilicet reditus, æstimatur. *Hunn. d. quæst. 2. vers. ad tertium, &c. pag. 1075.*

68 Minimè etiam obstat, quòd in emptione-venditione annuorũ redituum solus proventus fundi æstimatur atq; emitur: fundus autem ipse gratis, ac sine ullo precio, callidè & subdolè venditori censum auferatur. *Nam* per emptionem & venditionem annuorum redituum fundus, cujus reditus sunt venditi, nequaquam domino aufertur, & ad emptorem transfertur: sed in domini, census sive redit⁹ vendentis, dominio & possessione remanet: solumq; jus percipiendi annuos reditus ex ipso fundo venditur, & emptori acquiritur. *Frideric. Martini d. cap. 3. numer. 174. Fachin. d. lib. 8. controvers. jur. cap. 2. vers. his verbis tria, &c.*

69 Simili ratione non obstat, quòd fundi proventus cum decimâ, aut duodecimâ sortis parte comparentur; adeòq; usura palliata constituatur & exerceatur, *asserente Hotomanno loco suprà designato.* Non enim proventus cum sorte; sed precium, quod datur, cum jure census, quod emitur, comparatur: atq; ita juxta communem hominum æstimationem, precium & jus, ceu merx, ad æqualitatem redigitur, *Frideric. Martini. d. cap. 3. num. 176.*

70 Deniq; non obstat, quod emptio & venditio, ut ex parte venditoris rem certam, sic ex parte emptoris certum definitumq; pretium, quod ab emptore verè & naturaliter abeat, & in venditorem transferatur, requirit. *l. 1. ff. de contrah empt. l. penult. C. de rer. permutat.* Ast in hac conventione nulla precii quantitas pro fundi fructibus constituitur, quæ emptori detrahatur. Imò tantum abest, ut illi aliquid decedat, ut contra potiùs accedat: utpote cum ipsius pecunia ex fundi fructibus sine ullo impendio suo amplificetur. Hoc, *in-*

71 *quam*, non obstat. Siquidem falsum est, quòd in emptione censûs nullum certum & definitum sit preciũ quod ab emptore verè ac naturaliter abeat, & in venditorẽ transferatur. Nam pecunia, quæ venditori censûs numeratur, est precium certum & definitũ, quod in venditoris dominium transit: idq; apud eum remanet, donec ex vi pacti, de retrovẽdendo, novus emptionis & venditionis contractus celebretur; atq; pecuniâ restitutâ, census redimatur. Sicut & is, qui domum, agrũ, vineam, pratum, vel hortum cum pacto redimendi vendit, pecuniæ, quâ accipit, fit dominus; emptorque fructus prædii sive rei emptæ percipit, donec redimatur. *l. 2. C. de pactis inter emptor. & venditor, &c. Fachin. d. lib. 8. c. 2. vers. hominis delirantis, &c. Frider. Martini d. cap. 3. num. ult. & Hunnius d. quæst. 2. vers. ad quintum, &c. ubi id fusiùs declarat.*

Quemadmodum porrò emptio & venditio mutuo 72
consensu contrahitur, *l. 1. §. ult. l. in venditionibus. 9. in princ. ff. de contrah empt. & uberiùs explicatum supra ad principium hujus tit. nu. 15.* ita eadem mutuo pattum dissensu, dum res est integra, dissolvitur, *§. fin. infr. quib. mod. tollit. obligat. l. 2. l. cùm emptor. 5. & tot. tit. ff. de rescind. vendit. l. juris gentium. 7. §. adeò. 6. & l. ab emptione. 58. ff. de pactis.* Huncque modum esse contractûs dissolvendi universalem, ut quo quid contractum, eodem modo solvatur, in omnium confesso est. *l. nihil tam naturale 35. ff. de reg. jur. l. prout quidque. 80. ff. de solutionib. d. §. fin. infr. quib. mod. tollit. obligat.* Sed & emptionem dolo ini- 73
tam ipso jure nullam esse, verius est. *l. & eleganter. 7. in princ. ibi, aut nullam esse venditionem, &c. ff. de dol. mal. l. 3. § ult. ff. pro socio. cum similibus.* Nec huic 74
obstant. *l. ex empto 11. § si quis virginem. 5. l. Julianus. 13. §. per contrarium. 5 & §. si quis, colludente. 27. ff. de actionib. empt. item l. si dolo. 5. C. de rescind. vendit.* ex quib⁹ dicendum videtur, quòd contractus emptionis, cui dolus causam dedit, mero jure subsistat. *Nam* ad istos, & concordantes, qui in contrarium opponi solent, textus brevissimè respondendum est: eos loqui de dolo incidente. Indubitata quippe, & crebriùs recepta conclusio est: si dolus bonæ fidei contractui, qualis est emptio, causam præbuerit, contractum ipso jure nullum censeri: si verò incidens fuerit dolus, hunc ex ipso contractu bonæ fidei, vel exceptione doli emendari: at stricti juris contractum (sive dolus ei causam dederit, sive inciderit) ipso quidem jure subsistere: sed doli tamen actione, vel exceptione dolum vindicari & repelli. *Mynsinger. cent. 6. observ. 38. num. 3. Arumaus Exercit. Justin. 14. thes. 6. Vult. lib. 2. Iurisprud. Rom. cap. 4. num. 88. latè in utramq; partem disputans Bachovius in suis not. ad vol. 1. Treutleri, disp. 28. th. 2. lit. F. pag. 1060. & seqq. ibidemq; in suis resolut. Hunnius vol. 2. pag. 326. & seqq.* Hancque tem sufficientissimè explicat *in §. actionum. autem. 28. infra tit. de actionib. num. 17. & multis subsequentibus: quò Lectorem industrium remitto.* Cæterùm quamvis emptionem vi metuvé fa- 75
ctam valere, non admodum dubitetur; cùm coacta voluntas, voluntas existimetur. *l. si mulier. 21. § si metu. 5. ibi, tamen coactus volui. ff. quod metus caus.* quia tamen res pessimi exempli est; rata non habetur emptio, sed rescinditur *l. 1. & l. si voluntate. 8. C. de rescind. vendit. l. si per vim. 4. l. non intgresst. 5. l. cùm te domus. 8. & l. si per impressionem. 11. C. de his quæ vi, metuvé causa gesta sunt. Iohan. Robert. lib. 3. animadversion. jur. civ. c. 3.* Tametsi emptionem vi & metu contractam, ipso jure irritam esse, speciosè defendere nitatur Donellus *ad d. l. 1. C. de rescind. vendit. numer. 6. & seqq. Cujac. in notat ad animadvers. libr. 3. cap. 3.* & Hunn. *in d. resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quæst. 44 pag 192. & seqq.* Quin & 76
ratione læsionis ultra dimidium justi pretii, emptionem-

nem-venditionem rescindi, Impp. Diocletianus &
Maximianus rescripserunt. *d. l. 2. C. de rescind. vendit.*
veluti, si venditor rem, centum aureis dignam, minus
quinquaginta, nempe 48. aut 49. aureis vendiderit:
aut si emptori rem minus 50. aureis dignam, centum
emerit. Sed videantur *Molineus in tract. commercior.
& usurar. q. 14. num. 175. cum seqq. & in consuetud.
Paris. t. 1. §. 22. n. 46. Pinelus in Commentar. ad d. l. 2.
C. de rescind. vend. part. 2. c. 2. n. 6. Fachineus lib. 2.
controvers. jur. c. 16. Andreas Gerhardi decad. 14. q.
10. in fin. Forcatul. Necyomant. dial 100. n. 2. Mynsin-
ger. cent. 4. obs. 73. & D. Obrecht. disp. 31 th. 105. &*
77 *seqq.* Sanè jure nostro renovato Württembergico hac
in parte non dupli, sed tripli ratio habetur. *part. 2. t. 14.
pag. 282. Dn. Collega Beseld. vol. 3. consil. 139. fol. 212.
& seq.* Cur verò læsio, quæ non egreditur dimidium
justi pretii, à legibus permittatur, ratio hæc videtur es-
se: ut incuria expellatur; & diligentia, quam homi-
num natura desiderat, maximè in his contractibus,
quibus par est conditio, excitetur: & quodammodo
læsi imposterum cautiùs mercari curent sive discant.
l. incivilem. 2. C. de furtis. Aramæus Exercit. Instit.
78 *14. ad th. 8. circa finem.* In definiendâ autem rei æsti-
matione tempus contractûs spectandum esse, apparet
*ex d. l. si voluntate. 8. in fin. ibi, nisi minus dimidio justi
pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset. C.
de rescind. vend. Donell. ad d. l. 2. C. d. t. n. 9. & seq.* E-
nimverò si is, qui duplo minus dedit, quàm accepit,
contractû ob injustum pretium rescindi nolit: eum ad
æqualitatem, pretium supplendo vel reddendo, redu-
cere poterit. *d. l. 2. C. eod. c. cùm dilecti. 3 & c. pen. ext. de
empt. & vendit. D. Collega Bocer. class. 2. disput. 3. th.
47. & 82. edit. 2. & in hoc t. n. 173 pag. 389 Adde Do-
ctorem Martam Tom 3. Digestorum novissimorum. tit.
emptio. cap. 76. cum seqq. fol. 152.*
79 Porrò quod jam allatum est *ex d. l. 2. C. de rescind.
vendit.* si læsio dimidiam justæ æstimationis partem
excedat, contractum aut rescindi, aut ad æqualitatem
reduci debere: ei non adversatur primò; contractus
ab initio voluntatis, sed ex postfacto necessitatis esse. *l.
sicut. 5. C. de oblig. & actionib.* & id, quod semel
placuit, ampliùs displicere non posse. *c. quod semel. 21.*
80 *de regul. jur. in 6.* idq; vel maximè, in contractu em-
ptionis & venditionis obtinere, à quo non licet, alter-
utro invito, recedere; ne quidē ex rescripto Principis,
ut nominatim cautum est *in l. de contractu. 3. C. de re-*
81 *scind. vendit.* Nam illud quidem in genere, & secun-
dùm juris stricti regulam verum est & procedit: sed in
hypothesi & specie nostrâ effectus illius, propter ni-
miam læsionem, ex æquo bono impeditur: ut nec sic
d. l. 3. C. eod obsistat, quæ disertè eo de casu loquitur,
ubi contractus emptionis & venditionis jure est perfe-
82 ctus. Et certè notissimum est: in omnibus æquitatis
potiùs, quàm stricti juris rationē habendam, *l. placuit.
8. C. de judiciis.* jusq; nostrum artem æqui & boni esse.
l. 1. in princ. ff. de justit. & jur. Æquitati autem illud
præcipuè convenit, ne venditio tam immodica susti-
neatur: & sublatâ arte boni & æqui, nihil est reliquum,
quo negocia hominum rectè explicari definiriq; pos-
sint. Sed & ubi hac frequentissimi hujus contractus ini-

quitate sive inæqualitate admissâ; fieri non potest,
quin æquitas oppugnetur; & contra bonum publi-
cum facultatibus suis homines exuantur: cùm tamen
intersit Reipublicæ, quàm ditissimos habere cives, 83
arg. §. final supra, de his qui sui, vel alieni juris sunt.
Deinde non obest, quod dici vulgò solet: rem tan- 84
ti valere, quanti vendi potest. *l. 1. §. si heres. 16. ff. ad Se-
natusconsult. Trebellian. l. si servus. 14. in fine princi-
pii. ibiq; gloss. ff. de condict. furtiv. l in furti. 50. in prin.
& l. si quis uxori 52 in fin. ff. de furtis.* Etenim in pro-
posito casu rem carius vendi potuisse, non ambigitur.
Tertiò nihil prorsus officit *d. l. si voluntate. 8. C. de* 85
rescind. vendit. ubi expressum est, venditionem præ-
textu paulò vilioris pretii non esse rescindendam.
Quandoquidem ipsa lex circa finem addit hanc limi-
tationem: nisi quis ultra dimidium justi pretii dece-
ptus fuerit.
Quartò nullius ponderis est, quod affertur *ex l. in* 86
*causæ 16. §. penult. ff. de minorib. & l item si pretio.
22 §. ult ff. locati.* licere contrahentibus se invicem in
contrahendo circumvenire: Minimumq; dicere solitū
fuisse; hunc omnium esse emptorum animum, vili
emere; venditorum, carè vendere. *Dicta* namq; *lex
2. C. de rescind. vendit.* circumventionem & dece-
ptionem, absque fraudulento contrahentium consi-
lio, re ipsa contingentem non planè negat, aut prohi-
bet: sed, ne commercia omninò impediantur (quod
utique usuveniret, si exactissima ista pretii æqualitas
semper tam accuratè & præcisè observanda esset) il-
lam eò usq; probat & permittit, dum non dimidiam
veri pretii partem excedat. *Huc conferunt, quæ an-
notavimus ad §. 1. supra hoc titul na. 18. & seqq.*
Denique nihil quicquam in contrarium facit, quòd 87
venditori imputandum videatur, qui rem suam pre-
tio minùs justo vendidit, & enormiter deceptus fuit: 88
cùm nemo præsumatur vires suarum facultatum i-
gnorare. *l. quisquis 15. C. de rescind. vendit.* & error
in facto proprio intolerabilis existimetur. *l. plurimum.
3. & l. nec supina. 6. ff. de juris & facti ignorant. l. cùm
falsum. 46. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Quoniam 89
præsumptio isthæc eliditur fortiori & vehementiori
præsumptione, quæ est, neminem præsumendum es-
se, suum jactare vel perdere velle. *l. cùm de indebito. 25.
circa princip ff. de probationib.* ut sic qui enorme dam-
num sensit, non censeatur scivisse verum rei venditæ
valorem. Siquidem verosimile ex legis conjecturâ
esse non videtur: si veram rei venditæ æstimationem
scivisset, eum tam vili exiguoque pretio rem distra-
cturum fuisse. Atq; ita, *post Cynam ad d. l. 2. C. de
rescind. vend. à se citatam,* hoc explicat D. Aramæus
d. Exercit. Instin. 14. th. 8.
Quæstio hoc loco satis controversa occurrit: an be- 90
neficium sive remedium *in modò allegata l. 2. C. de
rescind. vendit.* expressum, etiam olim obtinuerit? Id
sanè licèt negent *Arius Pinelus ad d. l. 2. part. 1. c. 1. n.
2. cum seqq. ibiq; Donellus n 3. Gerhard. decad. 14. qu.
10. in princ. Stackius Exercit. Instit. part. 1. decad. 12.
assert. 3. ad lit c. Bargalius in tract. de dolo. lib. 2. pag.
150. numer. 20. D. Obrechtus disput. 31. thes. 23.
cum seqq. & novissimè Hunnius disput. 16. th. 6. &
lib. 3.*

lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 10. re-
ctiùs tamen cum communi Doctorum Scholâ statu-
unt: beneficium illud jam olim receptum fuisse, sed
91 istâ l. 2. apertiùs confirmatum & illustratum. Hu-
jusq; sententiæ argumentum primum sumitur *ex l. si
quis, cùm alter* 36. *ff. de verb. obligat.* ubi dicitur, si
res ipsa in se dolum habeat, competere exceptionem
ad rescindendam stipulationem. At verò in se dicitur
res ipsa dolum habere, cùm contrahentes sese invi-
cem circumveniunt. Secundum *ex l. res bona. 54. ff.
de contrah. empt.* ubi Paulus, res, inquit, bona fide
92 vendita, propter minimam causam inempta fieri non
debet. Ergo magnâ ex causa id fieri æquum est; ta-
metsi neque vis, neque metus neque etiam dolus in-
tercesserit alterutrius contrahentium, sed bonâ uter-
que egerit fide, quod egit: si tamen res ipsa quasi do-
lum in se habet; humanitatis ratio non patitur, ut id
93 valeat. Tertium *ex l. jure succursum. 6. §. 2. & l. si res
æstimata. 12 §. 1. ff. de jure dot.* ubi traditur, si in dote
dandâ circumventus sit alteruter, etiam majori annis
vigintiquinque succurrendum esse: quia bono &
æquo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno
alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.
Quartum *ex l. Lucius. 38. in fine. ff. familiæ erciscun-*
94 *da.* ubi respondetur, sorori actionem non dari adver-
sùs fratrem, si is ultra partem dimidiam non accepit.
95 Quintum *ex l. si ea pactione. 14. C. de usuris.* in cujus
fine dû habetur, locationem ob viliorem mercedem
rescindi non posse: inde concluditur, aliud dicendum
esse, si læsio ultra dimidium iustæ mercedis datetur.
96 Sextum *ex l. in contractib. 3. C. quib. ex caus. majores
in integr. restituantur.* ubi generaliter rescriptum est:
in contractibus, qui bonæ fidei sunt, etiam majoribus
officio judicis, causâ cognitâ, publica jura subvenire.
Septimum *ex l. majoribus. 3. C. communia utriusq; ju-*
97 *dicij.* ubi itidem generaliter sancitum est: in bonæ fi-
dei judiciis, quod inæqualiter (sicque ultra dimidiũ)
factum esse constiterit, in melius reformari debere.
98 Octavum *ex l. quotiens. 61. ff. de ædilit. edict.* ubi Vlpi-
anus in hæc verba respondit: *Quotiens de servitute
agitur victus* (venditor scilicet) *tantum debet præ-
stare, quanti minoris emisset emptor, si scisset, hanc ser-*
99 *vitutem impositã.* Nonum *ex l. si duos servos. 47.
ff. de evictionib.* ubi relata est species rei venditæ ad
finem dimidiæ justi precii, servi videlicet valentis de-
cem, & venditi quinque: hancque venditionem ra-
100 tam & firmam esse constat. Decimum, idq; non exi-
guum argumentum, ducitur *ex l. 2. ff. depositi* ubi he-
res, si ignorans rem, apud defunctum depositam, ven-
diderit, & nondum pretium exegerit, vel si minoris,
quàm debuit, eam rem vendiderit, conventus actione
depositi absolvitur, actori cedendo actiones suas.
Quæ lex duo quasi membra complectitur: prius, si
pretium nondum exactum, & justum fuerit: alterum,
si quidem nec dum pretium exactum, sed tamen mi-
noris res vendita sit. Vtroque casu actiones cedi de-
bent: priori, actio ex vendito: posteriori verò, nulla
actio cedi poterit alia, quàm quæ competit ob id,
quòd dimidia veri & justi pretii pars, secundum con-
stitutionem Diocletiani & Maximiani *in d. l. 2. C. de
rescind. vendit.* persoluta non est. Nam si vel dimidi-
um justi pretii æquum sit; ut si res digna 10. venierit.
5. rata est venditio, nec ullo judicio agi potest de eâ re-
scindenda: ut sic manifestam læsionis ultra dimidiã
portionem justi pretii *in d. l. 2. ff. deposit*: vestigium
appareat. Postremò huic rei magnum etiam argu- 101
mentum suppeditat: quòd nullibi in Digestorum li-
bris invenitur species rei venditæ dimidio minoris,
& ratæ venditionis. Ideoq; nec credendum est; isto
Pandectarum jure ratam haberi venditionem, quæ tã
enormem atque immodicam læsionem continet. At-
que ita, *post Dd.* docent *Cujac. lib. 23. observ. c. 24. &
Dominicus Arumæus dict. Exercitat. Iustinian. 14. ad
th. 8.* Hic verò miror: Dominum Collegam Bocerum
non vereri scribere *in hoc tit. nũm. 185. pag. 392.* præ-
dictas leges ad probandam hanc sententiam facere
omnino nihil: cum tamen adeò evidens sit hoc pro-
nunciatum ex dictis textibus; ut talpà cæciorem esse
oporteat eum, qui id non videt. Proinde candido Le-
ctori istas leges penitiùs considerandas relinquo.

Nec huic sententiæ quicquam detrahit, quòd (*ju-
xta dissentientium opinationem*) in responsis Iure-
consultorum nihil de remedio *dicta l. 2. C. de rescind.
vend.* sancitum, nec ulla certa læsionis quantitas de-
terminata & constituta sit: cùm tamen ipsi Iurisccon-
sulti admoneant: ea, quæ notabilia sunt, perspicuè ex-
primenda esse, *l. item apud Labeonem 15. § hoc edictũ
26. ff. de injur.* Etenim contrariũ *ex d. l. 2. ff. deposit. ali- 102
isq; legibus, superiùs in medium adductis,* evidentissi-
me constat. Imò dictam *l. 2. C. de rescind. vendit.* non
esse planè novam, apparet ex ipsis constitutionis illius
verbis; *ibi, humanum est, &c.* quæ indicant, ex hu-
manitate istud beneficium profluxisse. Cui conse-
quens est, quòd beneficium illud non ex civili, sed gẽ-
tium jure natum sit: quamvis civili juri adscribendum
videatur, quod de parte precii dimidiâ in eâdem lege
cautum extat. *D. Bocer. in hoc tit. num 182. pag. 391.*

Parùm quoque ad rhombum facit *l. in causa. 16. §. 103
pennlt. ff. de minorib. & l. item si pretio. 22. §. ult. ff lo-
cati.* in quibus simpliciter respondetur, contrahenti-
bus se invicem in contrahendo circumscribere sive
decipere licere. *Eatenus* namque contrahentibus se
invicem circùmvenire licet, quatenus deceptio isthæc
cum dolo non conjuncta est, & ultra justi pretii dimi-
dium non procedit, *ut dictum suprà numer. 86. & li-
quet ex traditis ad § 1 supra hoc tit. num. 21. cum seqq.
& juribus paulò antè allegatis.*

Nihil item refragatur *l. à Divo Pio. 15. § si pignora. 104
3. ff. de re judic.* ubi Vlpianus indistinctè tradere vide-
tur, non posse quem rescindere conventionem vel ac-
ceptationem alicujus rei vel summæ, pro re vel quan-
titate sibi debitâ etiamsi longè minus acceperit. *Nam*
(non attentis Bartoli, & aliorum interpretationibus)
dicendum est, illa dicti §. verba (*Addicantur utiq; eâ
quantitate, qua debetur*) eò pertinere, ut pignora ad-
dicantur tantâ quantitate, id est, valore & æstimatio-
ne, quanta est summa, quæ debetur, sive (*ut vulgò lo-
quimur*) pro ratâ debiti & summâ concurrente: ne si
fortè pluris aut minoris valeant pignora; alteruter,
id est, debitor aut creditor injuriâ afficiatur. Atque
hanc

hanc interpretationem æquitate maximâ niti, nec à
proprietate verborum recedere, testis est Franc. Dua
renus *lib.1.disp.anniversar.c.6.in fine.* Tametsi alii
aliter sentiant, *Alciat.lib.6 paradox.c.3. Robert. lib 1.
sent.c. 22. Forcatul. Necyomanth. dial. 13. & noviter
Arumaus disp.21. ad pand.q.5.*

Controvertitur & hoc ab Interpretibus: nunquid
105 beneficium *dicta l 2. C. de resc. vend.* locum habeat
etiam in emptore, ultra dimidium justi pretii læso?
Et quamvis Cujacius *lib 16 observat.c. 18. & lib. 23.
c.32. & lib. 2. notat. ad animadvers. Roberti cap.13*
eumque sequentes Ant. Faber *part.1.de errorib. pra-
gmat.decad. 8. error. 7.* & Philippus Matth. *ad l. in
omnibus causis.68.num.54.& seqq.ff.de reg.jur* con-
tendant: beneficium istud ad emptorem non esse por-
rigendum: communem tamen sententiam ego, non
usque adeò levibus rationibus motus, veriorem esse
106 censeo. Tum quia emptor & venditor correlativè si-
107 bi opponuntur. At verò in correlativè oppositis jus
indubitatum est; ut, quod in uno statuitur, idem statu
atur in altero. *arg.l.non debet.41.ff. de reg. jur.l.cùm
emptores.5.in princ.ff.de rescind.vend l.si cùm dies.12
§.penult.ff de recept. arbitr.l.fin. C.de indict. viduit.
108 toll. l. 1. C. de cupressis, &c.* Tum quia sicut æqua-
liter utrisque sese invicem in pretio circumscribere ju-
re permittitur. *d.l.in causa 16 §.penult ff. de minorib.
& d.l.item si pretio.22 § fin ff.locati.* ita & in his, in
quibus ratione circumscriptionis, aut alterius causæ,
vel rescissio contractus fit, vel adversus eum restitu-
tio datur, aliterve subvenitur, tam emptoribus, quàm
venditoribus, sive majoribus, sive minoribus, æquali-
ter lege succurritur. *l. Iulianus.13.§. si venditor.4.&
§.seq ff.de actionib.empt.l.alioquin.11 ff. de contrah.
empt.l.1.§.sed si emerit. 13 ff.si quid in fraud. patroni
fact.l.patri.27.§.1.vers prædium quoq; ff.de minorib.
109 l 3.& l.cùm emptor.5.ff de rescind vendit.* Tū etiam,
quia cùm beneficium *dicta l.2.C.de rescind.vend.* nō
personale sit, sed venditori idcirco tributum; quòd is
nimium læsus fuerit: sequitur inde, quod idem & em-
110 ptori, si læsus nimium erit, sit indulgendum. Vbi e-
nim eadem læsionis est ratio, ibi idem jus statui debet.
*l.quadam.9.§ nummularios ff.de edend.l illud quæsi-
tum.32.ff.ad l. Aquil l.à Titio.108.ff.de verb.obligat.
l in omnibus causis id observatur. 68. ff. de reg. jur.*
111 Tum postremò, quia beneficium illud ex humanita-
te profluxisse, patescit *ex d. l.2. ibi, humanum est. C.
de rescind. vend* Atqui longe humanius est; emptori
subveniri, quàm venditori. Siquidem venditor cir-
cumventus habet, quod sibi imputet, cur tam vili le-
vique pretio rem suam distraxerit: cùm valoris istius
rei notitiam habere præsumatur. *l.quisquis.15.C.eod.t.*
112 Emptori vero nihil tale imputari poterit: cùm non
scientiam, sed ignorantiam in factis rebusque alienis
præsumi, manifesti sit juris. *l.ult.in fin.ff.pro suo. l. 2.
& ll.seqq ff. de juris & facti ignorant.*

113 Non obstat huic sententiæ, quòd constitutio *dicta
l.2.C.de resc. vend.* expresse & nominatim de eo, qui
rem distraxit, adeoq; de venditore loquatur. *Nam* eo
ipso non excluditur emptor: sed potius ex eo colligi-
tur, idem jus in hoc quoque obtinere; cùm correlati-
vorum eandem rationem & naturam esse, jam suprà
ostensum sit *n.*107 Et quòd Impp. solummodo de
venditore rescripserint, ratio hæc est: quòd de vendi-
tore solùm fuerint interrogati, idem haud dubiè re-
sponsuri de emptore, si etiam de eo consulti fuissent.
In confesso quippe est, leges Codicis ut plurimùm ad 114
casus certos, sive *(ut loquuntur)* ad facti species pro-
positas applicatas esse, quibus neque addunt, neque
detrahunt quicquam. *docente Vultejo lib. 1. disceptat.
Scholastic.c.15 pag.mihi 163.fac. 2. & pag. 171. item
cap.20 pag 121.*

Minùs obstat, quòd non eadem sit ratio subveni- 115
endi emptori, quæ venditori: propterea quòd vendi-
torem plerunque necessitas rei familiaris compellat
vendere pretio minore. *l.non idcirco. 12 & l. si quos
16.C.de rescind.vend.l.1.C.de prædiis decurion.l.2 C.
sine censu vel reliquis fundum comparari non poss.*
emptor autem ultrò, accedat ad emptionem prædij
sæpe fraudandi causa; & plerunq; emat pretio impen-
so & immenso, affectione opportunitatis, vel vicinita-
tis, vel cæli, vel quòd illic educatus sit, vel parentes se-
pulti, vel quòd majorum ejus fuerit. *l 1.§.& aliâs 15.
ff si quid in fraud.patron l si in emptionem. 35. ff. de
minorib.* Sæpiùs etenim venditor etiam, non necessi-
tate aliquâ compulsus, sed spe lucri allectus rem suam
distrahit, emtoremq; decipit, & ad emendum allicit:
contrà verò emptor summâ necessitate coactus, re-
rumque indigentiâ & penuriâ adductus ad emen-
dum accedit: ut ita par utriusque hac in causa ratio
deprehendatur.

Multò minùs obstant, quæ Cujacius *d. lib. 23. cap.* 116
32. affert ex Seneca & Plauto, qui innuere videtur, em-
ptionem immodico & immensò pretio factam, per
emptorem rescindi non posse. *Neque* enim loquun-
tur eo de casu, ubi læsio dimidiam justi pretii portio-
nem excedit: neque legum vim & auctoritatem scri-
pta illorum, aliâs non contemnendorum Auctorum,
obtinet. Atque ita hanc assertionem defendunt, *post
Bartol.Bald.Salicet.& cæteros,* Pinelus *ad d l.2.part.
1.cap.2.C.de rescind.vendit.* & ibidem Sichardus *nu.
4.Giphan & Donellus num. 48. cum seqq. Robertus
lib. 2 animadvers. juris civ.cap.13 Fachineus lib.2.
controvers jur.cap.16. Arumaus d. Exercit.Iustin.14.
sub thes 8.D. Bocer.in hoc tit num.180.cum seqq. pag.
390. & seq.D.Besoldus in delibat.jur. ex lib. 18. ff. q.
10.pag 24. Anton.Merenda lib.1.controvers.jur. cap.
36.num.2.cum.seqq Marstaller.in Dissertat.de divi-
tiis. part 3.cap.14.pag.229. Gerhard.decad.14.quæst.
10. Schröter diatribar. domesticar. decad 8. quæst.3.
Matth.Stephani cent 3.quæst.71.Foman.disput.22.th.
12.lit.c.Hunnius disp.16.thes.7.& d lib.3. var. resol.
jur civ.tract 7.part.1.quæst 11.pag.1103.* Vide quoque
Molineum *in consuetud.Paris tit.1.de feud. §.22. nu.
46.& 47.* nec non Althusium *lib.1.Dicaolog.cap.74.
num 38.pag. 256.*

Similiter controversantur inter se Interpretes: num 117
decisio *d.l.2.C. de rescind. vendit.* in rebus mobilib⁹
procedat? Non procedere, multi existimant, *teste Ro-
berto d.lib.2.animadversion.jur.civil cap.12. & Ant.
Mercatore sive Cujacio in notat.ad animadvers.*

*lib 2.cap.*12. ubi ait, usu receptum esse, ut d.l.2. non
pertineat ad res mobiles, nisi pretiosas. Verùm con-
trarium mihi verius videtur. Tum quòd lex ista in-
definitè & generaliter rei, sicq; tam mobilis, quàm
immobilis, tam corporalis, quàm incorporalis, tam
vilis, quàm pretiosæ mentionem facit, *arg.l. rei apel-
latio.5.cum l.seq. & l. rei appellatione.* 23.*ff. de verb.
signif.* Tùm quòd legis ratio, quæ in æquitate fun-
datur, in omni omnino re locum habet. Tùm quòd
in libris *βασιλικῶν* nullius fundi proponitur mentio:
sed tantùm *πρᾶγμα* dicitur. Et ita non obscurè sentit
*glos.ad finem dictæ l.2. C.de rescind. vendit. Bartol.
ibidem num.* 24. *& alii pleriq; de æstimatione rerum
mobilium agentes.* Quibus suffragantur *Pinelus in-
bè part.2.cap.2.n.17. Arumæus d.Exercit.14.ad thes.
8.circa finem.Gerhard.d.decad.14.quæst.10.Robertus
d.libr.2.animadvers.cap.12.& in notis adnotat.Mer-
cat.lib.2.c.12.itemq; Hunnius in resol.ad disp.2.Trent-
leri.vol.1.th.10.pag.296.& seq.*

118 Hanc sententiam non labefactat, quòd & *in d. l. 2.*
consimiliterq; aliis, de venditionis rescissione tractan-
tibus, fundi solummodò venditionis mentio fiat. *l. ad
rescindendam.4.& l.si voluntate.8.& l.quisquis* 15.
C.de rescind.vendit. Nam in illis exempli duntaxat
causa fundi mentionem fieri, probabile est: ideoq;
non minùs ad alias quascunque res id protenditur.
119 Exempla siquidem regulam non restringere, certum
est *l.damni infecti stipulatio.30.§.ult.ff.de dam.infect.
l.regula 9.§.fin ff.de jur.& fact. ignorant.* Illudq; ex
eo perspicuum redditur: quòd *initio istius l.* 2. gene-
raliter Imperatores de re majoris pretii, minoris di-
stractâ loquantur, & (*ut paulò antè monitum*) in Sy-
nopsi *βασιλικῶν*, & ibi Græcè redditâ illâ lege 2. nul-
lo loco fundi mentio fiat, ac neq; illic sequentibus
aliis pluribus, eâdem de re loquentibus. Quin & ideo
de solo fundo rescribunt Impp. *in d.l.2. & consimili-
bus:* quòd facti species, ad quam respondendo Impp.
sese accommodare solent, de fundo fuerit concepta.
*Sed videantur Robertus & Hunnius locis præallega-
tis, ubi rationes Cujacii argumenta sufficientissimè refu-
taverunt.*

120 Est & illa anceps perplexaque quæstio: an vendi-
tor, ultra dimidiam justi pretii partem læsus, remedio
l.2. C. de rescind. vend. uti possit, si ei renunciaverit?
Et Doctoribus plerisq; placuisse video: generalem re-
nunciationem, cùm scilicet quis renunciat omni le-
gum auxilio, nihil nocere venditori: specialem au-
tem, cùm videlicet renunciat læsioni ultra dimidiam,
& actioni *ex d. l.* 2. competenti: venditori obesse. Ita
docuerunt, *post plures alios, quos commemorant*, Di-
dacus Covarruvias *lib. 2. variar. resol.c. 4. Ant. Ga-
briel.commun. conclus. tit.de empt. & vend.concl.* 1.
*num.92. Fachinæus lib.2.controvers.jur.cap.20. vers.
sexta & postrema controversia, &c. Panthaleon Cre-
mensis in 17.extensione, & 3.limitat.d.l 2.& Aruma-
us Exercit. Justin.14.th.8. ad finem.* Et quidem re-
nunciationem generalem non obesse renuncianti,
probatur *per l.ult.§ idem quæsiit.3 ff de condict.indeb.
Item per l.si libertus.27.ff.de operis libertor.& l.hac ad-
jectio.192.ff.de verb signif.* ex quibus colligitur, ver-
ba generalia ad modicam læsionem; non verò ad
magnam esse referenda. Quo confert etiam, quòd
generalis renunciatio non extenditur ad ea, de quibus 121
verisimiliter cogitatum non est, *arg.l. mater decedens.
19 §.cæterum.ff.de inoffic.testam.l.emptor.47 § Luci-
us.ff.de pact.& l.qui cum tutoribus.9. ff.de transact.*
Accedit & hæc ratiocinatio: In generali sermone non 122
includitur dolus. *l.creditor.60.§ ult. ff mandati. l.si
pater.12.ff. quæ in fraud. creditor.&c.* Atqui ex læ-
sione ultra dimidiam partem, dolus re ipsa probatur.
*l.si quis,cùm aliter.36.ff.de verb.oblig.l.si superstite.5.
C.de dol.malo.* Ergo generali in renunciatione non
continetur.

Nec refragatur, quòd generalis renunciatio refera-
tur ad ea omnia, de quibus renuncians cogitavit, vel in 123
genere, vel in specie, *arg.l. qui jure militari.7.ff.de te-
sta.militis.l.si servit.23.ff.de serv.præd.urbanor.l sub
prætextu specierum.* 29. *C. de transact.* Renuncians
autem nostrâ in specie cogitare videatur saltem in ge-
nere de auxilio *d.l.2.C.de resc. vend.* Etenim hoc as-
sumptũ negatur: quandoquidem orationem genera-
lem non comprehendere illum casum, quo dolus
continetur, liquido constat *ex d.l.si pater.12 ff.quæ in
fraud.creditor.& concordantibus.*

Cæterùm specialem renunciationem obesse renũ- 124
cianti, ex regulâ juris manifestum evadit, quâ dicitur:
quemlibet resilire ab eo jure, quod pro se introductũ
est, favoriq; suo renunciare posse. *l.penult. C. de pact.
l. pactũ 46.ff.eod.* nec renuncianti regressum amplius
dandum esse. *l.quæritur.14.§ si venditor.9.ff. de ædilit.
edict.* Nihil ad rem pertinet, si objiciatur ex Baldo *in
d.l.2.n.7.C.de rescind.vend.* quâ facilitate quis con-
trahit, & contrahendo ultra dimidiam justi pretii par-
tem decipitur ac læditur, eâdem eum induci, ut istius-
modi renunciationem adhibeat. *Nam* Baldus illic
loquitur de fœminis, rusticis, & minoribus, qui igno-
rantiâ, imprudentiâ & animi fragilitate labuntur &
decipiuntur facilius. Quare & jura promptiùs iis sub-
venire solent. At de majoribus, qui integro judicio,
maturoq; consilio de propriis actibus deliberant, non
idem statuendum erit.

Sic nullius fuli aut pili est, quod in contrarium ad- 125
ducitur: renunciationes ejuscemodi plerunq; inferi
contractibus & instrumentis ex stylo potiùs commu-
ni Notariorum, quàm ex mente contrahentium. *Si-
quidem* inficias ire haud possumus, sæpe etiam adijci
renunciationes illiusmodi jussu & voluntate contra-
hentium. Sed & Notariorum stylus, pro locorum
& provinciarum diversitate, varius ac diversus esse
cõsuevit. Reliquis objectiunculis satisfaciunt *Covar-
ruvias & Fachinæus locis suprà designatis.* Et de eâ-
dem quæstione vide aliter atq; aliter sentientes *Fabi-
anum de Monte S.Sabini in tract.de empt.& vend.8.
q.princ.n.15. Mozz.in tract.de empt.& vend.1. quib.
casib annull empt.n.20.p.485. Donell.ad d.l.2.C.de re-
scind.vend.n.14.cũ seqq. Ant. Fab.part.1. de errorib.
pragm.decad.7.err.8.& Andr.Gerh.decad.54.q.10.*

In dubium quoq; vocatur illud: ecquid beneficiũ
d.l.2.C.de rescind.vend. verum justumq; rei suæ valo- 126
rem tempore contractûs scienti tribuatur? Sed non
tribui,

127 tribui, evidens ratio suadet. Tum quia scienti & volenti nulla injuria, dolus, aut læsio inferri potest. *l. 1. §. usq. adeò. 5. ff. de injur. l. nemo videtur. 145. ff. de reg. jur. c. scienti. 27. de reg. jur. in 6. l. cùm donationes. 34. C. de transact. l. vendit. 11. in princ. Cod. de rescind.*
128 *vend.* Tum quia sciens æquipatatur renuncianti, & donanti sive remittenti jus & actiones suas, *arg. l. 1. §. ult. in fin ff. de actionib. empt l. cujus per errorem. 53. ff. de reg. jur.* cui non est regressus dand°, *prædicta l. quæ-*
129 *ritur. 14. §. si venditor. 9 ff. de ædilit. edict.* Tum quia in toto ferè jure plus favetur ignoranti, quàm scienti. *l. domum. 57. § simili. 2. ff. de contrah. empt tot. t. ff. & C. de juris & facti ignorant.* Quod tamen non procedit in eo, qui necessitate & inopiâ magnâ compulsus (ut sæpius fieri accidit) vendit, vel emit. Huic enim,
130 quantumvis scienti, succurrendum esse, æquitas suggerit: cùm nemo in necessitatib. liberalis existere intelligatur. *l. rem lega. 18. in fin. ff. de adimend. vel. trāsfer. legac. gloss. in c. relatum. 9. super verbo, liberaliter. ext. de præbend.* Atq; ita scribunt & sentiunt *Specul. in t. de empt. & vendit. §. nunc restat. vers. quid si aliquis sciens. &c. Trentacinquius lib 3. resol. 3. de empt. & vēdit. n. 9. Antonius de Burgos in c. cùm dilecti. n. 18. & seq. &c. cùm causa. n. 20. de empt. & vend. Gerh. d. decad. 14 quæst 10. Ant Fab. d. decad. 7. error 8. circa medium. Antonius Merenda lib. 1. controvers. jur. cap. 34 n. 9. pag. 49. Fabian. de mont. d quæst. 8. princip. n. 19. Tiraquell. de retraict. lign. §. 1. gloss. 18. n. 18. aliiq; plures. per hunc cumulatim adducti.* Eàdem de re vide aliter sentientes *Pinelum in d. l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 2. n. 11. Fachineum lib. 2. controvers. jur. c. 20. vers. quintò controvertitur, &c. Hunn. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 14.*

131 Utrùm juramentum in contractu præstitum de non contra veniendo, excludat majorem 25. annis à beneficio *l. 2. C. de rescind. vend.* mirificè Doctores disceptant? Sex diversas opiniones recitat Fachineus *d. lib. 2. controvers. jur. c. 17.* & hanc sibi verissimam videri, ait: quòd ultra dimidium læsus, absolutionem à juramento petere; eâque obtentâ, ad rescissionem contractus agere valeat. Quæ conclusio (*secundùm illum*) tres partes habet. I juratum agere non posse ad rescissionem contractûs, antequàm à juramento fuerit absolutus. II. absolutionem à juramento hoc in casu esse concedendam. III. absolutione obtentâ, actionem competere *ex d l. 2. Cod. eod. tit.*

132 Prima pars hoc probatur argumento: Omne juramentum, quod non vergit in æternæ salutis dispendium, nec redundat in alterius præjudicium seu detrimentū est servandum. *c. cùm contingat. 28. ext. de jurejur. c quamvis 2. de pactis. in 6.* Atqui juramentū, de quo hoc loco agitur, nō vergit in æternæ salutis dispendium, nec redundat in alterius præjudicium. Ergo est servandum. Nec obeerit, si dicatur, juramentum non esse servandum, ubi dolus intervenit, *per d. c. cùm contingat. ibi, si non vi & dolo sponte præstita de jurejur.* Hoc enim ita exaudiendum est, ut tamen nihilominus absolutio à tali juramento requiratur, *arg. c. si verò aliquis. 8. eod. &c. ad audientiam. 4. ubi gloss. in verb. resignandum, de tis, quæ vi metuvè cauf. fiunt.* quibus in locis traditur, absolutionem requiri à juramento metu extorto: cùm tamen in metu dolum inesse
certum sit. *l. item, si cum exceptione. 14. §. eum, qui 13. ff. quod met. cauf. &c.* Nec rectè regeritur, in juramento metu extorto voluntatem quandam, licèt coactam, jurantis considerari posse, *arg. l. si mulier. 21. §. si metus. 5. ibi, tamen coactus volui. ff. d. tit.* at secus esse, ubi dolus in contractu est adhibitus. Illud namque obtinet, ubi dolus ex proposito adest: non item, ubi dolus re ipsa ex læsione oritur: quia major est voluntas in contrahente sic læso, quàm in eo, qui vi coactus juravit. 133

Secunda conclusionis pars, nempe absolutionem à juramento esse concedendam, probatur hoc medio: Iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis. *c. quantò 18. §. si fulsam. de jurejur. c. 1. § quia verò. eod. tit in 6. cau. inter cætera 22. cauf. 22 quæst 4.* Sed ubi est tam enormis & immodica læsio, ibi utique est iniquitas & injustitia magna. Ergo juramentum est relaxandum. Et absolutionem à juramento indulgendam esse, quoties injustitiam continet, communiter traditum est, *arg. cap. 1. de jurejurand. Castrens. ad l. si quis pro eo. 56. n. 6 ff. de fidejussorib. Petr. Anchorā. consil. 375. Natta consil 144. Cravett. cons. 152. n. 11. & cons. 192. n. 11.* 134

Tertia præfatæ conclusionis pars, videlicet absolutione impetratâ, actionem competere ad rescindendum contractum, sic demonstratur: Absolutio tollit vinculū juramenti: atque perinde est, ac si juramentū præstitum non fuisset, *ut patet ad sensum, & comprobant Corneus consil. 288. lib. 3. Socin. junior consil. 3. n. 44 lib 2. Roland. à Valle consil. 7. n. 58 lib. 3 & Afflictus decis 322.* At si juramentum non esset præstitum: procul dubio daretur actio ad rescindendum contractum, propter læsionem ultra dimidium. Idem igitur, obtētâ à juramento absolutione, statuendum est. 135

Non adversatur huic traditioni; quòd juramenti hæc vis sit & efficacia, ut contractum confirmet, & tale robur illi adjiciat, ut rescindi non possit *l. 1. & Auth. sacramenta puberum. C. si advers. vendit.* item quòd is, qui jurat servare contractum, & non contravenire, jurare videatur, se adversus contractū non venturū, ex quocunq; jure, & ex quacunq; causa, quæ ex eodem contractu provenire possit: & consequenter se contractū servaturum, etiamsi ultra dimidium læsus fuerit. *arg. l. si duo patroni 13. §. idem Iulianus. & l. in duobus. 28. § si quis juraverit. ff. de jurejurand. l. cùm pater. 77. §. filium matrem. 23 ff de legat. 2.* Hæc, inquam, & similia argumenta non adversantur. Nam ex præmissis breviter respondetur: argumenta contraria militare ante absolutionem à juramento concessam: post eam verò concessam, omnia cessare: quoniam virtus juramenti cessat. Atque ita tenent *Panormit. Ant. Butr. & Imola in d. c. cùm contingat. n 54 de jurejur. & idem Imola in c. penult num. 24. de empt. & vendit. Alexand. in l. stipulatio hoc modo concepta. 61. n. 10. ff. de verb. oblig. Rebuff. in tract. de resciss. contract. art. unic. gloss. 15. n. 47. & alii. quos refert & sequitur Fachin. d. lib. 2. c. 17. vers. sexta & postrema est sententia.* 136

tentia, &c. ubi hac de re explicatiùs dissertat. Eâdem
de re plura cumulavit *Trentacinquius lib. 3. resol. 3. de
empt. & vend. n. 8. itemq; Hunnius d. lib. 3. variar. re-
solut. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 15.* necnon *Iacobus
Cancerius part. 1. variar. resolut. jur. cap. 13. num. 10.
cum seqq. fol. 146. & seq.*

137 Examinanda hoc nobis loco obviam procedit hæc
quæstio: an beneficium *l. 2 C de rescind. vendit.* quod
in emptione venditori & emptori tribui diximus *su-
pra nu. 105.* etiam ad alios contractus sit transferen-
dum? Minimè transferendum esse, autumant *Cuja-
cius in Mercat. lib. 2. cap. 14. & lib. 16. observat. c. 18.
Anton. Faber. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 8. er-
ror. 8. cum seq. hosq; sequens. Hunnius d. disput. 16.
thes. 8. & d lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1.
q. 12. pag. 1105 & alibi.* Sed transferendum esse, com-
muniùs & rectiùs existimatum est: dummodo causæ
sint similes, hoc est, unus det, & alius vicissim accipiat;
si videlicet quis duplo plus det, quàm accipiat. In qui-
bus etenim causis eadem ratio & similitudo est, in iis
idem jus statui oportet, etiamsi de unâ tantùm causa
jus nominatim constitutum sit. *l. illud quæsitum. 32. ff.
ad leg. Aquil. l. non possunt. 12. & l. seq. ff. de legibus.
Anton. Merenda d. lib. 1 controvers. jur. c. 34. n. 2. &
seqq. pag. 49.* Isti ergo beneficio locum esse in loca-
tione & conductione, non magnum dubium videtur.
138 Tum quia locatio & conductio iisdem juris regulis
continetur, quibus emptio & venditio, *initio tit. infr.
tit. proximo. l. 2. in princ. ff. locati.* Tum quia veteres
emptionis & venditionis vocabulis promiscuè usi sunt
in locatione & conductione. *l. veteres. 19. cum l. seq. ff.
de actionib. empt.* Tum quia ubicunque intervenit
pretium, ibi locus est remedio *d. l. 2. C. de resc. vend.*
139 quippe quæ ratione pretii introducta censetur. At ve-
rò in locatione & conductione intervenit pretium:
quia merces pretium appellatur. *l. si quis. 10. in fine. ff.
de acquir. vel amitt. possess. l. ult. § ult. ff. ad leg. Rhod.*
140 *de jact.* & conductor emptor seu redemptor dicitur,
141 *teste Alfeno in l. in lege. 29. ff. locati.* Tum quia *in l. si
olei. 21. C. de locato*, rescribitur in casu ibi proposito:
propter hoc solum, quòd alter majorem obtulit pon-
derationem, recedi à locatione non oportere. Vnde
consequens est, si alter non majorem, sed eam obtulis-
set quantitatem sive summam, quæ verè ipsum ultra
dimidium læsum demonstraret, haud dubiè ei subve-
142 niendum. Tum etiam quia *in l si merces. 25. §. vis ma-
jor. 6. ff. locati.* respondetur: conductori, si plus, quàm
tolerabile est, læsus fuerit, succurrendum esse. Tum
deniq; quia *in l. 1. §. si quis in fraudem. 12. & §. seq. ff.
si quid in fraud. patroni fact.* idem in casu consimili sta-
tuitur in locatione, quod in emptione constitutum
fuerat.

143 Huic sententiæ non obstat, quòd *d. l. 2. C. de rescind.
vend.* nova sit, & de venditore duntaxat loquatur, non
etiam de locatore. Novæ autem leges, juris veteris
correctoriæ, non facilè extra suos fines sint trahendæ,
ne quidem ex idenditate rationis & æquitatis, *arg. l.
quod verò contra. 14. ff. de legib.* Hoc, *inquam*, non
obstat. Negatur enim firmiter, quòd lex ista 2. planè
nova sit: cùm & jure veteri ejus beneficium non fue-
rit incognitum, *ut luculenter ostendimus supra nu. 90.
cum seqq.* Et hanc doctrinam amplectuntur *Gloss. in l.
si ea pactione 14. ad finem. C. de usur. & in d. l. si olei. 21.
C. de locat. Donellus numer. 56. Cagnol. numer. 58.
& alii in d. l. 2. C. de rescind. vendit. Alexand. consil.
107. n. 20. lib. 3. Robertus lib. 2. animadvers. juris civil.
c. 14. Ant. Merenda d. lib. 1. controvers. jur. c. 36. n. 6. &
seqq. pag. 51. Gutierrez lib. 2. pract. q. civil. q. 138. D.
Bocer. class 2. disp 4. th. 43 D. Besold. in delibat. jur. ex
lib. 18 ff. quæst. 10. pag. 25. Arumæus Exercit. Iustin. 14.
sub th. 8. Andr. Gerhardi decad. 14. qu. 10. & Paulus
Berens. disp. 11. ad Instit. th. 2. q. 4. ubi & alia contra-
riæ sententiæ argumenta sufficienter refutat.*

Sed utrùm in emphyteusi idem juris statuendum 144
sit, ut nimirum domino vel emphyteutæ ultra dimi-
dium læsis ac deceptis succurratur, major dubitatio &
variatio est? Alii namq; affirmantem; alii negantem,
alii tertiam distinctam & ab aliis differentem probant
opinionem, ut cernere licet ex traditis à Fachinæo *lib.
2. controvers. jur. c. 22.* ubi is hanc in sententiam est
proclivior; ut aliquo pacto subveniendum sit emphy-
teutæ vel domino, si graviter & immoderatè in em-
phyteusi dandâ vel subeundâ læsi fuerint ac decepti,
ratione videlicet habitâ æstimationis juris emphyteu-
tici: *idq; argumento l. si superstite. 5. C. de dol. mal. l.
majoribus. 3. C. communia utriusq; judicii, &c. l. si
quis, cùm aliter 36. ff. de verb. obligat.* quibus ll. ca-
vetur, contrahentibus graviter deceptis ac læsis suc-
currendum esse. Quò facit, quod jam antè probatum
est, constitutionem *d. l. 2. C. de rescind. vend.* ad loca-
tionis contractum porrigendam, adeòq; locatori vel
conductori nimiùm læsis succurrendum esse. Atqui
locationis contractui affinem esse emphyteuticum
contractum, clarissimè liquet *ex §. adeò infr. tit. pro-
ximo, Fabian. de monte in tr. de empt. & vend. q. pr. 8.
num. 14. vers. sed Baldus, &c.* Neq; resistit, quòd argu- 145
mentum à feudo ad emphyteusin sumptum, sit pro-
babile, utilissimum & frequentissimum, *tradente Ni-
colao Everhardo in locis legalib. lege, à feudo ad em-
phyteus.* Ex communi autem Doctorum placito nulla
læsionis hujusmodi ratio in feudali contractu habea-
tur. *Speculat. in tit. de empt. & vend. in §. nunc dicen-
dum. vers. sed nunquid habet locum in feudo. Fabian.
d. n. 14. Cremens. n 34. Cagnol. n 207. & Pinel. part. 1. c.
4. n. 2 in d. l. 2. C. de rescind. vendit.* Illud, *inquam*, ni-
hil resistit. Cùm enim feudum propriè non sit con- 146
tractus, sed potiùs beneficium, *per textum apertum in
c. 1. § fin. in quib. caus. feud. amitt. tit. 23. ib. 2. feudor.*
meritò isthæc læsionis disputatio ab eo longè aliena
esse debet. *Vide Stuckium part. 1. Exercitat. Iustin. de-
cad. 12. assert. 3. sub lit. c. Vide item dissentientem Hun-
nium in resolut. ad Treutler. vol 2. disp. 2. q. 56 pag. 320.*

De permutationibus quoq; solet quæri: an in iis lo- 147
cus beneficio *l. 2. C. de resc. vend.* relinquatur? veluti
cùm fundum cum fundo, ædes cum ædibus, fundum
cum ædibus, aut res alias cum aliis rebus permutam⁹?
Et locum relinqui (non obstante contrariâ decisione
Molinei *in consuetud. Parisiens tit. de feud. § 22. n 41.*
Antonii Fabri *part. 1. de errorib. pragmat. decad. 8 er-
ror. 9.* & Hunnii *d. resolut. q. 49. pag. 307.*) verissima

con-

conclusio est. Tum quia permutatio emptionis locũ
obtinet *l. 2 ff de rer. permutat. l. sciendum. 19. §. penult.*
ff. de adilit. edict. ejusq; quasi mater reputatur. *l 1 ff de*
148 *contrah. empt.* Tum quia mens & sententia *d. l. 2. C.*
de rescind. vend. suadet, ut eam & in reliquis bonæ fi-
dei contractibus admittamus, ubi causæ similes sunt,
hoc est, ubi unus dat, alter vicissim accipit, *ut superius*
149 *expositum n. 87.* Nec obstrepit huic conclusioni quic-
quam, quòd in permutatione suppletio seu restitutio
æstimationis in pecuniâ, partium intentioni minimè
convenire queat. *Nam* quod in emptione receptum
est: id & ad permutationem protractum reperitur: ad-
eóq; utriusque ex parte ad rei datæ æstimationem
commodè deveniri potest, *per textum elegantem in l.*
1. § si quis in fraudem. 12 & §. seq. ff. si quid in fraud.
patroni, &c. Idq; fusius explicant *Robertus lib. 2. a-*
nimadvers. jur. civ. cap. 14. And. Gerhardi decad. 14.
quæst. 10. circa med. Pinel. in d. l. 2. part. 1 cap. 3. num. 13.
ibiq; Padilla nu. 17. C. de rescind. vend. Ripolld. cap 11.
var. juris resolution. num. 436. fol. 368. Hardevvig.
Dassel. consil. 47. Donellus ad d. l. 2. C. de rescind. ven-
dit. n. 58. & Ant. Merenda d. lib. 1. controvers. jur. cap.
150 *37 pag. 51.* Vtrùm porrò in permutatione beneficiorũ
Ecclesiasticorum locus sit constitutioni *dictæ l. 2.* (di-
versis diversorum opinionibus relatis & rejectis) tri-
bus assertionibus seu conclusionibus perspicuè
explicat Fachineus *lib. 2. controvers. jur. cap. 22.*
vers. Ego hac in re tres pono assertiones, &c.

151 Præterea de divisionibus rerum communium, ec-
quid in iis remedio *l. 2. C. de rescind. vend.* locus esse
debeat, non convenit inter omnes Interpretes? Ete-
nim id haud obscurè negant *Ant. Faber. d part. 1. de er-*
rorib. pragmat. decad. 8. error. 1. cum aliquot seqq. &
Hunnius disp. 16. th. 8. & d. resolut. ad Treutler. vol. 2.
disp. 2. q. 48. pag. 305. Affirmant verò reliqui uno ferè
ore omnes. *Gloss. Bald. Paulus de Castro. & alii in l.*
majoribus. 3. C. communia utriusq; judicii, &c. Sali-
cet. in d. l. 2. C. de rescind. vend. Imola in c. cùm causa.
col. 4. de empt. & vendit. Corneus consil. 240 col. pen.
vol. 4. Gozadin. consil. 44. col. 1. & ult. Riminald cons.
336. in princ. & consil. 367. n. 4. hisq; cum aliis nonnul-
lis referens Alexand. Trentacinquius variar. resolut.
lib. 3. resolut 3. de empt. & vendit. num. 2. Quibus ad-
dendi sunt *Donell. in d. l 2. C. de rescind. vend. num. 59.*
Schurf. cent. 1. cons. 28. Stuck. d. part. 1. Decad. 12. as-
sert. 3. ad lit. c. & Gerhard. d. decad 14. q. 10. circa me-
152 *dium.* Veluti si fratres, aut plures coheredes dividunt
inter se res hereditarias, si quis duplo plus accepit,
quàm ad alios pervenit; ex hac divisione hi, qui mi-
nus acceperunt adversus eos, qui plus acceperunt, ad
rescindendam divisionem rectè agent. Siquidem &
divisio quadam permutatio intelligitur. *l. cùm pater.*
77. §. hereditatem. 18 ff de legat. 2. & emptioni finiti-
ma est, ejusq; vicem obtinere dicitur. *l. 1. C. communia*
utriusq; judicii, &c. Chassen. in consuet. Burgund. rub.
3 §. 6 in princ. Curt. consil. 66. n 17. Ant. Thess tur. decis.
153 *239, num. 5.* At quid, si divisio per sortem facta sit, quæ
alteri ex condivisoribus immodicam gravemq; intulit
læsionem; num rescindi poterit? Videtur sanè pro-
babilius, ut qui sorti rem committendam putavit, si ex
sorte læsus sit, restitui in integrum non possit ad rescin-
dendam divisionem: quia & ex contrario potuerat ea
sors incidere, ex quâ lucrum sensurus fuisset. Neq; e 154
nim restitutionum causæ ex eventu, sed potiùs ex ini-
tio, dijudicandæ sunt, etiam tum, cùm de minorum
restitutione, quæ omnium favorabilissima est, tracta-
tur. *l. 3. §. scio. 2. l. verùm. 11. §. item non restituetur. 4.*
& §. seq. ff. de minorib. Multò ergò minùs beneficio
dicta l. 2. C. de resc. vend. uti poterit. Accedit, quòd 155
propter incertitudinem eventûs, multa admittuntur,
quæ alias non admitterentur. *l. 1. C. de pact. l. de fidei-*
commisso. 11. C. de transactio. l. si ea lege. 17. C. de usur. l.
si pater. 12. C. de in offic. testam. Tiraquell. ad l. si un-
quam. 8. in verb. donatione largitus. numer. 131.
C. de revoc. donat. & de jure primigenior. quæst.
17. opin. 1. n 96. Ant. Fab. d. decad. 8. error. 2. circa fin.
Gerhard. loco supra notato. Gomez. tom. 2. var. resol.
c. 14. de restit. minor. num. 4 in fine. Hunn. d. resolut. ad
Treutler. disp. 2. vol. 2. p. 307. Sichard. ad l. majoribus.
3. n. 2. C. communia utriusq; judicii, &c. Et de eâ re
diversimodè sentientes *vide Pinelum ad d. l. 2. part. 2.*
c. 1. n. 6. & seqq. Sfortiam Oddum in tract. de in integr.
restitut. part. 2. quæst. 66. artic. 4 n. 25. Dn. Collegam
Besold. in discursu juridico-politico. c. 7. n. 11. & Fachi-
neum lib. 8. controversiar. jur. cap 36. Porrò si plures
fratres communem rem, propterea quòd commodã
divisionem non recipiat, vendunt & ultra dimidium
læduntur, an & quatenus uni ex illis remedium *d l. 2.*
C. de rescind. vendit. in totum competat, fusè; *post a-*
lios, à se laudatos, explicat Matthias Berlichius, *decis.*
aur. 52. pag. 168. & seqq. Divisio item hereditatis inæ-
qualiter facta, quo remedio ad æqualitatem reduci
possit, tradit noviter idem Berlichius, *decis. aur. 148.*
pag. 549. & seqq.

Excutiendam hîc reor & aliam difficilem quæstio- 156
nem: an constitutio *d. l. 2. C. de rescind. vend.* ad stricti
juris contract⁹ (quales communiter censentur omnes,
qui non enumerantur *in § actionum autem. 28. infr. de*
actionib.) porrigenda sit? Nam ad contractus bonæ fi-
dei (maximè si in illis invicẽ detur, & recipiatur) pro-
pter eandẽm æquitatis rationem porrigendã esse. Do-
ctores plerique tradunt *Bartol. Bald. Angel. Cagnol.*
Paul. Castrens. & Salicet. in d. l. 2. Gozadin d. consil.
44 colum. fin. aliiq;, quos citat. & comprobat Trenta-
cinquius variar. resol. lib. 3. resol. 3. de empt. & vendit.
n. 1. Non desunt autem, qui putant, constitutionem il-
lam ad contractus stricti juris non esse extendendam.
Iason. post alios, quos refert, in l. si quis, cum aliter. 36.
n. 18. ff. de verb. oblig Castrens. consil. 386. colum. 2. lib.
2. Azo in summa C. tit. de rescind. vend. nu. 5. Marant.
consil. 83. n. 1. & seqq. Mozz. in tract. de empt. & vend.
tit. quib. casib. annullet. empt. n. 19. Alii contrarium, vi-
delicet ultra dimidium læso competere etiam in istis
contractibus beneficium *d. l. 2.* affirmant, *Pinel. in d. l.*
2. part. 1. cap. 3 num. 7. & seqq. Alii verò existimant,
in his stricti juris contractibus locum esse condictioni
indebiti, ad repetendum id, quod datum est: vel si læ-
sus ac deceptus conveniatur, ei exceptionem esse con-
cedendam. *Ita Alexand. in d l. si quis, cum alter. 36. ff.*
de verb. obligat, Anton. de Burgos. in c. cùm causa. n. 15.

de empt. & vend. aliiq; per hunc relati. Atq; horum ego sententiã, *cum Fachineo lib. 2. controvers. jur. c. 22. circa finem*, & probabiliorem & communiorem esse, judico. Quòd enim exceptio tribuenda sit ultra dimidium decepto, satis superq; clarescit *ex d. l. si quis, cùm*
157 *aliter. ff. d. t.* Quod porrò etiam danda sit indebiti condictio, ostenditur hoc argumento: Qui exceptione perpetuâ tutus, solvit per errorem, solutum condicere ac repetere potest. *l. qui exceptionem. 40 in princ. ff. de condict. indeb.* Sed nostro in themate deceptus, tutus erat perpetuâ exceptione, & per errorem solvit. Ergo indebiti conditionem habet. Et quòd tam graviter læsus sive deceptus, exceptione perpetuâ tutus esset, evincitur *ex d. l. si quis, cùm aliter. 36. ff. de verb. obli-*
158 *gat.* Quòd autem solverit per errorem, probatur præsumptione juris. Error quippe potiùs præsumitur, quàm donatio, præsertim ubi tanta læsio intercedit. *l. cum de indebito. 25. in princ. verf. qui enim solvit. ff. de probationib.*

159 Non movet, quod objicitur, *allegatam l. qui exceptionem. 40. ff. de condict. indeb.* loqui, quoties exceptio competit ab initio contractûs: in specie verò nostrâ hanc exceptionem non competere ab initio contractûs: cùm nullum evidens vitium contractûs contineat, & læsio per multa extrinseca media probanda veniat. Non movet, *inquam*: quoniam & in propositâ quæstione exceptio ab initio contractûs competit, propter læsionem & dolum reipsa adhibitũ, ut liquet
160 *ex d. l. si quis, cùm aliter. 36. ff. de verbor. obligat.* Non etiam obest, quòd contractus suam habeat formam, & nullum patens vitium. *Siquidem* læsionẽ in ipso contractu intercessisse, eamq; postea probari, sufficit. Neq; enim probatio facit, ut læsio intercesserit, sed ut, eam in ipso contractu intercessisse, detegatur. *Ast inspice Fachineum d. lib. 2. cap. 22. in fin. ubi & reliqua Pineli dissentientis argumenta refellit.*

161 Difficilior & sæpius agitata concertatio de transa-
162 ctione videtur: utrùmnẽ transigens ultra dimidiũ deceptus, rescissionem transactionis petere, vel ad supplementum justi pretii agere queat? Ajentem sententiam tenent *Rainer. Bartol. Angel. Imol. & Paulus de Castro in l. Lucius. 78. §. fin. ff. ad senatuscons. Trebell. Iacob. de Arena, Cagnol & alii in l. 2. C. de resc. vend. Abbas, Cardinal. Ant. de Butr. Imola, & Antonius de Burgos num 30. cum seqq in c. cùm causa. de empt. & vend. Ioan de Anan. consil. 33. & ibi Bologn in addit. Fab. de monte in tract. de empt. & vendit. qu. 8. princ. n. 13. Decius consil. 60 n. 4. consil. 170. consil. 479. consil. 551. & cons. 597 n. 10. Bertrand. consil 81. & consil 199. vol. 1. & consil. 72 vol. 2. Schurf. cent. 2 consil. 16. n. 17. & cent. 3. consil. 50 n. 16. cum seqq. Wesenbec. cons. 31. n. 13. & consil. 42. n. 72. Mandel. Alban. cons. 1. n. 12. cons. 89. n. 4. Natta. cons. 548. n. 11. lib. 3. Heigius part. 2. q. 9. n. 12. & seqq. Guitierrez. lib. 2. quæst. pract. q. 142. Francisc. purpurat. cons 503. vol 2. Deminic. Card. Tusch. tom. 8. pract. conclus. lit. T. conclus. 353. n. 1. & seq. Matt. Coler. consil 8. n. 1. & seqq. Iohan. Köppen. decis 58. n. 1. cum seqq. Socin sen. consil. 85. n. 3 lib. 1. & cons. 101. vol. 4. Socin. jun. consil 129. nu. 48. lib. 1. & consil. 98 n. 17. vol. 2. Caccialup. in tract. de transact. q. 12. col. 1. & 3. Rubeus Alex. cons. 7 1. n. 8. Petr. Rebuff. ad constit. Reglib. 2. tit. de restiss. contract. artic. unic. gloss. 15 n. 18. Vincent. de Franchis decis. 159. Surdus consil. 451. n. 9. vol. 3. Ripoll d. cap. 11. var. jur. resolut. nu. 415. & seq. fol. 366. Fachineus lib. 2. controvers. jur. c. 26. vers ego verum sententia, &c. aliiq, ferè innumeri, citati & approbati à Pinelo in d. l. 2. C de rescind. vend. part. 1. c. 4. n. 14. & seqq.* Sed contrariam, sicq; negantem sententiam, de- 163
fendũt *Dynus, Cuman. Aret. Iason. & Alex. in l si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. obligat. Richard. Malumb. Cyn. Bald. Salicetus & Donell. n. 61. in sæpius d. l. 2. C. de rescind. vend. Gloss Iohan. And. Anchor. Innocent. & Barbatia in d. c. cùm causa. de empt. & vend. Speculat. tit. de empt. & vend. § nunc dicendũ. vers. quid de transactione, &c. Grammaticus decis 66. n. 47. Parisius cons. 96. n. 61 lib. 1. Beroius consil. 176. n. 25. lib. 1. Zasius consil. 18. lib. 1. Alciat. cons. 124. nu. 3. & cons. 89. n. 4 Cravetta consil. 151. n. 26. Roland. à Valle cons. 28. n. 25. lib. 4. Frid. Pruckman. consil. 49. num. 29 cum seq & cons. 50. n 206. & seq. vol. 1. Plotus consil. 32. Ioan. Mauritius in tract. de restitut. in integr. c. 210. n. 2. Gail. lib. 2. observ. 70. n. 6. & seqq. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civ. c. 9. n. 13. Broncherst cent. 1. conflict. assert. 92. edit. 1. Andr. Gerhard. decad. 1 4. sub qu. 10. Matthias Stephani cent. 3. quæst. 71. Matthæus de Afflict. decis. 220. n. 3. Marant. consil 83. n. 13. Borcholt. in Commentar. de transact. c. 4. n. 22. Ant. Fab. decad. 8. error. 10. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1 quæst. 13. pag. 1107. Tiber. Decian. resp 56. num. 66. vol. 4. & resp. 83. num. 54. vol. 5. Philipp. Matth. ad l. in omnibus causis. 68. num. 41. cum seq q. ff. de reg. jur. Cothman. respons. 28 num. 242. & seqq. vol. 1. pag. 348. edit. 2. Tileman. de benig decis. Camer. Imper. Syntagm. 1. decis. 1. vol. 6. numer. 20 & seqq. Fomannus disput. 22. th 12. ad lit. C. Menochius consil. 401. num. 157. lib. 5. ubi pro hac sententiâ magnam Scribentium turmam adducit.* Sunt & alii, qui has diversas Docto- 164
rum opiniones sub distinctionis fœdere conciliare nituntur; quòd nimirum læsio aut est ultra dimidium in modico excessu: & tunc procedat opinio modò relata, quòd scilicet transactio rescindi non debeat: aut est in magno ac longo excessu læsio, quam enormissimam indigitant: & tunc prior opinio militet, sicq; transactio rescindatur. *Ita distinguunt Philippus Corneus consil. 166. & cons. 189. vol. 1. & cons. 27. lib. 4. Rota Romana apud Iacobum Puteum decis. 230. lib. 1. Molin. in addit. ad Alexand. in consil. 42. verb. communem, num. 11. lib. 1. Anton. Gabriel. lib 3 commun. opin. de empt. & vendit. conclus. 5. n. 69. Mozzius in tract. de empt. & vendit. tit. quib. casib. annullatur empt. n. 23. Morla in emporio juris utriusq; part. 1. tit. 4. q. 2. n. 9. cum seq. Mynsinger. cent. 1 obs. 33. & cent. 6. obs. 91. n 9. Trentacinquius variar. resol lib. 3. resol. 3. de empt. & vendit. n. 7. vers hac distinctio, &c. Ludov. de Molina, de Hispaner. primogen. lib 4. cap. 9. num. 34. Linglois decis. Iustin. 2. quæst. 4. numer. 3. & decis. 55. quæst. 10. num. 2. fol. 168. Hieronym. de Cavallos in speculo aureo opinion. com. contra commun. q 72. num. 1. vers. sed verius, &c. pag. 100, tom. 1. pluresque alii, ab his commemorati.*

Cæte-

165 Cæterùm ego illorum non invitus accedo senten-
tiæ, qui beneficium *mulieribus allegatæ l. 2. C. de re-
scind. vendit.* ad transactionem nullo modo pertine-
166 re concludunt. Hæcque conclusio probatur primò
*per disertum textum. in l. Lucius. 78. §. ult. ff. ad se-
natusconf. Trebellian.* ex quâ elucet, quòd si heres ro-
gatus restituere hereditatem, quadruplo minus resti-
tuat, quàm verè in hereditate extabat, ad restituen-
dum, quod amplius est in hereditate, non teneatur, si
167 per transactionem restituta sis hereditas. Secundò
per l. à Divo Pio. 15. §. si pignora. 3. ff. de re judicat.
ubi rescriptum dicitur; si creditor maluerit pignora
capta in creditum possidere, iisque esse contentus;
non posse eum, quod amplius sibi debetur, petere:
quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui
168 contentus fuit pignora possidere. Tertiò *per l. in sum-
ma. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.* ubi generaliter re-
spondetur; illud, quod transactionis nomine datur,
169 licèt res nulla media fuerit, non repeti. Quartò *per l.
1. ibi, transactionibus scilicet. &c.* (*in Gothofredi
corpore est l. ult.*) *C. de plus petitionib.* ubi transactio
servanda est, etiamsi dolosè plus debito sit petitum.
170 Quintò *per l. sub prætextu instrumenti. 19. & l. sub
prætextu specierum. 29. C. de transactionib.* in quibus
deciditur, transactionem rescindi non posse sub præ-
textu instrumentorum noviter repertorum. Et tamen
evenire potest, ut ex instrumento aliquo noviter re-
perto, transigentis læsio ultra dimidium appareat.
171 Sextò *per l. causas. 16. C. eod.* ubi Impp. Diocletian.
& Maximianus rescripserunt: causas vel lites transa-
ctionibus legitimis finitas, imperiali rescripto resusci-
172 tari non oportere. Septimò accedit, quòd juramen-
tum & transactio æquiparantur. Jusjurandum siqui-
dem est species transactionis. *teste Paulo in l. 2. ff. de
173 jurejur.* Atqui causa, per jusjurandum finita, retra-
ctari nequit ratione cujuscunque læsionis. *l. non erit. 5.
§. dato. 2. & l. nam, postea quam. 9. §. 1. ff. eod.* Ergo
idem de causa, per transactionem finitâ, pronuncian-
174 dum erit. Octavò huc confert, quòd quoties res est
dubia & incerta, læsio allegari non potest. *l. de fidei-
commisso. 11. C. de transactionib. l. si ea lege. 17. C. de
175 usur.* Sed eventus litis dubius esse dicitur, & incertus,
l. quod debetur. 51. ff. de peculio. Igitur ex transactio-
ne, per quam à lite receditur, læsio allegari nequit.
176 Nonò facit, quòd transactio & sententia sive res judi-
cata comparantur. *d. l. 2. ff. de jurejur l. non minorem.
20. C. de transactionib.* Atqui verò sententia seu res ju-
dicata non rescinditur ob quamcunque læsionem; si
contra jus litigatoris lata sit, non autem contra jus
constitutionis. *l. sub specie. 4. C. de re judicat. l. 2. in fin.
Cod. quando provocare non est necess.* Ergo nec trans-
177 actio. Decimò huc respicit, quòd transactiones, sicut
pacta, sua naturâ & ingenio stricti sunt juris, *arg. §.
actionum. 28. infr. de actionib. l. jurisgentiũ. 7. §. quin-
tò. ibiq. gloss. & l. si unus. 27. §. pacta, quæ 4. vers.
ante omnia. ff. de pact.* Ast in stricti juris contractibus
(*secundùm veriorem sententiam*) constitutioni *di-
ctæ l. 2. C. de rescind. vend.* locum non esse, constat *ex
178 traditis supra num. 156.* Postremò huc maximè con-
ducit; quòd transactio nihil simile cum emptione
habet. Qui enim actionem remittit, licèt aliquid ac-
cipiat; tamen dare aliquid verè dici non potest. Fieri
namque potest, ut non rectè petierit, & injustè, vel iu-
dicis injuriâ non obtinuerit. Incertum itaque hoc,
quod transactione remittitur. *l. 1. ff. de transactionib.*
æstimari nequit, *arg. l. quemadmodum 29. §. item La-
beo. 5. in fin. ff. ad leg. Aquil.* ubi expressè dicitur, cir-
ca legem Aquiliam in æstimando damno ejus, qui
damnum sibi datum queritur, nunquam æstimari &
spectari incertum eventum, id est, id, quod actor con-
sequi potuerit; sed, an consecuturus esset, incertum
fuit. De reo, qui duplo plus dederit, quàm ab ipso
petitum erat, non est, quòd quæramus. Hi etenim
casus contingere non solet. Nam nemo mortalium
reperitur, qui duplo plus dare velit, quàm ab ipso pe-
titur: cùm ne id quidem dare velit, quod petitur. *D.
Hunn d. quæst. 13. pag. 1110.*

Non hanc, ita firmatam, infringit sententiam textus 179
*in l. si superstite. 5. vers. sanè si læsa es immodicè. Cod.
de dol. mal.* ex quâ colligi posse videtur; quòd ob
immodicam læsionem transactio rescindatur; & ita
lex 2. C. de rescind. vendit. etiam ad transactionem
pertineat. *Quandoquidem* in specie istius legis dolus
ex proposito intervenit; paterq; filiam suam eman-
cipatam ad transigendum dolo induxit: proindeque
rectè dicitur, filiæ non quidem de dolo, propter pa-
ternam verecundiam, sed tamen in factum actionem,
quâ dolus iste purgetur, esse tribuendam. *l. non debet.
11. §. 1. ff. de dol. mal. l. parens. 5. ff. de obseq. parentib.
& patron. præstand.* Nec quicquam ad rhombum fa-
cit erronea Fachinei *supra notato loco* consideratio
putantis, textum illum loqui de transactione bonâ fi-
de interpositâ: nihil autem magis contrarium bonæ
fidei esse, quàm dolum. *l. nihil consensui. 116. ff. de reg.
jur.* Neque enim loquitur textus de transactione bo-
nâ fide initâ respectu patris, sed potiùs respectu filiæ,
quæ bona fide cum patre transegerat, *ut ex toto con-
textu manifestè cernere licet.*

Nihil item refragatur *l. Imperatores. 3. §. 1. ff. de* 180
transactionib. ubi Scævola respondit: si transactũ sit
de fideicommisso, posse nihilominus transigentẽ con-
sequi, quanto minus ex fideicommisso consecutus e-
rat. *Quia* generaliter verum est; si quis minus, quàm
debebatur sibi ex fideicommisso, per transactionem
accepit, non posse eum à transactione discedere, si for-
tassis postea constitit ex repertis instrumentis, majo-
rem quantitatem bonorũ per fideicommissum ei re-
lictam esse, quàm heres indicavit. *d. l. sub prætextu in-
strumenti. 19. C. eod.* Sed generale istud pronunciatum
non procedit, si ex codicillis postea repertis appareat,
majorem quantitatem bonorum fideicommissario
fuisse relictam, isq; hujus rei ignarus transegerit, mo-
dicâ quantitate fideicommissi sibi testamento relicti
contentus. Hujusq; ratio evidens est: quoniam de
controversiis, ex testamento descendentibus, transigi
aliter non potest, quàm inspectis cognitisq; testamen-
ti verbis. *l. de his. 6. ff. de transactionib.* Cui consequens 181
est; transactione super testamento, nondum prolatis
codicillis, interpositâ, restitutionem fideicommissi
in co-

in codicillis relicti, non impedire; siquidem codicilli
testamenti pars esse intelliguntur. *l. penult. ff. testa-
menta quemad. aperiant. l. quidam. 14 ff. de jure codi-
cillor.* Atqui testamentum nec legitimè aperiri, nec
exhiberi censetur, nisi totum videatur; *ut, post Forne-
rium lib. 2 select. cap 9. tradidit. Broncherst loco præ-*
182 *allegato.* Consimiliter minimè adversatur. *d l. in sum
ma. 65. § 1. vers. sin autem evidens ff de condict. inde-
bit.* ubi Paulus transactionem imperfectam esse scri-
bit, si calumnia evidens detegatur. Evidentior autem
calumnia detegi vix poterit, quàm si enormis proba
ta fuerit læsio: quam esse illam, quæ dimidium exce-
dit, inter omnes convenit. Lex, *inquam*, ista minimè
adversatur. Etenim Paulus ne cogitare quidem po-
tuit de privilegio *dicta l. 2. C. de rescind. vend.* quippe
quod ab Impp. Diocletiano ac Maximiano primum
inductū vel certe confirmatū est circiter annum Chri-
sti 293. & sic ad minimum sexaginta annis pòstquàm
IC. Paulus (qui sub Imp. Alexandro Severo, ferè circa
annum Christi 230. floruit) diem suum obiit. Et
quamvis hoc ita sese non haberet: sed privilegium e-
jusmodi Paulo quoque cognitum fuisset: *ut patet ex
dictis suprà num. 30. & seqq.* verba tamen istius §. ta-
lia sunt, ut contrariæ Bartoli, & sequacium opinioni
183 patrocinari neutiquam possint. Evidens siquidem
calumnia (cujus Paulus eò loci meminit) nihil aliud,
quàm fraudulentem quandam machinationem de-
notat: quo sensu etiam illam accipit Vlpianus, *in l. 1. §.*
184 *penult. ff. de stipulationib. prætoriis.* Eamque ob cau-
sam idem Paulus calumniosum vocat eum, qui sciens
prudensque per fraudem negocium alicui comparat.
lib. 1 recept. sent. tit. 5. Vnde evincitur, Paulum *in op-
posita. l. 65 §. 1 ff de condict. indeb.* hoc sibi velle, quòd
imperfecta sit transactio: atque idcirco ejus nomine,
quod datum est, repeti possit, si evidens calumnia de-
tegatur, hoc est, si alterum fraude ad transigendum
inductum fuisse appareat. Regulariter namq; trans-
actio vexandi adversarii causa per fraudem sive do-
lum extorta ex parte ejus, qui læsionem sensit, nulla
est. *d l. sub prætextu 19. C. de transactionib. Philipp
Matth. loco suprà designato.* Sed hanc controversi
am vide aliter explicantem Mathiam Berlichium.
part. 2. conclus 42. num 6. & seqq. pag. 910. & seqq.
nec non Antonium Merendam *lib. 1. controvers. jur. c.
39. pag. 54 & seq.*

185 De donatione hæc quæstio est: Quidam fundum
donaturus, quem putabat tantùm valere 20. cùm va-
leret 40. & amplius: in hoc errore fundum donavit
Sempronio, comperto errore, quæritur: an auctori-
tate *d l. 2. C. de rescind. vend.* fundum condicere sive
repetere possit? Et non posse, veritati magis confo-
num videtur. Nam is, qui donavit fundum valentem
186 40. & amplius, cùm putaret, valere tantùm 20. aut
donare voluit, quod excedit 20, aut noluit. Priori ca-
su donatio statim in totam æstimationem perficitur.
§. alia autem. 2. vers. perficiuntur supr. de donationib.
quæ donatio, utpote perfecta, revocari nequit. *l. cùm
ancillam 6. & l. seqq. C. de condict. ob causam dator.*
187 Posteriori verò casu, donatio ultra 20. non subsistit:
cùm nemo invitus donare existimetur. *l. nec ignorant
10. C. de donationib.* Et quidem hoc casu non propte-
rea non valet donatio: quòd donator duplo plus de-
derit, quàm putabat; sed quia aliquid dedit amplius,
quàm putabat. Proinde cùm quæritur, an donatio ist-
hæc rescindi possit: non hoc in quæstione versatur: an
donator duplo plus dederit, quàm volebat; sed an do-
nator aliquid vel minimum amplius dederit, quàm
volebat. Quo casu donator fundum totum, quem
donavit, repetere poterit: & sufficiet, si det ea viginti,
quæ donare constituerat. Ideo autem totum fundum 188
repetere poterit, & non pro parte duntaxat: ne cum
donatario in communionem incidat, quam nemo su-
scipere invitus compellitur. *l. si non sortem. 26 § si
centum. 4. vers. nemo invitus. ff. de condict. indebit.*
Itaque jam quæstionis est, quando donator intelliga-
tur voluisse donare, quod amplius est, aut voluisse, ut
donatori competat repetitio? Sanè si rei à se donatæ
nullam adjecit conditionem, neutiquam repetet, ta-
metsi apud se hoc animo fuerit, ut repeteret, si res plu-
ris esset. Propositum quippe in mente retentum, ni- 189
hil operatur. *l. si repetendi. 7. C. de condict. ob caus. da-
tor.* Imò etiamsi donator in fundo donando dixerit;
se fundum Sempronio donare: quia fundus non plu-
ris valeat, quàm 20. tamen ob hanc causam fundus
repeti non poterit, licèt multò pluris valeat: quando-
quidem falsa hæc causa est, quæ donationi & traditi-
oni nihil officit: & in hac causa falsa semper donatio
simplex subesse reputatur. *l. in summa. 65. §. id quo-
que. 2. ff. de condict. indebit.* Cæterùm tunc donatori 190
repetitio accommodabitur, cùm ita dixerit: Ego con-
stitui ob merita dare 20. Sempronio, & nihil amplius:
& quia fundum Tusculanum habeo, qui non pluris
valet: idcirco pro illis 20. fundum illi dono. Hic re-
petitio erit, etiamsi fundus tantùm duobus aut tribus
aureis pluris valuerit: quia donatorem nihil amplius,
quàm 20. donare voluisse, ex præfatione dilucidè
constat. *Ita eleganter hoc explicat Donellus ad d. l. 2.
Cod. de rescind. vendit. numer. 62. & 63. De eodem vi-
deatur Connanus lib. 7 Comment. jur. civil. c. 9. n 11.*

Præterea ardua hæc & venusta quæstio non intem- 191
pestivè hic movetur: si emptor thesaurum in fundo
seu re nuper emptâ invenerit, an venditor ultra dimi-
dium justi pretii læsus agere possit, ita ut thesauri pro-
pter quem res procul dubio pluris æstimanda est, ra-
tio habeatur? Et hujusmodi thesauri rationem haben-
dam, sicque venditorem in partem ejusdem vocandū
esse, censuit *Ludovicus Romanus in l si quis. cùm ali-
ter. 36. ff de verbor. obligat.* ubi scribit, se ita in Curiâ
Romanâ in facti contingentia respondisse & obtinu-
isse. Cui assentiri videtur Ioannes de Platea *in l unic.
n. 3 Cod. de thesaur.* ubi dicit: quòd si mercenarius re-
ficiens domum à se emptam, in parietis foramine vel
solo reperiit pecunia, in sacculo vel vase repositam,
eam venditori restituere teneatur & subiicit; sic fuisse 192
responsum à Jurisconsultis Florentinis. Sed contra-
riam sententiam ego probabiliorem esse judico, mo-
tus sequentibus rationibus. I. Quia res, quæ nullius
in dominio est, occupanti naturali ratione concedi-
tur. *l. 3. in pr ff. de acq. rer. domin. §. feræ. 12. v quod
enim. sup. de rer. divis.* Thesaurus autem nullius in 193
domi-

dominio est, *per l. nunquã. 31. § 1. ff. de acq. rer. domin.*
ubi thesaurus definitus vetus pecuniæ depositio, cu-
jus non extat memoria, ut jam dominum non habeat.
II. Quia, ut venditor dicatur læsus, tempus contra-
ctûs inspiciendum & attendendum est, *l. si voluntate*
8. in fin. Cod. de rescind. vendit. l. 3. §. divi fratres. 5. ff.
194 *de jure fisci.* Atqui tempore contractûs celebrati the-
saurus latebat, nec de eo quicquam constabat. Læsus
igitur venditor dici non potest. Siquidem privatio
habitum præsupponit. *l. manumissiones. 4. ff. de just.*
& jur. l. decem. 116. ff. de verber. obligat. l. Titio usu-
fructus. 96. ff. de condit. & demonstrat. III. Quia in-
ventus ille ab emptore thesaurus, non intelligitur à
venditore ad emptorem profectus, ut qui neque pos-
sedit eum, licèt fundum possideret. *l. 3. §. Neratius. 3.*
vers. cæterùm quod Brutus. ff. de acquir. vel amitt.
possess. neque sine possessione ejus dominium habuit.
195 Thesaurus quippe, antequam fuerit inventus, in nul-
lius domimo esse censetur. *d. l. nunquam. 31. § 1. ibi, ut*
jam dominum non habeat, item ibi, quod non alterius
196 *sit. ff. de acquir. rer. domin.* IV. Quia thesaurus ut
fundi pars non est: siquidem cum ipso fundo posside-
ri negatur. *d. l. 3. § 3. ff. de acquir. vel amitt. possess.* ita
nec est fructus fundi. *l. fructus. 7. (aliàs est l. divertio.*
8.) § si fundum. 12. vers. non magis. ff. solut. matrimon.
ut proinde ex eo fundi æstimatio peti nequeat.
197 V. Quia secundum naturam est, commoda cujusque
rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l. secun-*
dùm, 10. ff. de reg. jur. Sed ad emptorem omne in-
commodum, perfectâ emptione, pertinet. *l. necessariò*
8. ff. de peric. & commod. rei vend. & latiùs ostensum
in §. cùm autem emptio. 3. supra hoc tit. Ergo & com-
198 modum ad eundem pertinebit. VI. Quia quod quis
in suo invenit, id ei omne jure debetur. *§. thesauros. 39*
supr. de rerum divis. d. l. unic. Cod. de thesaur. At pro-
positâ in quæstione emptorem in suo fundo thesau-
rum invenisse, negari nequit. Ergo ipsius est: & con-
sequenter nullâ ratione, in partem inventi thesauri ut
vocet venditorem, cogi potest. VII. Quia Scævola
in l. à tutore. 67 ff. de rei vindicat. A tutore pupilli, ait,
domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum indu-
xit: is pecuniam invenit: quæritur, ad quem pertine-
at? Respondi; si non thesauri fuerunt, sed pecunia for-
tè perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat,
non ablata: nihilominùs ejus eam esse, cujus fuerat.
Cùm igitur in nostro casu venditor probare non pos-
199 sit; pecuniam, ab emptore inventam, perditam, vel
per errorem à se aut suis neglectam fuisse: merito ex
Scævolæ responso thesaurus intelligitur; ac proinde
dominium illius in emptorem transfertur; adeòque
venditori, tanquam immodice læso, beneficium *ex d.*
l. 2. Cod. de rescind. vendit. haudquaquã conceditur.
Et sane oppositio, quæ fit inter pecuniam deperditam
vel neglectam & thesaurum, apertè indicat: sicuti pri-
ore casu dominium non transfertur in emptorem, sed
repetitioni pecuniæ locus est: ita posteriore, thesauri
dominium ita in emptore transferri, ut nullatenus re-
petitio locum sibi vindicare possit. Sed & loquitur
Scævola (*quod diligenter notandum*) de vendente ta-
li, qui tutor erat, cui pupilli nomine (cujus favor per
omnes juris nostri partes diffusus est) denegatur the-
sauri repetitio. Ergo multò id magis in nostrâ specie,
ubi vendens major est, admittendum fuerit. Atque
ita sentiunt *Franciscus Aretin. in d. l. si quis, cùm aliter*
36. ff. de verber. obligat. Cagnol. n. 121. & Panthal. de
Crema. n. 62. in d. l. 2. C. de rescind. vendit. Fachineus
lib. 2. controvers. jur. c. 20. vers. quartò controverti-
tur, &c. Dn. Collega Becer. in tract. de regalib. c. 3. nu.
186. Heigius part. 1. quæst 13. n. 61. Barbosa Lusitan. in
d. l. 8. § si fundum. 12. n. 31 ff. soluto. matrim. Farinac.
variar. quæst 104. Anton. Gabriel. lib. 3. conclus. 1. de
empt. & vendit. n 111. Baptista Costa cent. 1. distinct.
60. de scient. & ignorant. Menoch. consil. 649. lib. 7. &
Arumaeus lib. 1. decis. 1. Atque hanc quæstionem etiã
attigi *in d. §. thesauros. 39. suprà. de rer. divis. numer.*
10. & seqq.

Nec huic quicquam decerpit sententiæ; quòd in 200
judicandâ læsione ratio habenda sit æstimationis rei,
secundùm tempus contractûs initi *d. l. si voluntate. 8.*
C. de rescind. vend. licèt occulta sit hujusmodi æsti-
matio, & minimè patens. *d. l. 3. §. divi fratres 5. ff. de*
jure fisci. Nam nostro in casu fundus venditus ex pre-
tio thesauri, qui contractûs tempore latuit in illo, po-
stea verò demum ab emptore inventus fuit, æstimari
nullo modo potest: ac ea propter venditor tempore
contractûs de nullâ prorsus læsione conqueri potuit;
nec postmodùm in thesauro, quem nunquam habuit
d. l 3. §. Neratius. ff. de acquir. vel amitt. poss. circum-
ventus aut læsus dici; ac per consequens nec reme-
dio *d. l. 2. C. de rescind. vend.* uti poterit. Emptor quip-
pè thesaurum habet, non ratione venditionis: sed po-
tiùs ratione inventionis, & sic ex titulo diverso: atq;
adeò fundi æstimationem augere nequit: effossioq; 201
thesauri habetur loco cujusdam nascentis emolumen-
ti, quod non tam à jure, quod venditor transtulit, quã
novo fortunæ beneficio donoq; proficiscitur, *arg. l. si*
is. qui. 63. § 1. ibi, thesaurus donum fortunæ creditur. ff.
de acquir. rer. dom. & d. l. unic. ibi, ne ulterius Dei be-
neficium, &c. C. de thesaur.

Neq; etiam obsistit, quòd contractus venditionis 202
& locationis sunt similes, *initio tit. infr. de locat. &*
conduct. l. 2. ff. locati. In locatione autem receptum
est, ut pensio augeatur, si conductor lucrum maximũ
senriat, *ut notat gloss in l si merces. 25. §. vis major. 6. in*
verbo, cui ff. eod. arg. l. 2. C. de alluvionib. Gomez. tom.
2. variar. resol. cap. 3. de locat. n. 18. circa finem. Idem
ergo & in venditione dicendum: ut, si magnum lucrũ
fecerit ex thesauri inventione emptor, ad majus pre-
tium solvendum sit condemnandus. Illud, *inquam,*
nihil obsistit. Isthuic enim glossæ, eamq; sequentium
opinationi fortissimè repugnat textus *in d. l. si merces.*
25 §. vis major. ibi, cui immodicum lucrum non aufer-
tur. ff. locati. Immodicum siquidem significat maxi-
mum, & nimis excedens, nec aliter citra luculentam 203
violentiam accipi potest. Ita namq; passim apud bo-
nos auctores legitur, ut illud: *immodicæ opes:* & illud
apud Cajum, *immodico pretio vendat,* id est, pro ma-
ximo & nimio. *l. non dubium. 14. in fin. ff de legat. 3.*
Nec confirmat glossæ figmentum *d. l 2. C. de alluvio-*
nib. ubi rescribitur; quòd si ex inundatione Nili diti- 204

ores fiant possessores, pro terris, quas possident, tri-
butorũ præstationem agnoscant. *Tum* quia id speci-
aliter in prædiis publicis seu favore fisci constitutum
videtur, *ut innuit gloss. in l. 1. super verbo, particulare. C. de jure emphyteut. & gl. in l. legem. 16. in verbo, reposci. C. de locato.* Tum quia lex illa 2. de augmento
ipsius rei, non verò fructuũ, accipienda est: *ut satis ex literâ colligitur, & accuratiùs explanat Pinelus ad d.*
205 *l. 2. part. 1. c. 3. n. 35.* Adhæc stante glossæ opinione
(quam tamen non servari, testatur Pinelus *d. c. 3. n. 34*)
non malè respondetur: à locatione ad emptionem ar-
206 gumentum duci posse, datâ paritate rationis. Ast in
præsenti disquisitione longè alia emptionis, alia loca-
tionis ratio est. Etenim in conductore & illud indu-
bitatè receptum est, ob nimiam sterilitatem pensio-
nem ei minuendam esse. *Lex conducto. 15. § si vis tempestatis. 2. & §. ubicunq; 7. d. l. si merces. 25. §. vis major 6. ff. locati. & fusiùs probavimus infrà, ad princip. tit. de locat. & conduct. n. 69.* ut ex regulâ juris non
iniquũ sit eundẽ incommodo aliquo videlicet aucti-
ore pensione, in casu nimiæ ubertatis onerari. *d. l secũdùm. 10. ff. de reg. jur.* Ejus autem contrarium in em-
ptore sancitum constat. Is enim nullum levamentum
sentit, quantumvis totus fundus chasmate perierit.
Ideoq; & gravamine nullo, tametsi eidem per alluvio-
nem aliquid accesserit, affici debet. *l. id, quod. 7. & l. seq. ff. de peric. & commod. rei vend. Arumaus d. decis. 1. in fine. ubi aliis quibusdam objectiunculis respondet.*
Est & illa sat pulchra, & dubia quæstio: utrùm au-
207 xilium *l. 2. C. de rescind. vendit.* adversus tertium ac
singularem successorem competat? Et competere,
Doctores communiter tradiderunt; si modò hæc duo
concurrant. Primum, ut singularis iste successor rem
ex causâ lucrativâ possideat; aut certè ex contractu,
qui eodem in justitiæ morbo, videlicet læsionis ultra
dimidiam, laboret. Alterum, ut is, à quo causam suc-
cessor habet, nimirum emptor ille, qui decepit ac læ-
sit venditorem, solvendo non sit. *Bald. Salicet. & Panthaleon Cremens. in d. l. 2. C. eod. Tiraquell. ad l. si unquam. 8. in verb revertatur. n 329. C. de revocand. donat. Covarruv. lib. 2. variar. resolut. c. 3. n. 3. Menoch. consil. 63. n. 22. lib. 1. Stracchа ad Cravettam in consil. 7. n. 13. Fabian. de Monte in tract. de empt. & vend. q. 8. princ. n. 23. Matthias Berlich. decis. aur. 157. pag. 605. & seq.* Verùm sententia contraria veritati
208 juris propior videtur. Primò enim exploratissimum
est; actionem ex contractu descendentem contra sin-
gularem possessorem non dari. Haud siquidem per-
sonalis obligatio fundum sequitur. *l. 1. §. si heres. 16. ff. ad senatuscons. Trebell. l. ult. §. ult. ff. de contrah. empt. l. dolus. 10 C. de rescind. vendit.* Deinde huc valde per-
tinet textus *in l aris alieni. 15. C. de donationib.* ex quâ
perspicuè liquet, agi non posse adversus donatarium
& possessorem rei debitoris, ab eo, cui debitor donãs
209 erat obligatus. Et loquitur textus in successore ex ti-
tulo lucrativo: nec, an debitor solvendo sit, nec ne, di-
stinguit. Proindeq; nec nos distinguere debemus. *l. 3. in fin. ff. de offic. præsid. l. 1. §. initio. 4 ff. de offic. præfecti*
210 *urbi.* Confert etiam eòdem non parùm textus *in l. 1. & 3. C si vendito pignore agatur*, ubi habetur, contra
tertiũ possessorem tum demum agi posse, cùm malâ
fide emit; & is, qui conveniri poterat, solvendo non
est. Malâ igitur fide cessante, conveniri non poterit.
Nec hanc decisionem enervat *l. in causa. 13. §. fin. ff. de* 211
minorib ubi respondetur, minorem læsum restituen-
dum esse, etiam adversus tertium emptorem & pos-
sessorem, si prior emptor solvendo non sit. Nam re-
medium *d. l. 2. C. de rescind. vend.* (quod pro majori-
bus est solummodo introductum) longè differt ab
auxilio ætatis seu restitutione minorum, maximè quo-
ad agendum adversus tertium possessorem: cùm illic
merè personalis actio tantùm locum habeat: hîc ve-
rò auxilium in rem scriptum, multò pinguius & libe-
ralius, competat. Sed vide hanc sententiam explica-
tiùs defendentem Pinelum *in Commentar ad d. l 2. C. de rescind. vend part. 2. cap. 1. n 32. cum seqq.* & Fachi-
neum *lib. 2. controversiar. jur. cap. 18.*
Huc vicina anceps ista quæstio est: ecquid vendito- 212
ri liceat adversus emptorem agere, quando venditor
ultra dimidiam est læsus, & res vendita sine emptoris
culpa, casu scilicet fortuito, periit? Et venditori com-
petere actionem, ut, quod deest justo pretio, ab em-
ptore consequatur, scribunt *Panormitanus in c. cum dilecti, n. 10. ext. de empt. & vendit. Francis. Cremens. singul. 84. Ripa in l quod te mihi 3. n. 11. ff. de reb. cred. si cert pet. Alberic. n. 11. & pauci alij in d. l. 2. C. de rescind vendit.* Sed contrarium, nempe venditori nul-
lam actionem competere, tanquã verius & æquius,
amplexi sunt *Accursius, Azo in summan. 6 Bartol. n. 13. Bald. n. 14. Fulgos. n. 9. Salicet q. 14. Castrens. n. 16. Cagnol. n. 115. aliiq; communiter in d. l. 2. ibiq; Pinelus part. 2. cap. 1. n. 36. cum seq. Anton. Burgens. in d. c. cùm dilecti. n. 60. & seqq. Fabian. de Mont. d. tract. de empt. & vend. q. 8. princ. n 23. in fine. Gozadin. cons 44. n. 11. Gomez tom. 2, var. resol. c. 2. de empt. & vend. n. 22. Covarru. lib. 2. var. resolut. c. 4. n. 14. & Fachineus d. lib. 2. controvers jur. c. 18. vers sed contrariam sententiam, &c.* Hujus in sententiæ confirmationem addu- 213
citur primò textus *in l. si res æstimata. 12. §. 1 ff. de jure dot.* ubi responsum est, quòd mulier in causa do-
tis (quæ semper & ubique præcipua est, *teste Pomponio in l. 1. ff solut. matrim.*) petere non possit id, quod
justo pretio deest, ubi servus extinctus, vel res perem-
pta est. Ergo multò minus id juris venditor habebit. 214
Secundò urget vehementer hæc ratiocinatio: ubicũq;
quantitas debetur respectu certæ speciei; specie per-
empta, debitor est liberatus. *l. Titia textores. 36. §. ult. ff. de legat. 1. l. electio. 26. §. si is 4. ff. de noxalib. actionib. l. 1. §. ult ff. si cui plus, quam per leg. Falcid. l si servus communis. 61. in princ. vers. ex his igitur. ff. de furtis.* Atqui in proposita quæstione quantitatem debe-
ri respectu certæ speciei, nimirum contemplatione
rei venditæ, in confesso est. Igitur re peremptã, & obli-
gatio ad pretiũ perimitur. Tertiò suffragatur; quòd
præsenti in casu res principaliter in obligatione esse
dicitur; justi autem pretii suppletio in facultate sol-
vendi, *ut evincitur ex d. l. 2. C. de rescind. vendit.* illis
verbis: *Humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias: vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias.* Illa ver-
ba

ba (*Si emptor elegerit*) apertè arguunt; illud in electione emptoris esse, & sic in facultate solvēdi. Re itaque peremptâ, debitor liberatus intelligitur. *l. si ex legati causa. 23. ff. de verbor. obligat. d. l. quod te mihi. 5. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. si quis stipulatus 57. ff. de solutionib.* Accedit quartò, quòd hîc æquitas (*in quâ d. l. 2. C. de rescind. vend. fundatur*) videtur magis favere emptori, qui pretium quale-quale solvit, & rem
215 casu, sicq; sine culpâ amisit. Sed & in dubio magis favendum esse convento reo, quàm actori, patescit *ex l. si servum. 91. §. sequitur. 3. in fin. ff. de verb. oblig. & l. si plures. 14. §. ult. ff. deposit.* ubi eleganter dicitur; æquū esse, naturalem interitū ad actorē pertinere: utiq; cùm interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.

216 Nec confringit traditionem nostram, quòd dissentientes contendunt: emptorem æquè principaliter obligatum esse venditori, vel ad id quod justo deest pretio, persolvendum: vel ad rem emptam restituendam, *arg. d. c. cùm dilecti. 3. & cap. cum causa. 6. de empt. & vendit.* ac consequenter, re peremptâ, obligationē ad pretiū superesse. *l. si in emptione. 34. §. si emptio. 6. ff. de contrah. empt. l. Stichum aut Pamphilum. 95. in princ. ff. de solut.* Etenim allegata modo capitula nihil aliud volunt, quàm emptorem facultatē habere supplendi sive solvendi justum pretium, eamq; facultatem illi non esse auferendam: quòd & nos non diffitemur. Inde autem propterea non rectè infertur; ipsius rei restitutionem non esse principaliter tantùm
217 in obligatione. Illud sanè extra controversiam positū videtur: emptorē conveniri posse, & compelli ad solvendum justum pretium, licèt res citra ejus culpâ perierit; quando alteri eam ipse vendidit. & ab emptore secundo justum pretium accepit. Siquidem hoc casu, cùm ipse emptor pretiū habeat, rem ipsam habere censetur. *l. si ipsa res. 18. ff. quod met. caus. Salicet. & Panthal. Cremens. in d. l. 2. C. de rescind. vend. & Pinel. ibidem. d. part. 2. cap. 1. n. 38. Covarr. d. lib. 2. var. resol. c. 4. circa finem. & Fachineus d. lib. 2. cap. 18. in fine.*

218 Advolat nobis hîc tractanda alia quæstio, diu multùmq; à Doctoribus agitata: Si quispiā vendat minori pretio rem majoris pretii, eâ clausulâ adiectâ: *Et si quid pluris valet, donat*: utrùm, si ultra dimidiā venditor lædatur, ad rescindendum contractum agere valeat? Negant id *Imola, Ludovicus Romanus, & Æmilius Ferretus in l. si quis. cùm aliter. 36. ff. de verbor. obligat. Alberic. in l. si tibi decem 17. q. ult ff. de pact. Odofredus & Petrus de Vbald. in l. 2. Cod. de rescind. vend. Fabian. de Mont. in tract. de empt. & vendit. q. 8 princip. n. 17. & 18. Andr. Barbat. in c. cùm causa 6. col. 2. circa med. vers. & si opponatur, &c. de empt. & vend. Forcatul. Necyomant. Dialog. ult. n. 6. & alii, quos recitat Cavalles tem 2. opinionum comm. contra commun. q. 511. n. 2.* Affirmant verò non absq; ratione *Bartol. Bald. Salicet. Paul. de Castro, & Cagnol. n. 124 nec non Pinel. part. 1. c. 2. n. 20. C. de rescind. vend. Boer. decis. 142. n. 10. Fachin. lib. 2. controvers. jur. c. 19. Iacob. Curt. Brugensis lib. 1. conjecturar. ad Vivsdium Colleg. c. 7. & lib. 3 ad Fratrem. c. 2 Trentacinq. variar. resolut. lib. 3 resol. 3. de empt. & vendit. n. 10. aliiq;*
219 *plures ab eo allegati.* Etenim illa clausula (*Et si quid pluris valet, donat*) ita accipienda est, ut locum obtineat in modicâ quantitate; non autem in magnâ, ubi videlicet deceptio ultra dimidiam justi pretij esset. *l. hac adjectio. 192 ff. de verbor. signif.* Nec obstat; quòd, cùm venditio propter modicam læsionem non rescindatur. *l. quisquis. 15. Cod. de rescind. vend.* ejusmodi clausula operari debeat, ut nec propter læsionem enormem rescindi queat: ne alioqui superflua & inutilis prorsus evadat. *Hoc* namque clausula ista operatur: ut emptor viliori pretio, quàm sit justa rei æstimatio, emens haud peccare intelligatur.

At quid statuendum, si prædicta clausula pinguiùs 220
& magis generaliter concepta sit, hoc modo: *Et si quid pluris valet, totum illud, & omne quantumcunq; est, donat & remitt. emptori?* Et communior, eaq; verior (ut ut eam futilē atq; reijciendā dicat Pinelus *d. part. 1. c. 2. n. 22.*) traditio est: venditionē rescindi neutiquā posse *ex d. l. 2. C. de rescind. vend.* Ea quippe sermonis 221
universalis natura est, ut nihil excludat; sed omnia omnino, & consequenter etiā læsionē ultra dimidiam, cōprehendat. *l. Iuliano. 68. in princ. ff. de legat. 3. l. 1. §. 1. ff. de legat. præstand. l. si servus. 23. ibi, verbo generale omne lumen significari. ff. de servit. urb. præd. can. 1. §. dicendo verò omnia, &c. Distinct. 19.* Non evertit 222
conclusionem hanc regula *l. 2. in fine. C. communia de legat.* quâ dicitur, non verbis, sed ipsis rebus leges esse impositas. *Nam* non verbis duntaxat, sed rebus hæc decisio convenit: cùm universalem orationem plura continere, quàm particularem, notissimum sit. Ideoq; magnum & evidens discrimen inter hæc duo (*si quid pluris valet, dono: & si quid pluris valet, omne id, & totum quantumcunq; est, dono*) esse nemo non animadvertit. Non minus quoq; eandem sententiam *l.* 223
ult. §. idem quæsiit. 3. ff. de condict. indeb. ubi expressum est, generalem clausulam, quæ pactionibus adjici solet (*nullam se amplius controversiam facturum*) indebiti condictionem non impedire. *Sic enim* promittens non præsumitur voluisse se obligare ad solvendum, quod non debebat: quippe cùm se debitorem esse existimaret. Ast in nostro casu venditor de læsione cogitat: seq; læsum esse non ignorat: & nihilominus læsionem ipsam emptori remittit ac donat.
Nihil præterea derogat opinioni nostræ *l. pediculis. 32* 224
§. Labeo 6. ff. de auro & argento legat. ubi responsum est, non mutare substantiam rerum non necessariam verborum multiplicationem. *Quia* textus iste procedit, quoties unum & idem exprimitur diversis verbis, idem significantibus. Loquitur siquidem disertè de eo, qui testamento lanam scripsit, ac deinde versicoloria. quasi desierit lana tincta, lana esse. In propositâ autem specie verba illa (*omne & totum quantumcunq; est, donat*) generalia plane sunt; adeòque plura, quàm simplex illa oratio (*Et si quid pluris valet donat*) complectūrus. Vlterius nihil adversatur, quòd 225
renuntiatio generalis, quâ omni legum quis auxilio renuntiat, non tollat beneficium, venditori *ex d. l. 2. C. de rescind. vend.* concessum; ut & textibus juris, & Doctorum auctoritatibus probatum est *suprà num. 120.* Quandoquidem generaliter omni legum auxilio

renuncians, de tàm immodicâ læsione cogitare non
præsumitur: ac propterea ad eam speciem renuncia-
tio non extenditur. Cæterum in præsenti themate,
venditor nominatim de læsione circa pretium cogita-
re, totumq; id, quod justo deest pretio, emptori dona-
re creditur. Quare hæc nostra species cum illâ, utpote
longè diversâ, nihil commune habet. Atq; huic patro-
cinantur doctrinæ *Baldus. Salicet. Castrens. & Cagno-
lus n.130. in d.l.2.C. de rescind. vend. Boerius decis.142.
n.10. Alexand. cons.42. nu.7. & cons.117. vol.1. consil.
20. & 163. vol.5. Curt. jun. consil.183. Fachineus d. lib.
2. controvers. jur. c.19. vers sed & tertia oritur contro-
versia, &c. Trentacinq. d. lib.3. resolut.3. de empt. &
vendit. num.10. vers. secunda conclusio, &c.*
226 Expeditæ jam quæstioni proxima est illa, ex eâdem
clausulâ descēdens: Nū videlicet insinuatio sit neces-
saria, si fortè pretii quantitas à venditore donata, sum-
mam quingentorum aureorum excedat? Minimè ne-
cessariam esse, tradiderunt *Calderinus consil. 2. tit. de
empt. & vend. Barbat. in l 2. ff. de verb. oblig. & alii,
quos refert, & defendere conatur Covarr. lib.2. var.
resol. cap. 4. n. 8.* Sed contrarium haud infirmis argu-
mentis docuerunt *Petrus Anchoranus & Imola in c.
penult. de empt. & vend. Alciat. ad d. l. 2. ff. de verb.
oblig. num.16. Traquell. de retraict. lign. §.1. gloss. 18.
num.15. Fachineus d. lib.2. cap.19. vers. majorem habet*
227 *difficultatem, &c. aliiq; per eos citati.* Primùm enim
clarissimi juris est: venditionem viliore pretio dona-
tionis causa factam, esse veram donationem. *l. si quis
donationem.38. ff de contrah. empt. l si sponsus 5. §. circa
venditionem.5. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. vir uxo-
ri.17. ff. ad senatusconf. Vellejan.* Si vera donatio est:
utiq; & insinuationem desiderat. *l. in hac sacratissi-*
228 *ma.30. & seqq. C. de donationib.* Deinde donari illud
videtur, quod nullo jure cogente datur. *l.1. & l. dona-
ri.29. in princ. ff. d. tit.* Nostro autem casu is, qui do-
nat id, quod pluris res valet, nullo jure cogente, sed
sponte hoc facit: cùm illud donare non teneatur. Qua-
se sicut in aliis donationibus, ita & in hac insinuatio
requiritur. Adhæc negari non potest, quin proposi-
tâ in specie venditor remittat jus emptori, quod sibi,
ad venditionem rescindendam, vel ad justum pretium
229 petendum, competebat. Atqui remissio debiti, seu
renunciatio juris competentis, donatio quædam judi-
catur. *l. in ædibus.9. ff. de donationib. l. si mulier.10. ff.
de condict. causa data, &c.* Ergò hîc insinuatio neces-
saria est, ut in donationibus aliis.
230 Non obsistit huic decisioni; quòd præcipua con-
trahentium intentio inspicienda est, & ab eâ contra-
ctus denominandus. *l. si quis nec causam.4. ff. de reb.
cred. si cert. pet. l. fundi partem.79. ff. de contrah. empt.*
In nostrâ autem quæstione præcipua intentio est ven-
dendi, & emendi. Ergo talis contractus venditio est;
nequaquam verò donatio: & consequenter nec insi-
nuatio exigitur. Non obsistit, *inquam*, hoc argu-
mentum. Minor namq; propositio meritò negatur.
Animus quippe & intentio ex verbis & factis detegi-
tur. Ast hîc & verba & facta donationi conveniunt,
respectu scilicet majoris æstimationis ac pretii, quod
venditor emptori ultrò remittit & donat.

Similiter nihil officit; quòd venditio viliore pretio 231
facta, ita demum donationis veræ naturam induat, si
donandi causa manifesta sit, *arg. d. l si quis donationis.
38. ff. de contrah. empt.* Quoniam in præsenti specie ma-
nifestissima est donandi causa. Venditor enim apertè
diserteq; profitetur: se donare, quicquid ultra preti-
um conventum ex justâ rei æstimatione deberetur. Et
dato, quòd non sit vera, & propriè dicta donatio: cùm
ex merâ liberalitate non procedat; haud tamen pro-
pterea efficitur, quin requirat insinuationem: cum
lex insinuationem exigens, omnem donationem
comprehendat. *l. sancimus.34. C. de donationib.* Re-
liqua Adversariorum argumenta ex modò dictis sine
ullo negocio dilui poterunt: eaque sigillatim refutat
Fachineus *loco supranotato.*
Porrò disceptant Doctores acriter de hac etiam 232
quæstione: an *l. 2. C. de rescind. vend.* locum habeat,
adeòque venditio propter læsionem ultra dimidium
rescindi queat, quando facta est cum decreto judicis?
Negatam tenent opinionem *Bartol. Bald. & Ioan. de
Platea in l.e. C. de prædiis decurion. &c. Angel. in l.1.
C. de præscript 30. vel 40. annor. & in repetit. l. sciën-
dum.30. ff. de verb. obligat. Paul de Castro in d. l. 2. n.
5. Cod. de rescind. vendit. Francisc. Curt. consil. 67.
Socin. Sen. consil. 57 colum. ult. vel. 4. Decius consil.
210. num. 8. Corneus consil. 56. lib 3. Iason. consil. 119.
col. 2. vers. accederet etiam. vol. 1. & in cap. 1. col. 3.
vers. confirmo etiam. de his, qui feud. dar. poss. Brun.
consil. 41. Mantua consil. 82. Simon de Prætis cons. 109.
num. 17. vol. 1. Marcellus Cala. in tract. de mod. artic. &
prob. §. 2. gl. unic. num. 737. Pruckman. consil. 29. num.
57 & consil. 49. num 168. vol. 1. Berlich. decis. aur. 126.
nu. 22. & Antonius Gabrielius in suis communib. con-
clus. lib. 3. tit. de empt. & vendit conclus. 1. num. 57. ubi
hanc magis communem opinionem esse, asserit.* Cæte-
rùm sententiam affirmatam tutantur *Imol. & Ale-
xand. in l. si quis, cùm aliter. 36. ff. de verbor. obligat.
Panormitan. & Anton. de Burges n. 27. in c. cùm cau-
sa. ext. de empt. & vendit. Panthal. Cremens. nu. 108.
& Cagnol. n. 158. in d l. 2. C. de rescind. vend. Menochius
de præsumptionib. lib. 2. præsumpt. 75. numer. 34. hosq;
cum aliis nonnullis referentes Fachineus lib. 2. contro-
vers. jur. cap. 20. vers. altera est controversia, &c.
Hunnius in resolut. ad vol. 2. disput. 2. Treutleri. qu.
43. pag. 298. Pinel. in d. l. 2. C. de rescind. vendit. part.
2 cap. 2. num. 18. cum seq. & Trentacinquius variar.
resolut. libr. 3. resolut. 3. de empt. & vendit. numer. 5.
vers. secunda est opinio, &c. ubi subjicit, ab hac opi-
nione non recedendum nec in judicando, nec in consu-
lendo.* In quâ conclusione & ego acquiescendum om- 233
ninò censeo. Tum quia juris est non incogniti; mi-
norem adversus venditionem esse restituendum, si fu-
erit læsus in pretio: quantumvis cum decreto judicis
venditio facta fuerit. *l. si quidem. 11. Cod. de prædiis,
& aliis reb. minor. &c. Ripell. variar. juris resolut.
prædicto cap. 11. num. 393. & seq. fol. 364.* Tum quia 234
Ecclesia (cujus bona sine decreto & solennibus juris
alienari non possunt. *tot. tit. de reb. Eccles. alienand.*)
ultra dimidium in contractu læsa, actionem habet ad
illum rescindendum. *c. cùm dilecti. 3. & c. cùm causa.
6. de empt. & vendit.*

Non

235 Non juvat superiorem negativam, & hanc affirmativam prosternit sententiam *d. l. 1. ibi, ut nec immoderatus venditor, &c. item ibi, denique nihil erit postmodum, &c. Cod. de prædiis decurionum sine decreto non alienand.* Etenim lex ista initiò ait: decurionem vendere non posse prædia absque necessitate, à judice æstimandâ. Quòd si forma hæc servata fit: *Ita fiet* (inquit textus) *ut nec immoderatus venditor*, id est, qui sine causa & moderatione vendat, *nec emptor inveniatur injustus*, id est, qui vel potentiâ, vel insidiis ad vendendum inducat, *ut statim ibi in textu additur.* Vel si ad omnem injustitiam illa verba referantur: sensus erit; non facilè repertum iri, qui quoquo modo venditorem decipiat, & minùs justè contrahat, propter judicis authoritatem, quæ intercedit. Quod sanè promptè conceditur: sed illud controvertitur, & in quæstione versatur: si & judex & contrahentes circumventi sint, & fortassis per imprudentiam erraverint, ita, ut venditor in pretio ultra dimidium deceptus fuerit; an rescindi contractus possit? Et posse, respondetur: quoniam jam perspicuum est, judicis auctoritatem parùm in eo profecisse. Neqi etiam textus ille hoc negat: imò potiùs contrarium probat, videlicet si fuerit injustus emptor, decretum judicis non valere, *docente Trentacinquio loco antè designato.* Quod verò attinet ad illa legis verba: *Denique nihil erit postmodum* (scilicet decreto judicis interveniente) *quo venditor vel circumventum se insidiis, vel oppressum potentiâ comparatoris, queri debeat: quandoquidem sub fide actorum, & de necessitate distrahentis, & de voluntate patuerit comparantis.* Ex his quidem verbis constat: venditorem hoc in casu allegare non posse, se vel metu compulsum, vel emptoris insidiis circumventum vendidisse: sed ex iis nullo modo elicitur, quòd venditor ultra dimidium in pretio deceptus, de hac læsione enormi conqueri non possit.

236 Nihil quoque negocii facessit nostræ conclusioni: quòd decretum judicis omnem fraudis & doli præsumptionem excludat, hocq; operetur, ut contractus ritè ac legitimè celebratus reputetur, *arg. d. l. sciendum. 30. ibiq; communiter Doctores. ff. de verbor. obligationib.* Quandoquidem una præsumptio tollit aliâ; hæcque excluditur per probationem in contrarium;

237 & veritati omnis præsumptio cedit. Proindeq; si appareat de læsione enormi, & injustitiâ: cessare debet præsumptio existens pro decreto, hujusq; efficacia, *arg. l. divus. 7. ff. de in integr. restitutionib. & l. magis puto. 5. §. si ut alienum 14. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. Simonecell. in tract. de decretis. lib. 3. t. 7. n. 5. Menoch. d. lib. 2 præsumpt 75. num 32. aliiq; plures, per eos congesti.*

238 Nihil insuper hîc deferendum est auctoritati illorum, qui opinioni contrariæ suffragantur, licet fortè numero plures sint. Non enim ex multitudine auctorum, quod melius & æquius est, judicare debemus: cùm possit & deterioris sententia & multas & majores in aliquâ parte superare, ut ait ipsemet Imp. Justinianus *in l. 1. §. sed neque. 6. C. de vet. jur. enucleand. & in simili respondi. Clarissimus D. Collega Becerus in tract. de crim. majestat. c. 3. num. 38.*

Non caret controversia & hæc quæstio: ecquid beneficio *l. 2. Cod. de rescind. vend.* locus relinquatur, si venditio præcedente publicâ subhastatione sit facta? Negantium vota probant *Angel. in repetitione l. sciendum 30. col. 6. numer. 11 ff. de verbor. obligat. in l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in l. pretia rerum. 63. ff. ad leg. Falcid. numer. 3. & consil. 142. num. 2. Bald. in d. l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. num. 2. & consil. 513. incip. judex & creditor. lib. 5. Guido Papa singul. 553. & decis. 22. in fin. Corneus consil. 56. libr. 3. Grat. lib. 2. responsor. in respons. 157. num. 10. & alii citati à Gabrielio commun. conclus. 1. de empt. & vendit. conclus. 1. num. 61.* Quibus novissimè quoque unà cum nonnullis aliis à se relatis, suffragatur Berlichius *d. decis. aur. 126. num. 51. 22. & seqq. pag. 460. cum seqq.* Ast ajentium dogma sequuntur *Alexand. in d. l. pretia rerum. 63. ff. ad leg. Falcid. & in consil. 117. column. ultim. libr. 7. Bartol. in d. l. 1. C. de prascript 30. vel 40. annor. numer. 1. vers. contra quia si res fuerit subhastata. Ioan. Maurit. de in integr. restitut. cap. 375. Cæsar. Ursil. in addit. ad Matth. de Afflict. decis. 340. Fabian. de Monte. tract. de empt. vendit. quæst. princip. 5. numer. 88. Cravetta consil. 29 num. 4. Paulus de Castro & Cagnol. num. 161. in d. l 2. Cod. de rescind. vend. & ibid. Pinelus part. 2. cap. 2. numer. 25. Firmian. in tract. de gabell. in 2. part. princ. colum. 2. Fachineus lib. 2. controversiar. jur. cap. 12. vers sed contrarium docuerunt, &c. Andreas Rauchbar. part. 1. quæstion. 40. num. 25. Anton. Faber. in suo Cod. lib. 4. tit. de rescind. vendit. definit. 4. num. 8. nec non Trentacinquius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de empt. & vendit. num. 4. ubi plures citat, & ab hac magis communi opinione nunquam descendendum esse affirmat.* Cui & ego, tanquam veriori, album calculum lubens addo. Tum 240
quòd humanitatis ratio militat in omni venditione, dictatque, ut venditori graviter læso succurratur. Tum quòd *d. l. 2.* generaliter & indistinctè loquitur: & ipsa venditio, per subhastationem præcedentem facta, rescissioni subjacet, dolo & fraude interveniente, *l. si quis. 16. Cod. de rescind. vendit.* quæ fraus censetur esse, ubi tanta læsio intercessit. Tum etiam per textum expressum *in l. fundus. 9 ff de rescind. vendit.* ubi dicitur; si fundus ob vectigale Reipublicæ venierit, quod debitor ideo, quòd fundus minoris venisset, quàm debita summa fuit, rescissionem contractûs petere possit.

Non obloquitur huic pronunciato, quòd tanti res 241
valet, quanti vendi potest. *l. 1 §. si heres. 16. vers. sed æstimandum, quanti valet. ff. ad senatusconsult. Trebellian. l. mortis causa. 18. §. ult. ff. de mortis caus. donationib.* Ideoque cùm res publicè, præcedente subhastatione, distrahitur, locus esse nequit rescissioni contractûs: quoniam eo pretio vendita est, quo vendi potuit. *Nam respondetur:* rem tanti valere, quanti vendi potest, cessante scilicet omni dolo & fraude. At verò propositâ in specie dolum, propter immoderatam læsionem, re ipsa inesse, nemini dubium esse potest. Quocirca bona illa præsumptio, quæ pro subhastatione facit, omnino corruit. *Cætera argu-*

argumenta contraria satis abundè resolvit Fachineus loco praellegato. Adde Dn. Collegam Beseldum dicto vol. 3. consil. 139. fol. 212. & seq.

242 Succedit alia de datione in solutum controversia: utrùm in illâ remedium *l. 2. Cod. de rescind. vend.* locum habeat? Pro cujus quæstionis resolutione duo veniunt considerandi casus. Primus est in datione in solutum voluntariâ extra judiciali, à debitore creditori absque interventu judicis factâ. Alter est in datione in solutum judiciali; cùm videlicet pignus creditori à judice adjudicatur. In primo casu concludunt unanimiter Doctores: in istâ datione in solutum habere locum remedium *d. l. 2.* ex hac ratione:
243 quòd talis in solutum datio similis sit venditioni, ejusque vicem obtineat. *l. fin. ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. si prædium. 4. in fine C. de evict. l. eleganter. 24 in princ. ff. de pignor. act. Alexand. in l. si quis, cùm aliter. 36. num. 18. ff. de verbor. oblig. Curt. jun. consil. 53. Mant. consil. 70. col. 2. Marcus Anton. Natta consil. 207. num. 2. vol. 1. Panthal. Cremens. in d. l. 2. C. de rescind. vend. in 11. limitat. Cagnol. ibidem num. 163. & Pinelus part. 1. cap. 4. num. 10.* In secundo casu variant Interpretes. Alii enim affirmativæ adhærent. *Oldrad. consil. 37. quæst. 3. Iohan. Andr. in addit. ad Specul. in tit. de judic. in §. sequitur. ad verbum, sequitur. in fine. Imola in c. cùm causa. colum. fin. de empt. & vendit. Iason consil. 151. circa finem. vol. 4. & Mantua d. consil. 70. col. 2.* Alii verò negativæ adstipulantur, *Bald. Roman. Alexand. & Aretin. in d. l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verbor. oblig. Herculan. in l. à divo pio. 15. § si pignora. ff. de re judicat. Fabianus de Monte in tract. de empt. & vendit. quæst. 8. princip. nu. 9. Socin regul. 220. in 4. limitat. Anton. de Burges in d. c. cum causa. num. 45. de empt. & vend. Fachineus libr. 2. controvers. jur. cap. 21. vers. sed communis & vera sententia est, &c. & Trentacinquius variar. resol. lib 3 resol. 3. de empt. & ven-*
244 *dit. num. 13. vers. secunda est opinio, &c.* Atque huic sententiæ & ego non invitus subscribo, propter hanc potissimùm rationem: quia cùm isthæc in solutum judicialis datio fiat à judice, non à parte: ideirco, si ex ea læsio sive damnum inferatur; remedium ordinarium appellationis competit. *l. ab executione. 5. Cod. quorum appellat. non recipiunt.* Quòd si creditor maluerit pro credito pignora accipere iisque contentus esse: ampliùs reclamare, auxilioque *d. l 2. Cod. de rescind. vendit.* uti haud poterit: cùm de residuo, quod sibi debetur, pacto veluti transegisse, idque remisisse videatur. *d. l. à divo Pio. 15. §. si pignora.*
245 *3. ff. de re judic.* Nec movet quicquam, si replicetur: non intervenisse hoc in casu judicis sententiam, sed decretum quoddam ex officio judicis, quod dispositionem *d. l. 2. C. de resc. vend.* excludere non potest, *ut demonstratum supra num. 165. & seq.* Non etenim procedit hic argumentum à decreto judicis interposito in actu voluntariæ jurisdictionis, ad decretum in contentiosa jurisdictione interpositum, à quo appellari posse certum est, si modus in exequendo excedatur. *d. l. ab executione 5. C. quor. appellat. non recip. Fachin. dicto loco.*

Tandem quæ actio sive quod remedium competat 246
ad rescindendam venditionem propter læsionem ultra dimidiam, acerrimè Dd. confligantur? Quidam namq; extraordinarium auxilium, id est, in integrum restitutionem vel officium judicis competere autumant, *Petrus & Cynus in d. l. 2. C. de rescind. vend. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 56 pag. 1115.* Alii condictionem ex lege dari suspicantur, *Angel. in l. si id, quod aurum. 22. ff. de V. O. huncq; referens Pinelus ad d. l. 2. parte 2. c. 1. n. 26.* Deniq; nonnulli actionem ex empto & vendito concedi existimant, *Gloss. Bartol. Donellus n. 44. & cæteri in d. l. 2. C. de resc. vend. Fachineus lib. 12. controvers. jur. c. 31. Brenchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 70. D. Obrechtus disp. 35. thes. 157. & aliquot subsequentib.* Atq; horum sententiam, quæ communis est, & legibus consona, recipiendam judico. *l. ex empto. 11. §. si quis virginem. 5. cum §. seq. & l. Iulianus. 13 § si venditor. 4 & §. seq. & § si quis colludente. 27. ff. de actionib. empt. l 2. C. eod. l. sed Celsus. 6. §. 1. ff. de contrah. empt.* quibus ex locis apparet; dari actionem ex contractu ad rescindendnm ipsum contractum, ob justas causas. Hujusque ratio est perspicua: siquidem quæ- 247
cunq; sunt moris & consuetudinis, id est, quæcunque ex more & consuetudine receptâ, venditor emptori, aut emptor venditori præstare debet: ea veniunt in actionem ex empto & vendito, *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20 ff de ædilit. edict.* Multò ergo magis ea veniunt, quæ jure certo præstanda sunt, qualis est restitutio, quæ fieri debet *ex sæpissimè allegatâ l. 2. C. de rescind. vend.* Nihilq; ad rem pertinet, quòd de hac restitutione sive rescissione, in contrahendâ emptione nihil convenit, sed potiùs omnia contraria acta sunt.
Nam in bonæ fidei judiciis, qualis est emptio & vendi- 248
tio, omnia veniunt illa, quæ ex æquo & bono præstanda sunt, etiamsi de iis nihil omnino convenerit, *per tit. ff. de oblig. ex consens in fine. §. in bonæ fidei. 30. infr. de actionib.* Nec rectè quispiam dixerit: absurdum vi- 249
deri, actionem ex vendito ad rescindendam venditionem dari, quæ ad confirmandam venditionem introducta est. *Haud* enim infrequens est, vel novum: ut actio ex vendito, aut ex empto, ad rescindendam sive resolvendam venditionem concedatur, *sicut liquidissimè patescit ex d. l. ex empto. 11 §. si quis virginem. 5. ff. de actionib. empt. & similibus praellegatis.* Sed & maximè actionem dari constat, si fundus nominatim hac lege sit venditus, ut sub aliquâ conditione inemptus fieret. *d. l. Celsus. 6. §. 1. ff. de contrah. empt.* Quin etsi nihil tale convenerit, sed solùm jure liceat emptionem rescindere: in eam rem actionem emptori & venditori competere, argumentum quoq; certissimum præbet redhibitio. Etenim si animal morbosum, vitio- 250
sumvé sit venditum: ex edicto ædilium curulium potest emptor animal redhibere venditori. *l. 1. ff. de ædil. edict.* Quæ redhibitio nihil est aliud, nisi emptionis rescissio, quâ sit, ut venditor rem suam recipiat, & pretiū reddat. *l. redhibere. 21. in princ. & l. facta redhibitione. 60. ff. eod.* Hæc autē redhibitio petitur actione ex empto, *d. l ex empto. 11. §. redhibitionem 3. ff. de actionib. empt.* Idem igitur de rescissione illâ, de qua hîc agitur,

pro-

pronunciandum est. Cæterùm venditori tribuitur actio ex vendito: ut pretium emptori reddere, suamq; rem ab eodem recipere possit, ratmetsi nihil convenerit, *dictis juribus, & notat Donellus ad d. l. 2 C. de resc. vend. n. 45. & 46.* Porrò varia morborum vitiorumvé redhibitionem admittentium genera recenset Johannes Wilhelmus Röveſtr. *in meditationib. adilitiis, de judicio equestri, tum redhibitorio, tùm æstimatorio. cap. 4 lib. 1.*

251 Non obstat eorum sententia, qui restitutionem in integrum (quæ ex æquitate comparata est. *l. penult. in princ. ff. de in integr. restitutionib.*) ad rescindendā venditionem, locum hic habere ideò contendunt: quòd Impp. *in d. l. 2.* diserte rescribunt; humanum, id est, æquum esse, hanc rescissionem dari. *Nam* restitutionem locum hic sibi vindicare neutiquā posse, ratione hac e-

252 videnti ostenditur: Majores 25. annis, qui neq; dolo circumventi sunt, neq; metu coacti, ut venderent, in integrum restitui non possunt, nisi ex eā parte edicti, quæ est de iis causis, ex quibus majores in integrum restituuntur. Ast eā edicti parte nemo major, qui facto suo læsus est; sed solùm, qui necessariā vel probabili absentiā læsus est, restituitur. *l. sed & si per pratorem. 26. in fin. l. nec non & si 28. in princ. ff. ex quibus causs. majores 25. an. in integr. restit.* Quapropter in propositā specie venditor in integrum restitui nequit: quoniam neq; dolo circumventus, neq; vi compulsus est: & si quo facto læditur, utiq; suo læditur; non autem ullo facto adversarii, aut ullā etiam absentiā necessariā vel probabili. Itaq; si quæst actio venditori ad rescissionem proposita: ordinaria ex vendito actio ut sit, necesse est, *docente Donello ad d. l. 2. Cod. de rescind. vendit. num. 44.*

253 Nihil item movet opinatio illorum, qui nostro casu officio judicis locum esse, asserunt, *arg. d. l. 2. Cod. d. t. ibi, auctoritate judicis intercedente.* Quæ verba cùm adjudicem dirigantur: officium judicis hic locum obtincre, innuere videntur. *Respondendū* enim est: quòd cùm verba ista ad judicem relata, executionem facti respiciant: judicis officium ipsi actioni intentatæ deserviens (quod vulgò mercenarium appellitant) denotare putentur, *ut traditum est à Decio in l. si feror. 8. in 2. limitat. C. de collationib.*

254 Nullius deniq; valoris est eorū traditio, qui in propositā quæstione condictionem ex lege competere scribunt, *arg. l. unic. ff. de condict. ex lege,* ubi condictionem ex lege dari, respondetur, quoties alia actio deficit. Ex hactenus namq; traditis sole meridiano nitescit dilucidiùs: in nostra specie contractus injusti rescissionem, itemq; ad æqualitatem reductionem fieri debere per actionem ex vendito, sive ex ipso contractu

255 descendentem. Atque hoc etiam arguit non obscurè textus *in l. venditi actio. 6 C. de actionib. empti.* dum dicit: actionem venditi, non facilè ad rescindendam perfectam venditionem competere. Ex eo quippe infertur: actionem aliquando dari, ubi scilicet justa subest causa, ut detur: putā quando contractus læsionem ultra dimidiam continet. Si enim nunquam competeret sive daretur: non dixisset textus, *facilè non competere.* Proindeque verba ista significant: regulariter quidem actionem ad rescissionem contractûs non indulgeri; sed tamen interdum indulgendam esse, *ut rectè docuit Fachineus d. lib. 12. controvers. jur. cap. 31. in fine.* Addi hic non incommodè potest: quòd licèt restitutio in integrum ordinaria sit quadriennalis. *l. ult. C. de temporib. in integr. restitut.* hæc tamen restitutio, quæ *ex d. l. 2. C. de rescind. vend.* datur, triginta annorum spatio duret, per tradita Baldi *in d. l. fin. col. 3 in princ. C. d. tit.* Abbatis *in C. cùm causa. 6. ext. de empt. & vendit. colum. 3.* Mantanæ *de ordine judicior. 6. part. tit. & quandoq; appellatur. num. 84.* nosque laudantis Acacii Antonii, de Ripoll. *variar. jur. resolut. cap. 11. numer. 402. fol. 365.*

Sanè illud etiam hoc loco minimè prætereundum est: hodie jure (*uti vocitant*) προτιμήσεως, id est prælationis, seu retractûs sive congrui, venditionem quandoque à proximo consanguineo, consorte, socio, vicinóve retrahi posse, *Exempli gratiâ:* vendidi prædium aliquod meum alicui extraneo. Frater meus paratus est idem pretium dare, quod ille extraneus. Quæritur: an contracta inter me & extraneum emptio, à fratre meo retrahi queat? Jure equidem communi Cæsareo hoc fieri nequit, hac præcipuè ratione: quia contractus constare debent consensu. At si ego rem meam velim transferre in alium, non in fratrem sive propinquum; & hic meus consensus inhiberi possit ab eo, jam hoc videtur repugnare naturæ hujus contractus, & libertati commerciorum. *l. dudum. 14. C. de contrah. empt. Vultejus ad princip. hujus tit. num. 70.* Verùm constitutione Friderici Imperatoris (*quæ extat lib. 5. feudor. tit. 13.*) jus istud protimiseos sive retractûs rursus introductum, & generali quâdam consuetudine Germaniæ ubique ferè locorum, ut & in Galliâ, Italiâ, & Hispaniâ, aliisque nonnullis regionibus ac provinciis receptum & comprobatum est. Ea- 256

que consuetudo ratione non levi nititur: ut nimirum res majorum in nostrâ familiâ permaneant. Triste etenim & lugubre est, videre paternas & avitas domos, ac antiqua majorum prædia in extraneas manus transire, *arg. l. in fundo. 38. ibi, laribus, sepulchris avitis carendum habeat. ff. de rei vindicat. l. si in emptionem. 35 ff. de minorib. l. lex, quæ tutores. 22. §. nec verò domum. C de administrat. tutor.* Et non solùm jure canonico isthæc consuetudo est confirmata *c. constitutus. 8. ext. de in integr. restitut.* sed & jure divino observata, atq; corroborata. Nam *Levitic. cap. 25. v. 25.* dixit Dominus: *Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, & voluerit propinquus ejus, potest redimere, quod ille vendiderat.* Concordat Ruth. *c. 4 v. 4.* item Jerem *c. 32. v. 7. & 8.* Atq; ita Dd. communiter sentiunt, *Alberic. de Rosat part. 1. statut. q. 93. Pyrrhus in consuetud. Aurel. t. de retract. lignagier. in verb. quand. jucun. Boër. in consuetud. Biturcens. §. 1. in princ. d. tit. Tiraquell. in præfat. de utroq; retract. num. 1. & 7. Chassen. in consuetud. Burgund. Rubr. 19 §. 1. circa princ. hosq; referens Andreas Gail. lib. 2. observat. 19. nu. 1. Mynsinger. cent. 3. observat. 51. Matthæus de Afflict. in rubr. de jure protimiseos. Corasius lib. 3. miscell. jur. civ. c. 3. n. 1. Bonavent. Gauer. D. ß.*

Disp.10. Basileens. de jure retractuum.conclus.1. & 2. item conclus.33. Althus.lib.1.Dicaeolog.c.75.n.31. cum seqq.pag.260.Brenchorst cent.c.miscellan.controvers assert.68 & Merla in emper jur.part.1.tit.9.quaest.11. Adde Matthiam Berlichium de jure protimiseos latissimè differentem *conclusion. practicabil. part. 2. conclus.39.num.11.& seqq pag.824.& seqq.* Theodorum Reinkingk *in tract. de retractu consanguinitatis,quaest.1.num.10. cumseqq.* nec non Auctorem *Consilii Argent.33.volum 2 fol.617.& seqq.*

258 Caeterum is,qui rem venditam retrahere, & ad se revocare desiderat,necesse habet,ut solennia retractûs requisita diligenter observet. Primum autem requisitum esse solet: ut sibi,ac in usum suum,non in commodum alterius,& fraudem emptoris retrahat. Hac

259 siquidem in re aliquando perniciosè peccari exploratum est. Itaque alteri hoc jus cedi nequit, *arg. l.si mulier 59.§.1.ff.de jure dot.l.3.§.1.& §item si quis.4. ff.de legat.praestand.l.ex plurib.42.ff.de administrat & peric.tutor.Novell.55.c.1. & not ant. Matth de Afflict.in tract.de jur.protimis.§.1.n.45.& §.2.n 23.Paris.consil.82.n.12.& 26 vol 3.eleganter Ceraf d.c.3 n.7.cum seq.Zabarell.cons.87.& cons. 104.Signorol de homodeis consil.181.col.2.vers.praeterea.&c. Bald.& Angel.in l.ad efficium 3.C.communi dividund. hosq; referens Stuckius part 1.Exercitat Iustin decad 12.assert.3 sub.lit.d.* Et plerunq, ex statuto requiritur juramentum retrahentis; quòd bonâ fide,& sine fraude ad retractum veniat, ejusq; beneficio utatur, *arg. l. de pupillo.5.§ qui opus.14.ff de operis novi nunciat. & l. qui bona fide.13.§ si quis stipulaturus.12.ff.de dam.in fect. Tiraquell.de retraict.lignag.gloss.1.§ 5. n. 1. cum seqq.Gail.d lib.2.obs 19 n.10.* Idem quoque disertè comprobavit jus renovatum Wirttenbergicum, *part. 2.tit 16.pag.296.in fin.*

260 Secundum retractûs requisitum est: ut intra annū & diem fiat. *d.c. constitutus. 8. ext. de integr. restit.* Fürstl. Würtemb. erneuert Landtrecht/ *part. 2.t. 16.pag 292. & 293.§.* Wir wöllen und ordnen/*&c.* Eo namq; tempore elapso,tacita quaedam istius juris remissio inducitur: adeò,ut morae purgatio amplius

261 non admittatur. Regulariter enim, quando à lege, vel statuto certum tempus praefigitur, eo effluxo non admittitur morae purgatio: quia terminus legis est peremptorius *arg.c.c.de exceptionib. in 6. Panormitan.in c. cùm in tua 6.num.11.ext.qui matrimon. ac cus.poss Roland.cons.21.n.9.vol.1. Gail.d.obs.19.num. 11. Dominic. Card. Tusch.tom.4.pract. conclus.lit.I. conclus.583.num.18.& seq.DanielMoller.ad constitut. Saxon.part 2.constitut.32. Berlichius d. part. 2. conclus.40 n. 5. & seqq. Paul. Christin. decis.Cur.Belg. vol.3.decis.55 num.1.ad fin.& vol.1.decis.281.nu.18. & Reinkingk d.tract. de retract.consang.quaest.7.pag. 308.cum seq.ubi plures citat.* Tempus autem illud,

262 juri προτιμήσεως praefinitum ex eo die currere incipit, quo retrahens, fundum retractui obnoxium alienatum esse,scivit: idq; non solùm jure communi,utpote quo ignoranti tempus anni currere minimè solet. *l. semper.15.§ annus.4. junctis §§.seqq. ff quod vi, aut clam.l.annus.6.in fin.ff. de calumniatorib.l. gener. 8. ff.de his,qui not infam.l.2.ff. quis ordo in honor.poss. servet.Chassen.ad consuet. Burgund. Rubr.10.§.5.n.5. vers.contrarium tamen,&c. Hartman.Pistoris lib. 2. quaest.jur.q. 12. numer.* 26. sed & jure feudali, *per textum in tit.9.§ ult.ibi,vel annali silentio, ex quo sciverit.& text in tit.26 §.Titius filius,in fine.lib.2. feuder.* & canonico *uti indicat textus in d.c.constitutus. 8.ibi,intra annum & diem à tempore contractus. juncta verbis praecedentibus illu fecit eos contractus consentire ext.de in integr.restitut.* tum etiam Würtembergico. *d.part.2 tit. 16.pag. 294. D. Collega Bocer. class 2.disp.20.th.59. ad lit. b.* Quamvis pleriq; existiment,tempus istud currere à die traditionis rei venditae,etiam ignoranti: sed retrahentem ex causa ignorantiae in integrum restitui posse. *Iohan. Fichard.consil.33 n.12.part.2. Beer.decis.112.Gail.d. obs. 19. num. 17. & 18. ubi communem hanc opinionem esse affirmat.* Eâdem de re videatur Petrus Aug. Morla *part. 1.emporii jur. tit. 9. quaest. 13. & Gauer. de disput. de jure retract.conclus. 52.*

Tertium retractûs requisitum perhibetur: ut retracturus justum & integrum pretium emptori realiter offerat. *l. Iulianus.13.§ offerri.8 ff.de act.emt. & vendit. empt.l. servus 34 §.1.ibi,ita demum, si obtulit eam quantitatem ff.de statu liber.l.cùm enim.7.in fine.ff. de novationib.l.contra.6.in fin.ff. ad senatusconsf Maced.l. 2. C.de pact.inter empter.& vendit.l 2.C.de jur emphyteut.* Fürstl. Würtemb erneuert Landtrecht/ *part.2 tit 16.pag.295.Tiraquell.de retraict.lignag.§.1 gl.17.n. 8.& gl.19.n.6.& § 3.gl 3.n.1.Gaur.d.disp. conclus 54.* 263

At quid, si pretium,quod emptor extraneus solvit, justo majus sit,num integrum hoc à retrahente offerendum erit? Haec quaestio licet controversiâ insigni non careat,multis putantibus,eum, cui jus retractûs competit,verum duntaxat rei pretium offerre teneri, *ut sensit Angel.Raph. Cuman.Paul. Castr. & Iason in l.qui Roma.122.§ coheredes 3. ff. de verb. oblig. item Matth. Afflict.in constitutione Sicilia, incip. ad subjectorum.in 4.notab.* aliis verò contrà sentientib⁹, retrahentem id pretium, quod extraneus emptor dedit,quantumvis justum excedat, solvere obligatum esse, *ut voluit Iohan. Andr. in addit.ad Speculat.tit de empt & vend.§.nunc dicendum. vers. sed pone statutum.&c.Salicet in l.dudum.14.col.2 vers.quare, statuto cavetur. C. de contrah. empt. Imol. Alexand. Franc. Aret. & Socin.in d.l.qui Roma.§. coheredes. ff. de verb. obligat. Bald.in l. 2.ad finem. C. d. rescind. vend. Fabian.de Monte S.Sabin. in tract. de empt. & vend.quaest.3.princip. numer. 42. vers sed tunc quaero,&c.* aliis denique nescio quâ distinctione rem explicare laborantibus, *Francis. Ripa in l. 1. in fin. ff. de privileg. credit. &c.* Attamen quia jus nostrum Würtembergicum priori Ioannis Andreae, & sequacium sententiae, utpote veriori & receptiori, assistit; ab eâ nequaquam in judicando recedendum esse, arbitror. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht/ *d. part. 2. tit. 16 pag. 295. in princip. ibi*, Den Kauffschilling/ wie solcher baar oder zihlsweise verglichen/*&c.* 264

chen/ꝛc. item Landsordnung/pag.38.tit. wie unsere Flecken/ꝛc. ibi, in diesem Kauffgelt lösen mögen/ꝛc.
265 Hancque sententiam confirmat *l.ult. verf. & si quidem dominus,&c. C de jur.emphyt.* ubi jus protimi-
266 seos domino emphyteuræ quidem datur: sed tamen illic idem pretium, quod extrancus revera oblaturus esset,solvere cogitur. Eandem stabilire videtur *l.pen. & l.ult.circa finem.C.de locat.prædior.civil. &c.* ubi antiquior colonus fisci præfertur extraneis in novâ conductione,dummodo idem planè pretium offerat, quod cæteri offerre sunt parati. Eidem robur addit non exiguum textus *in c.potuit.4. ibi, quantum sibi ab aliis offertur.ext.de locato & conduct.item in c.un. §.1.ibi,pro aquali pretio accipere volenti per quos fiat investitura.tit.3 & tit.9.§. ult. ibi, pro æquali pretio redemptio.lib.2.feud,textus item in l.in fundo.38. ibi, si paratus est dominus tantum dare,quantum habiturus est possessor.ff.de rei vindicat. & in l. Prætor.9. §.in eum.6. ibi, quantum perciperetur, si locatus vel
267 distractus fructus esset.ff.de reb.auctor.jud possid.* Præterea natura hujus contractûs suadet, ut tam emptor, quàm venditor servetur indemnis. *l.debet.27.in fine. de ædilit.edict.l.intra.39.§.1. ff. de minorib.25.annis.* Atqui si retrahens teneretur solummodo justum verumque rei pretium solvere: venditor duplici incommodo afficeretur: uno, quòd invitus rem vendere compelleretur, *contra d. l. dudum 14. C. de contrah. empt.* altero,quòd partem sui pretii sine ullâ suâ culpâ amitteret, *contra c.sine culpâ.23. de reg.jur. in 6.*
268 Est autem tralatitium, neminem debere duplici onere sive damno affici. *l.navis.4.§. cùm autem jactus. 2. verf.quia non debet.& verf.quid ergo.ff.ad leg.Rhod. de jact.l.cogi.16 §.inde quæritur.3.ibi, ne duplicieter fideicommissarius oneretur. ff. ad senatusconf. Trebell.l. jure succursum.6.in princ.ff.de jur.dot.l.penult.in fin. ff. de dote prælegat. c. at si clerici. 4. in fin. ibiq; gl.in*
269 *verbo duplici.ext. de judiciis.* Adhæc privilegium prælationis non debet eum detrimento tertii esse conjunctum. *l.2.§ si quis à principe 16. ff. ne quid in loco publico, &c.* Hinc licet fiscus rem communem totam vendere possit, *l.2.C de communium rer.alienat.* si tamen consors tantum solvere paratus est,quantum offert alius,non immeritò præfertur. *arg.l.1.ff.de privileg.credit.* Sed in nostro casu venditorem, si coge-
270 retur minus precium accipere, quàm ab aliis posset habere,damnum pati in aperto est. Denique surrogatum ejusdem est naturæ cum eo,cujus in locum substituitur & succedit. *arg. l.si ex lapidicinis. 32. ff. de jure dot.l.Imperator.70. §.ult.cum l.seq.ff.de legat. 2. c.Ecclesia.3.tum concordantibus,ibi à glossa adductis, in verb.successerunt.ext.ut lite pendente nihil innovetur.* Iam verò is,cui competit & conceditur jus protimiseos,in locum prioris emptoris succedit. Ergo idē pretiū, etiamsi justo majus sit,solvere tenetur.
271 Non adversatur huic assertioni: quòd nemini invito jus suum est auferendum. *l.id quod nostrum.11.ff. de reg.jur.* At si admitteretur animosus licitator dives; inopem,qui habet jus congrui sive retractûs, facilè immodicum pretiū offerendo removeret. Quod incommodum ut declinetur: oblatio justi ac veri pre-

tii sufficere debet, *arg. l.locatio. 9. in princ. ff. de publican.& vectigalibus.* ubi locatio vectigalium, quæ calor licitantis ultra modum solitæ conductionis inflavit,non facilè admittitur. *item arg.l.ad officium.3. in fin.C.communi divid.* ubi notatur,quòd si consors justum & æquum pretium offerat, extraneus licitator animosus non admittatur. Illud, *inquam*, non adver- 272
satur. Ius etenim protimiseos hoc saltem continet: ut quis venditionem retractando,in emptionis locum succedat; adeòque persona emptoris mutetur, substantialibus prioris contractûs salvis. Nemini itaque aliquod jus intervertitur. Et sanè si fraudulenter alius licitator subiiciatur: dubium non est ullum, quem fraude detectâ & sufficienter probatâ, verum duntaxat rei pretium à venditore peti posse.

Si nihil obstat,quòd quando alicui legibus, statuto 273
vel consuetudine necessitas vendendi injungitur,id de justo pretio sit accipiendum. *l si cui legetur.49.§.meminisse.8.ff.de legat.1.l.item veniunt.20.§.ult.ibi, verum pretium debet præstari.ff.de petit. heredit.l. cùm quasi.30.§.si plures.6.ibi, justo pretio æstimentur. & l.seq.§ is,cujus servus.4 ff.de fideicommissar.libertat.* Nam istæ leges huc non quadrant,ut quæ verum pre- 274
tium, definiunt illi,qui indistinctè vendere jubetur, vel cogitur. At nostro in casu nemo vendere jubetur: sed, cui vendendum sit, duntaxat constituitur. Adde quòd leges venditionem, quæ veram rei æstimationem excedit,haud improbant. *l.in causa.16.§.penult. ff.de minorib.l.item si pretio.22.§ fin ff.locati. l. ad rescindendam.4. l. si voluntate. 8. & similib. C. de rescind.vendit.* Atque ita hanc etiam defensant sequunturq; decisionem *Tiraquellus in tract. de retract. lignag §.1.gl 18 n 10.Roberus dispur.17.th 2.Wegner.disput.12.th.2.ad lit.L.& D Bocer.clas.3.disp.22.th 62. edit 2.Ioan.Koppen.decis.52.n.18.&seq. Rosenthal de feud.c.9.conclus.90 n.31. Berlich.d.part.2. conclus. 41. n.5.& seqq. ubi non solùm plures hujus sententiæ defensores citat: sed & plura dissentientium argumenta diligenter refutat.*

Quartum retractûs est requisitum: ut retrahens si- 275
mul cum pretio non solùm sumptus & expensas, tempore cōtractûs factas, emptori offerat; sed eidem etiam, tanquam bonæ fidei possessori, necessarias & utiles impensas,quas in prædium ipsum absque fraude fecit,refundat. *l Imperator.16 ff. de in diem addict. l.colonus.61.in princ ff locati.l.in hoc judicium. 48. §. 1.ff.commun.divid.l.sin autem.27.§ fin.& l.sumptus. 48.ff.de rei vendicat.l.si in area.33.ff.de condict. indebit.l. Paulus. 14.ff.de doli mali,& met.except.* Fürstl. Würtemb. erneuwert Landtrecht.*part.2. tit. 16.pag. 294 §.ult.& pag.295.in princip.item* Landsordnūg/ *pag.38.§.* Es sol auch/ꝛc. *& pag. seq §.* Wo oder einiger/ꝛc. *Tiraquell.in tract de retract. convent § 7. glos.1.num.3.& seq.Coras.lib.3.miscellan.jur.civ.c.3. n.6.Gauer.d.disp. Basil.de jure retract.conclus.54. lit. d. & conclus 55.* Enimverò si in fraudem retrahentis 276
factæ sint impēsæ nimis magnæ ac onerosæ, eas offerri necesse non est, *arg.l.in fundo.38.verf.finge pauperē. ff.de rei vind.l.sed an ultrò.10.§.1. verf. quid enim, si eam Insulam fulsit.ff.negoc.gestor.l.utilium.8.ff.de impens.*

pens.in rot dotal.factis. & l.impensa.79 § 1.vers.quo-
rum nomine onerari,&c. ff. de verb.significat. Chas-
san. ad consuetud. Burgund.rubr. 10. C.§. in verb. les
fraiz.raisonnables.num.2.& 3.Boer.decis.470.Fran-
cisc.Mingon.ad consuetud. Andegavenses.t.de retraict.
lignag.artic.378.n.1.Tiraquell.d §.7 glos. 1.num.5. lo-
an.Gars.in tract.de expens.& meliorat. c. 6.num. 8.
277 Berlich.d.part.2.conclus 41.num.31 & seqq. Ideoq;
ne per impensas retrahenti difficilior retractus redda-
tur: cautelam quidam tradunt,ut is quamprimum de-
nunciet emptori, ne sumptus in prædium emptum
faciat: quia ipse illud retrahere cupiat,arg. l. si fundū.
17.C.de rei vindicat. Alberic. de Rosat.in l.intra utile.
39.§. 1. ad finem. ff. de minorib. Tiraquell. dicto loco,
Gail.lib 2 obs.19 num.10. D Becerus d. class.3.disput.
278 22.thes 63.ad lit.a. Quòd si retrahens verum preti-
um,quanti res extraneo vendita sit, & quæ impensæ
factæ fuerint, ignoret: eo casu particularis oblatio,
cum protestatione de reliquo etiam solvendo sufficit.
l.statuliber rationem 5,& l.servus,si heredi 34 circa.
finem. ff.de statu liberis Fürstl. Würtemb. ernewert
Landtrecht d.part. 2.tit. 16 pag.295.§. Vnd da der
279 Lösernc. Boer.decis.112.num.2.in fine. Mora quippe
contrahi vel committi non potest, nisi debitum sit li-
quidum. docentibus Balde in l.acceptam.19 in 6.oppo-
sit.per gloss.ibi,in verb.cum usuris.Cod.de usuris. An-
gelo in l.si se non obtulit.4.§. ait Prætor. ff de rejudic.
Fulgosio cons.201. incip. domina. col.2. Petro Anchor.
cons 235.vers.præterea,&c & aliis,quos refert & se-
quitur Tiraquellus d.tract.de retraict. lign. §.1.glos.
280 19.num.1. Cæterùm si emptor oblatum pretium cū
sumptibus & impensis accipere recuset: retrahens o-
peram dabit sedulò,ut pecunia obsignata ritè depona-
tur. l.si soluturus 39 ff de solutionib.l. obsignatione. 9.
C.eod. Fürstl. Würtemb. ernewert Landtrecht d.t.
16 pag 295.§. Wo aber der Käuffer rc D. Boeer. d.
disp.22.th.68. Hostiens.& Ioan. Andr.in c.constitutus
8.ext.de in integr.restitut. Idq; post alios, quos citat,
latiùs prosequitur Tiraquellus de retraict. lign. §. 7.
glos.3. num. 1. & seqq. Prædicta porrò requisita si à
statuto,vel lege municipali exigantur: simul concur-
281 rere & adimpleri debent. Alias enim iuri retractûs
locus esse nequit: quandoquidem ejusmodi requi-
sita pro formâ, quæ dat esse rei, retractui adjiciuntur:
eâq; ad unguem non servatâ, actum corruere, aut vi-
tiari,necessum est l.cùm his, quibus.8.§ si Prætor. 17.
ff.de transactionib.l. Iulianus.9.§.sed si quis 5.ff.ad ex-
hibend.l.si is,qui quadringenta.80.§. 1. ff.ad leg. Fal-
cid.c.cùm dilecta.22.§.fin. de rescriptis.c. venerabili.
37.de offic.& potest. jud.deleg. c. Pisanis.19. de restit.
spoliat c quia propter.13. de electione & electi potest.
Gail.d.lib.2.obs.19.n.15.& seq.D.Besold.part. 6. cons.
268.num.7.& seqq.fol. 75.

282 Explicatis retractûs solennibus requisitis, dispici-
endum jam est de quæstionibus aliquot controversis,
ad istam materiam maximè pertinentibus. Primùm
autem dubiæ & elegantis est quæstionis: utrùm in
datione in solutum locus sit retractui; putà si prædi-
um retractui subjectum, in solutum sit creditori pro
debito pecuniario datum? Sunt, qui id simpliciter
affirmant, Ioan Faber in l.si prædium 4. C.de evictio-
nib. Alberic.de Rosat.in l. si usumfructum. 23.ff. de li-
berali caus. Molineus ad consuetud. Parisiens. tit. 1. §.
13.gloss.5.n 47.cum seq Chassan.in consuetud. Burgūd.
rubr.10.§.9 n. 6. & seqq. Tiraquell. de retraict. Li-
gnag.§ 1 gloss.14 numer. 2.3.7.13. & 14. D. Becerus
class.3.disp.22.th.45 ad 2. Gaver.disp. Basil.de jure re-
tract. conclus. 72.ad lit.b. & Merla in emporio jur.
part.1.tit.6.qu.12.n.2. Sunt qui negant, Speculat. in
tit.de emptione & vendit. §.nunc dicendum.cl.2.vers.
sed pone statutum,&c. Lucas à Penn in l.3.col. 2. C.
de prædiis decurion. Francis. Aretin consil 123.& Ale-
xand consil.52.vol.1. Non desunt item, qui inter da- 283
tionem in solutum voluntariam,& necessariam distin-
guunt; considerantes, in solutum dationem dupli-
citer fieri posse. Vel enim sponte fit à partibus, ut in l.
pretii.9.C.de rescind. vend.l.cum,à quo. 16.C.de solu-
tionib. & cùm hæc venditionis vicem obtineat. l.ele-
ganter 24.ff.de pignor.act.l.ult.ff.quib.ex caus.in pos.
eat.d.l.si prædium. 4.Cod de evictionib. in eâ perinde,
atque in venditione jus retractûs locum habere ajunt.
Vel fit à judice,ut cum ex rebus debitoris una adjudi-
catur creditori pro quantitate debita. l.à Divo Pio.
15.§ si pignora.ff. de rejud.l. ult. Cod. de jure dominii
impetrand. & monitum suprà numer. 242. & in hac
jus retractûs non procedere dicunt. Ioan. Plat. in l.1.
col.2 vers.item est C.de fundis patrimon. Matthæus de
Afflict.in tract.de jure protimiseos.§.3.numer. 16. Fa-
bian. de monte in tract.de empt. & vendit. quæst. 3.
princip.n.46. Decius consil 160.col.2. Ferd. Loazes in
repetit.l.filiusfamilias.114.§.divi.11. numer.228. &
485.ff de legat.1. Bald.consil 300 lib.1. Roland. à Valle
consil 61.Corasius lib 3.miscellan.jur.civ.cap 3. num.
3.& noviter Broncherst cent.1. miscellan. controvers.
assert.68. Atque horum sententiam (quam & ego 284
probabiliorem verioremque esse reor) confirmat:
quòd generaliter in jure traditum extat; quoties alie-
natio in legib⁹ prohibetur.hoc de volūtariâ alienati-
one,non verò eâ,quæ ex necessitate fit, accipiendum
esse. l.Divus.5.ff.de petit.heredit.l.alienationes.13. ff.
famil.erciscund.l.1.ff. de fundo dotali.l.post.69.§.1.ff.
de legat.2.

Non obstat,quòd constitutio sive consuetudo ist- 285
hæc,quâ jus retractûs introductum & receptum est,
odium continet: cùm ad rescindendum contractum
tendat: quem tamen partium consensu absolutum, ne
quidem imperiali rescripto extingui oportet, l.3.Cod.
de rescind.vend.l.causas.16.C.de transactionib. Itaq;
non extendi debet de venditione, quæ actus est volun-
tarius,ad dationem in solutum,actum scilicet necessa-
rium, arg.l.rem legatam.18.ff. de adimend. vel trans-
fer. legat. l.in quorum. 24. ff. de pignorib. & hypoth.
Non obstat,inquam. Quia consuetudo illa non mo-
dò ad contractûs rescissionem non tendit: verùm eti-
am eum approbat, & fulcit eo ipso, quòd pretium
conventum à retrahente emptori solvi desiderat, ut
suprà circa tertium retractûs requisitum exposuimus
num.263. Præterea in solutum datio, de quâ hic agi-
tur,non actus necessarius, sed voluntarius censetur,
tradente Corasio loco præællegato,

Anceps

Anceps quoque & pulchra hæc quæstio est: an, si
286 res non vendita, sed donata sit, juri protimiseos locus
relinquatur? Et (nihil remorante contrariâ opinione
Corasii *d. lib 3. miscell. jur. civ. c. 3. n. 4.*) frequentiùs
rectiùsque placuit, in donatione retractum locum sibi
vendicare neutiquam posse. Idque argumento à si-
mili, ex contractu emphyteutico ducto, probatur.
287 Nam emphyteuta licèt, domino irrequisito, rem em-
phyteuticam vendere nequeat. *l. ult. ibiq. Bartol. Bald.
Salicet. Sichardus, & Dd. communiter. C. de jure em-
phyteut.* donare tamen eam, domino invito potest. *l. 1.
C. de fundis patrimonialib. Iul. Clar libr. 4. sentent. §.
emphyteusis. quæst. 15. Corbulus in tract. de jur emphy-
teut. cap. 14. limitat. 13. aliiq. plurimi, ab his cumulati
& explicatiùs docuimus in §. adeò 3. infrà, de locat. &
conduct. n. 315. & seqq.* Neque quempiam moveat,
quòd eadem ratio videtur in donatione, quæ in ven-
ditione: ne scilicet è familiâ res exeat. *l. voluntas 4.
C. de fideicommissis cap. 1. § donare. qualit. olim pote-
rat feud. alien. tit. 9. lib. 2. feudor.* & quòd venditionis
288 verbo donatio, omnisque alienatio continetur. *l. sta-
tuliberi à cæteris. 29. §. fin. ff. de statulíber.* Hoc enim
verum est, si eadem subsit ratio *Iason in l. finis num.
65. C. de jur. emphyt huncq. laudans D. Besold. in the-
sauro pract. lit. H. num. 7. pag. 453.* Ast hic in venditi-
one & donatione diversam esse rationem, constat:
quia ideo permittitur jus retrahendi rem venditam
proximiori agnato: quòd non interest venditoris, à
quo pretiũ habeat. Donatoris autem interest, potiùs
amico donare propter benè merita, quàm consangui-
289 neo. Donatio quippe vel in benè meritos exercetur,
vel in eos confertur, quos amore & favore prosequi-
mur. *l. nec adjecit. 9. ff pro socio. l. vivus libertus 9. ff. si
quid in fraud. patron &c.* Et ita sentiunt, *post alios,*
Chassaneus *ad consuetud. Burgund. rubric. 10. §. 9. n. 12*
Tiraquell. *in tract. de retraict. lignag §. 25. gloss 2. n. 1.
D. Bocerus d. class 3. disp. 22. thes. 44. lit. a. ed. 2. &
Brencherst. cent. 1. miscellan. controvers assert. 68. cir-
290 ca finem.* Illud sanè indubitatum & receptum est:
quòd regulariter neq; in permutatione, neq; transacti-
one, neque divisione, neque locatione, neque emphy-
teusi, neque feudo, neque in pignoris datione ulli re-
tractui locus esse possit; id quod, more suo, fusissimè
explicat Tiraquellus *d. tract. de retraict. lign. § 1. gloss.
14. num. 30. & seqq. nu 60. cum seqq. n. 76. cum seqq.*
D. Collega Bocerus *d. disputat. 20 thes. 43 & 44.*
item Gaver. *disputat. Basil. de jure retract. conclus. 74
& 76.* Tametsi de istis casibus contrarium scripse-
rit, sed citra sufficientem rationẽ, Ioan. Iacobus Plebst
*in disputationib. nov-antiquis. Disput. 2. partis secun-
da, sub thes. 154. pag. 167. cum seq.*

29 Est & illa celebris & utilis quæstio: nunquid locus
sit retractui, si prædium retractui obnoxium unà cũ
aliis prædiis sit venditum? Et locum esse, plures ra-
tiones evincunt. I. Quia cùm aliquis res plures in
contractum deduxit, in quarum unâ duntaxat jus ali-
quod habet, in cæteris non item: tum eam rem unam
rectè petit, licèt cæteras petere non possit. *l. 1. §. sed si
292 mihi Pamphilum 5 ff. de verb. obligationib.* II. Quia
tot censentur contractus, quot res sunt sive corpora
separata, quæ in contractum sunt deducta. *d. l. 1. §. sed
si mihi. l. scire debemus. 29. in princip. l. quod dicitur. 86
& l. pluribus. 140. in princ ff. eod. tit. l quia dicitur. 32.
in princ. ff. de evictionib.* III. Quia venditis pluribus 295
rebus, quarum una Titii est, eam unam & solam Ti-
tius jure evincere potest. *arg. l. 1. l. bonitatis. 13. l. qui
fundum. 45. l. si duos servos 47. & l. si fundo. 53. ff. d. t.*
IV. Quia tametsi uno pretio plura prædia sunt ven- 294
dita: de singulis tamen empti & venditi agi potest,
*respondente Vlpiano in l etsi uno. 33. ff. de actionib. emp.
& vendit.* Sic licèt duæ res separatæ alicui sint com-
modatæ: attamen de alterâ tantùm agi commodati
potest. *l. in commodato. 17. § duabus rebus. 4. ff. com-
modati.* V. Accedit textus notabilis *in c. constitutus
8. ext. de in integr. restitut.* ubi etsi illi, qui restituun- 295
tur in integrum, non poterant redimere partem suam
à patre ipsorum consensu venditam: unde quantum
ad istam partem, alio remedio iis providetur: tamen
admittuntur ad retractum alterius partis vi consuetu-
dinis: quamvis utraque pars eodem contractu & pre-
tio fuisset vendita, *ut ex textu colligere promptum est.*
VI. Hæc traditio disertè confirmatur jure renovato
Würtembergico, *part. 2. tit. 16 pag. 289. §.* Wir vero
ordnen auch hiemit/2c. Et eadem amplexi sunt *Tira-
quellus in tract. de retraict. lignag. §. 23. gloss 2. num. 1.
2. 3 & 6. & D. Bocerus class. 3. disp. 22. thes. 46. edit. 2.*

At quid pronunciandum, si emptor omne, quod 296
uno pretio emit, retrahenti offerat, paratus recepto
pretio universum, quod emit, illi reddere: num tene-
bitur retrahens vel omnes res venditas retrahere, vel
etiam fundum, retractûs juri suppositum, cum cæte-
ris rebus venditis emptori relinquere? Et teneri re-
trahentem, vel totum retrahere, vel totum relinquere,
intrepidè scribit Tiraquellus *d §. 23. gloss. 2. n. 9. ubi
subdit. idem voluisse Gulielmum Cumensem & Al-
bericum Rosatum in l si duo patroni. ff. de jurejur.* Ve-
rùm in contrarium esse veritatem, adeòque in ipsius
retrahentis arbitrio illud positum esse, censent *Mat-
thæus de Afflict. in tract. de jure protimis. §. 6. n. 6. &
ante eum Baldus in eodem tract. col. pen. n. 20. vers. sed
pone, quod quis, &c. hosq. referens D. Bocerus d. class.
3. disp. 22. thes. 47.* Et sanè non sine ratione ita cen-
sent. Cùm enim fundum, retractui subjectum, etiam
invito emptore, quispiam retrahere possit, *ut antè pro-
batum*: nulla profectò causa est, cur ei hæc adimi po-
testas debeat ex solo, quòd emptor illi totum, quod
emit, offert; & integrum ab illo vult recipere pretiũ:
quippe cùm beneficium à jure alicui concessum, ei in- 297
vito auferri nequeat. *c. indultum. 17. de reg. jur. in 6.*
nec alteri per alterum iniqua conditio inferenda sit. *l.
non debet. 74. ff de reg. jur.* neque sit in potestate alte- 298
rius, conditionem meam nihil delinquentis deterio-
rẽ facere, *auctore Venuleje in l 2. ff. quod vi, aut clam.*

Nihil juvat Tiraquelli opinionem textus *in l tutor.
47. §. 1. ff. de minorib* ubi Scævola respondit, eatenus 299
rescindi venditionem fundi communis, quatenus fun-
dus iste pro parte cum adolescente communis est; nisi
si emptor à toto contractu velit discedi, quòd partem
empturus non esset, *Nam* Jurisconsultus ibi aper-
tè loquitur de fundo communi vendito, ut qui cum

Mævio venditore, & Sempronio minori communis
est, pro indiviso. In propositâ autem quæstione agi-
tur de fundo, qui solius venditoris fuit; juri tamen
retractûs obnoxius, suisque regionibus à cæteris præ-
diis simul venditis separatus. *Præterea* tractat illic
Jureconsultus de casu, quo venditio fundi commu-
nis rescinditur. At per retractum non rescinditur
venditio: sed salvâ manente istâ venditione accedit
ad eam alia quædam venditio, quæ fit invito priori
emptore: siquidem is vel invitus fundum retrahenti
revendere teneatur. Et in casu *d. l. tutor. 47. §. 1. ff.
de minorib.* licèt emptor à totius fundi emptione abi-
re valeat: non tamen adolescenti minori, suam par-
tem repetenti, venditoris quoque partem obtrudere
potest: sed ipse venditor suam recipere partem tenetur,
sicuti arguunt illa verba: *quòd partem empturus non
esset.*
300 Nihil idem subsidii adfert contrariæ traditioni te-
xtus *in l. communi. 7. § si debitor. 13. vers. nam etsi par-
tem. ff. communi divid.* ubi emptor totam rem susci-
pere cogitur. *Quòd* enim in specie illius legis emptor
toum prædium sive fundum recipere necesse habet:
in causa est, quòd fundus iste pro indiviso venditoris,
tempore venditionis fuit: ut proinde emptori etiam
invito adjudicari totus potuisset ille fundus, si ante ac-
ceptum judicium venditor ei fundum tradidisset, &
cum eo judicium hoc acceptum fuisset. *l. Iulianus. 13.
§. idem Celsus. 17. vers. æquum est enim. ff. de actionib.
empti & vend.* Quòd si verò fundus ille certis regio-
nibus fuisset divisus: sine dubio emptor venditoris
tantùm partem suscipere teneretur. *d. l. Iulianus. 13. §.
idem Celsus. vers. sed si certis regionib. ff. eod.* Quare
cùm in nostro casu fundus, juri retractûs suppositus,
separatus & distinctus sit à cæteris prædiis, cum qui-
bus simul uno pretio venditus est: non dubitandum
est ampliùs, quin is, cui jus retrahendi competit, il-
lum solum retrahere, & ad se revocare possit. *Atq; ita
prædictos textus exaudit & explicat D. Bocerus d.
class. 3. disp. 22. th. 47. circa finem.*
301 Illa insuper quæstio dubitatione haud vacat: an jus
protimiseos sive retractûs inveniat locum, si inter em-
ptorem & venditorem convenerit; ut, si quisquam
retrahere cupiat, contractus nullus sit? Et locum non
invenire jus retractûs hoc casu, invitis contrahenti-
bus, si absq; fraudis consilio pactum istud fuerit appo-
situm, meritò ritèq; concluditur. Tum quia venditio
302 sub conditione fieri potest, ita ut conditione illâ non
existente, contractus nullus sit §. *emptio tam sub con-
ditione. 4. supra hoc tit. l. necessariò. 8. in prin. vers. quòd
303 si sub conditione ff. de peric. & commod. rei vend.* Tum
quia pactum hoc non multùm differre videtur à re-
trovenditionis pacto, quod jure permissum est. *l. 2.
Cod. de pactis inter empter. & vendit. &c.* Tum et-
iam quia Javolenus Jurisconsultus; *Si hominem*, ait,
*emisti; ut si aliqua conditio extitisset, inemptus fieret:
& is tibi traditus est: & postea conditio emptionem
resolvit: tempus, quo apud emptorem fuit, accedere
venditori debere existimo: quoniam eo genere retrò
acta venditio esset redhibitioni similis: in quâ non du-
bito, tempus ejus, qui redhibuerit, venditori accessu-
rum: quoniam ea venditio propriè dici non potest. l.
si hominem. 19. ff. de usurpat. & usucap.* Ex quibus le- 304
gis verbis decisionē propositæ quæstionis petere non
difficile est: ut tradit Matthæus de Afflictis *in tract. de
jure protimiseos. §. 6. n. 13.* & Tiraquell. *de retraict. li-
gnagier. § 2 glos. 2. n. 59. & seqq.* Porrò jus retractûs de
rebus tantummodo soli vel immobilibus venditis re-
gulariter competere, sive illæ seculares sint, sive eccle-
siasticæ (Neq; enim conta Ecclesiam retractus exerce-
tur; sed contra possessorem rei, quæ hoc onere affecta
est: & res sola, atq; possessor inspicitur, *arg. l. sed & si
lege. 25. § perinde. 8 ff. de heredit. petit.*) manifesto est
manifestius. Fürstl. Würtemb. ernewert Landrecht.
part. 2. tit. 16. in princ. ibi, einligend Gut erkaufft /
pag. 287. & §. von Marcklosungen / *ibi*, einligend
Gut / *&c. pag 291. D. Bocer. d. class. 3. disput. 22. th. 19.
& seqq. Plebst. d. disput. 2. partis secundæ. th. 157. pag.*
168. Cæterùm quæritur, utrùm ex statuto vel consue- 305
tudine, quod quæve retractum in re immobili civibus
vel incolis concedit, locus etiam sit retractui, si quis
civis aut incola jus aliquod sibi competens, putà u-
sumfructum, hereditatem, decimas, annuum reditum,
qui ex fundo aliquo quotannis præstatur; vel simile
jus, extraneo vendat? Et retractui locum esse, meritò 306
statuitur. Jura siquidem inter immobilia reputantur.
*Clement. 1. §. cumq; annuus reditus. tit. de verb. signifi-
cat. l. jubemus nulli. 14. in princ. ibi, aut annonas civi-
les. C. de sacrosanct. Eccles. tit. 1. in fine. ibi, aut in tit.
quæ inter immobilia connumerantur. juncto tit. 20. in
princ. ibi, de annua præstatione. lib. 2. feudor.* Idq; la-
tiùs confirmant D. Bocerus *d. class. 3. disput. 22. th. 23.
cum seq. Plebst. d. disput. 2. th. 158. pag. 169.* & Frideri-
cus Martini *in Commentar. de jure censuum. cap. ult.
num. 165. & seqq.* Atq; hanc quoq; sententiam appro-
bavit Facultas juridica in hac inclytâ Academiâ Tu-
bingensi, die 12. Januar. Anno 1625. Plures hoc loco e-
legantes & utiles de jure retractûs tractari possent
quæstiones: quia verò eas ferè omnes, *post Tiraquel-
lum & reliquos Doctores, à se laudatos*, nervosè & ac-
curatè explicuerunt Dn. Collega Bocerus *aliquoties
allegatâ class. 3. disp. 22.* Joan. Jacobus Plebst *d. disp.
22. th. 153. cum nu. sis seqq.* Bonaventura Gaver. *disp.
Basileens. 10. de jure retractuum. &c.* & Theodorus
Reinkingk *d. tract. de retractu consanguinitatis.* ego,
ne actum agere, aut soli facem addere videar, majore
operâ in easdem conferendâ supersedeo.
Restat, ut de actionibus, ex hoc emptio- 307
nis & venditionis contractu descendentibus, vi-
deamus. Proficiscuntur autem ex eo actiones duæ: 308
empti, & venditi; Actio empti competit emptori, quâ
experitur adversus venditorem, ut rem venditã, ejusq;
possessionem vacuam, unâ cum fructibus, & omni
causa, à tempore contractûs perceptâ tradat. *l. 2. l. 3. §.
1. l. ex empto. 11 §. 2. & passim. ff. de actionib. empt. &
vendit l. fructus. 13. & l. penult. Cod. eod. latè Trenta-
cinquius variar. resolut. lib. 3. resolut. 6. de empt. &
vendit.* Cæterùm vehemens inter Juris Interpretes 309
pugna est: utrùm ad dominii translationem necesse
habeat venditor vacuam omninò & liberam posses-
sionem rei venditæ præstare emptori? In negantium
castra

castra transeunt *Accursius, Odofredus, Baldus, Angel. & alii communiter in l. 2. C. de acq. & retinend. possess. Donellus lib. 4. Commentar. jur. civ. c. 19. ibiq; Hilliger. in suis not. ad lit. o. Philipp. Matthaeus in l. id, quod nostrum. 11. n. 37. cum seqq. ff. de reg. jur. Hœnonius disp. 16. controvers. 12. & novissimè Hunnius disput. 4. th. ult.* Affirmantium partes sequuntur *Antonius Contius lib. 1. disput. jur. civil. c. 8. Hotoman. illustr. quaest. 11. Mynsinger. cent. 1. observat. 33. Wesenbec. in Paratit. ff. de contrah. empt. n. 13. Gœddaeus in l. habere. 188. ff. de verbor. signif. Bronchorst. cent. 3. ἐναντιοφανῶν. assert. 81. edit. 2. Anton. Matthaeus in §. per traditionem 40. supr. de rer. divis. Forster. junior disp. 6. ad Institut. th. 31. Riemer. decad. 10. quaest. illustr. 10. Bachovius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 20. th. 4. lit. D. & Petr. August. Morla part. 1. emporii jur. tit. 9. quaest. 5. numer. 4. & seq.* Atq; his quemadmodum accessi supra *in d. §. per traditionem. 40. num. 21. & seq. de rer. divis. &c.* ita & nunc iisdem patrocinium meum polliceri non dubito, motus tum textibus expressis *in d. l. 2. §. 1. & d. l. 3. § 1. ff. de actionib. empt. l. si pater. 8. C. eod. l. si stipulatus. 4. in princ. ff. de usur. l. cùm fundum. 18. ff. de vi & vi armat. l. si ager. 30. ff. de rei vindicat. l. traditio. 20. in fin. ff. de acquir. rer. dom. l. fistulas. 78. §. 1. ff. de contrah. empt. l. non videtur. 22. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. cùm res. 12. C. de probationib. l. qui praedium. 13. C. de distract. pigner. & d. l. 2. C. de acquir.*
310 *& retin. possess.* Tum quòd quippiam tunc in potestate domini redisse dicendum est, cùm possessionem ejus nactus sit justè, ut avelli non possit. *l. sequitur. 4. §. tunc in potestate 12. ff. de usurpat. & usucap. l. mulie-*
311 *ris. 13. §. 1. ff. de verb. signif.* Tum quòd contractus rei, & asinina (*quam vocant*) detentio ad acquirendum dominium nihil valet, *tradente Contio loco antè desi-*
312 *gnato.* Tum deniq; quòd ex naturali possessione dominium cœpit. *l. 1. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Proindeque illa praestanda est ei, in quem dominium
313 transferri debet. At verò illam, nisi vacua sit, praestari non posse perspicuè constat: cùm duo in solidum ejusdem rei veri possessores & domini esse nequeant. *l. possideri. 3. §. ex plurimis. 4. cum §. seq. ff. d. tit. l. si, ut certo. 5. §. si duobus. 15. ff. commodat. l. duo in solidum. 19. ff. de precario.* Eaque de re pulchrè *Cujac. libr. 9. observat. cap. 32. & 33. Borcholt. in Comment. de acquir. vel amitt. poss. c. 6. num. 18. cum seqq. Bronchorst d. cent. 3. assert. 82. edit. 2. & Pet. Frid. Mindan. in tract. de causa & materiâ possess. cap. 10.*

314 Nec obstat huic sententiae *l. traditionibus. 20. C. de pactis. & d. § per traditionem. 40. supra de rer. divis.* ubi per traditionem dominium rei acquiri dicitur: nec praeter traditionem & voluntatem domini, rem suam in alium transferre volentis, quidquam exigitur. Traditur autem res, cujus corpus alteri apprehendendum & tenendum sine cujusquam impedimento datur, etiamsi in accipientem possessio vacua & plena non transferatur. Hoc, *inquam*, nihil obstat. Etsi enim *in d. §. 40.* Imperator Justinianus simpliciter asserit, per traditionem jure naturali dominium acquiri: propterea tamen non negat, quin plura (quorum omnium ipse non meminit) concurrere necesse sit, ut per illam dominium validè transferatur. Nam non solum requiritur, ut tradens sit rei corporalis dominus, voluntasq; dominii ex justâ causâ transferendi adsit, *de quibus disertè in d. §. 40. agitur:* verùm etiam necessarium est, ut vacua rei possessio tradatur, *per d. l. qui praedium. 13. C. de distract. pignor. d. l. cùm res. 12. C. de probationib. d. l. si pater. 8. C. de actionib. empt. cum concordantibus praeallegatis.* Ideoq; quod uni juris lo- 315
co deest, id ex aliis, rem plenius definientib. supplendum est, *arg. l. non est novum. 26. & l. seq. ff. de legibus.* Incivile quippe est, *monente Celso:* nisi toto juris vo- 316
lumine (quod pro unâ lege habetur) inspecto, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere. *l. incivile. 24. ff. d. tit.*

Similiter non obstat *l. si, cùm fundum. 68. §. ult. ff.* 317
de contrah. empt. ubi Procul⁹ claris verbis respondit, esse ex empto actionem, non ut venditor vacuam possessionem tradat: cùm multis modis accidere poterit, ne tradere possit: sed ut, si quid dolo malo fecit, aut fecit, dolus malus ejus aestimaretur. Ex quibus verbis haud difficulter colligitur: absque inductione in possessionem vacuam, dominium transferri in emptorem. Non, *dico*, lex ista obstat. Quia ex praemissis certo certius est; venditorem actione ex empto cogi ad tradendam emptori vacuam possessionem: proindeq; dicendum, in casu illius legis venditorem jam tradidisse emptori vacuam possessionem rei venditae: atque adeò satisfecisse actioni & obligationi, quâ tenebatur: postea verò possessionem ab emptore amissam ad eum, qui vendiderat, rursus pervenisse: ac idcirco non potuisse agi actione ex empto ad hoc, ut possessio vacua, semel emptori tradita, iterum traderetur. *Huncq; communem esse textûs illius intellectum, testatur Morla d. part. 1. emporii jur. t. 9. q. 5. n. 5.*

Non obstat praeterea *l. si fundum. 16. ff. de fundo do-* 318
tal. ubi Tryphonius JC. docet, fundum à muliere viro in dotem datum, quem alius bonâ fide possidebat, dotalem esse. Praedium autem dotale illud duntaxat dicitur, cujus dominium marito quaesitum est. *l. dotale. 13. §. 2. ff. d. tit.* Ergo in specie istius textus viro quaesitum fuit dominium fundi, absque traditione vacuae possessionis. Non obstat, *ajo*, lex isthaec. Nam respondetur: ibi mulierem fundum, à Titio bonâ fide possessum, ut suum in dotem marito dedisse, id est, doti destinasse, vel instrumento dotali professam esse, se cum fundum in dotem dare: non autem corporaliter tradidisse. Nec etenim corporaliter tradere illum marito poterat: quippe cùm ab alio, nimirum Titio detineretur. Ac quòd mulier dicatur rem in dotem date, quando destinat, se doti daturam, licèt nec dum tradiderit, luculenter apparet *ex l. si rem aestimatam. 14.*
& l. seq. ff. de jure dot. Quamvis igitur dominium fun- 319
di dotalis in maritum per traditionem non sit translatum: tamen actio ad illud vindicandum translata intelligitur. At qui actionem habet ad rem recuperandam: rem ipsam habere videtur. *l. is, qui actionem. 15. ff. de reg. jur.* Nec moverit, quòd is actionem habere nequeat, cui eadem cessa non proponatur. Tametsi enim *in d. l. si fundum. 16. ff. de fundo dotal.* de actionibus cessis ne unus quidem apex extat: attamen do-

tis dationem, cujus responsum istud nominatim meminit, habere vim cessionis actionum, credibile est: cùm solenne & assiduum sit, ut mulier actionem vel nomen det in dotem: quod tunc facere intelligenda est, cùm rem dare aut tradere non potest. *l. nuptura. 57. l. cùm post. 69. §. 1. & l. mulier bona. 72. ff. de jur. dot.*

320 Atq; hanc interpretationem, cùm vitio careat, legibusq; pro nostrâ sententia superiùs cumulatis bellè conveniat, in dubio admittendam, planè existimo. *l. in ambigua 19. ff. de legib. c. cùm expediat. 29. ext. de elect. in 6.* Reliqua argumenta, quæ assertioni nostræ opponi solent, pleraq; ita sunt comparata, ut responsione vix digna sint. Sed & eadem sufficienter refellunt Contius, Hotomanus & Baehovius, *locis supra notatis*: & iisdem etiam aliquâ ex parte responsum est supra *ad princip. tit. de rer. divis. num. 17. & seqq.* Vide quoque de isthac quæstione noviter copiosè dissertantem Georgium Frantzkium *exercitat. jurid. 11. q. 2. pag. 345. & seqq.*

321 Porrò si res vitiosa à venditore emptori tradatur, siquidem de vitio certior factus, non fuisset empturus, agit ad redhibendum hoc quoq; empti judicio: sin alius emisset, & uterq; rei vitium ignorârit, quanto minoris emisset, vitio rei cognito, petet. Quod si verò vitium sciens venditor astutè celavit & reticuit: quicquid damni ejus fraude accidit, præstare emptori cogetur. *l. 1. §. 1. l. exempto. 11. §. redhibitionem 3. l. Iulianus. 13. in princ. l. si sterilis. 21. §. 1. & l. quare. 39. ff. de actionib. empt. l. 1. & tot. tit. ff. de ædilit. edict. & c. Mynsing. cent. 1. obs 56. Donellus lib. 13. Commentar. de jure*
322 *civ. c. 3. Cabotius lib. 2. disp. c. 25.* Cæterùm si res non vitiosa, sed falsâ commendatione pluris justo vendita sit: in id agetur, ut quanto pluris res empta est, reddatur, *d. l. Iulianus. 13. §. si venditor. 4. ff. de actionib. empt. Paul. lib. 2. sentent. tit. 17. §. si ut servum. ibiq; Cujacius.* Nam & ea, quæ commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam non appareant, venditorem obligant: veluti si dicat, hominem literarum & artificem. Quòd si palam fuerint: ut si dicat venditor, servum speciosum, aut domum bene ædificatam: licèt hoc ipso pluris vendiderit: non tamen obligatur. *l. ea, quæ 43. ff. de contrah. empt. gloss. in l. nec supina. 6. ad-*
323 *verbū, supina. ff. de juris & facti ignorant.* Quid autē venditor in venditione equi præstare debeat, & quib⁹ ex causis equus venditus redhiberi possit, tam de jure civili, quàm Saxonico, exponit Eberhardus Speckhan *cent. 1. q. 18.* & D. Collega Besold. *in thesauro pract. lit. R. num. 46. pag. 703* Eadem de re videatur *Celsus Bargal. in tract. de dolo lib. 4. c. 4. n. 21. ubi allegat Alexandrum in l. si quis cùm aliter. n. 23. ff. de verb. obligat. & Caballin. in tract. de ædilit. actionib. c. 2. n. 24. cum seq.*

324 Denique quidquid pactis comprehensum, in hoc empti judicium venit. *l. pacta. 72. ff. de contrah. empt. l. tenetur. 6. §. 1. cum seqq. & d. l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. empt. ibiq; in paratit. Wesenbecius n. 6.*

325 E contrario actio venditi datur venditori, ad ea consequenda, quæ ipsi emptor ex æquo & bono præstare tenetur. *l. Iulianus. 13. §. ex vendito. 19. ff. de actionib. empt. l. 2. §. ult. ff. de obligat. & actionib.* Veniunt autem in hoc judicium illa: inprimis pretium, quanti res venit: item usuræ pretii post diem traditionis. Nam cùm re emptor fruatur: æquissimum est, eum usuras pretii pendere. *d. l. Iulianus. 13. §. veniunt. 20. ff. de actionib. empt. l. curabit. 5. C. eod. l. evictis. 18. in fine. ff. de usuris.* Sed controvertitur inter Doctores: 326
an emptor usuras pretii venditori solvere sit compellendus, quando nullos fructus ex re venditâ, utpote sterili, percepit? Et compellendum esse, docuerunt *Baldus ad l. 2. C. de usur. Paul. Castrens. in d. l. curabit. 5. C. de actionib. empt. Ioan. Anania in c. conquestus. 8. ext. de usur. Parisius consil. 60. num. 28. lib. 1. Gozadin. cons. 55. Ioan. Cephalus consil. 730. num. 26. lib. 5. Ioan. Petrus Surd. cons. 101. & alii ab his relati.* Contrarium verò probarunt *Cynus & Salicetus in l. in minorum. 3. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est. Corneus cons. 59. lib. 3. Cagnol. ad d. l. curabit. 5. num. 26. C. de act. empt. Ioan. Bapt. Lupus ibidem nu. 141. Petrus Benintendus decis. Bononiens. 29. Natta cons. 417. & 494. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. c. 4. num. 3. & alii, quos refert & sequitur Fachineus lib. 2. controvers. jur. c. 31.* Atque horum sententiæ & ipse subscribo: cujus veritas tum ex verbis, tum ex ratione *d. l. curabit. 5. C. de actionib. empt.* conspicua redditur.
Ait enim lex expressè: emptorem, qui nactus posses- 327
sionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, eum usuris restituere oportere. Ergo aliud dicendum est, cùm fructus percipere non potuit. Ratio autem legis hæc est: quia cùm fructus percipiat emptor: æquum est, eum usuras pretii pendere. *d. l. Iulianus. 13. §. veniunt. 20 ff. de action. empt.* Unde & alibi decretum legitur: iniquum esse, usuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset. *l. liberalitatis. 16. in fine. ff. de usur.* Neque enim satis est, emptorem rem habere: sed illud solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi, *ut monet Vlpianus in d. l. Iulianus. 13. §. possessionem. 21. ff. de actionib. empt.*

Nec hanc sententiam oppugnat textus *in l. 2. C. de* 328
usuris. ubi ab Impp. Severo & Antonino simpliciter rescriptum est: emptorem, cui possessio rei tradita est, usuras æquitatis ratione præstare cogendum, si pretium venditori non obtulerit. *Etenim* quod ibi simpliciter rescribitur: emptorem ad usuras præstandas teneri: ex aliis legibus declarandum & supplendum est, nempe ut verum sit, ubi fructus percepit ex re emptâ, cujus possessionem nactus est, *arg. l. non est novum. 26. cum seq. ff. de legib. & c.*

At quid, si venditor non tradidit emptori rem libe- 329
ram, ut tenebatur: vel fidejussorem, quem promisit, evictionis nomine non dedit: num usurarum præstationi locus erit? Et locum esse (utut reclamant *Baldus ad l. 1. C. de bonis matern. Socin. sen. in consil. 88. n. 17. libr. 3. Parisius in c. cùm venerabilis. 6. column. 8. ext. de exceptionib. & Afflictus decis. 20. ad finem*) rectè deciderunt *Alexand. consil. 147. n. 4. lib. 5. Decius consil. 119. col. 3. Castrens. in l. 2. C. de usur. Cagnol. ad d. l. curabit. 5. C. de actionib. empt. nu 31. Ioan. Baptista Lupus ibidem nu. 142. Cephalus consil. 609 lib. 4. Covarruv. d. lib. 3. var. resol. c. 4. num. 6. vers duodecimò hinc deducitur, & c. eosq; citans Fachineus d. lib. 2. controvers. jur. c. 31. vers. altera est controversia, & c.*

Cujus

330 Cujus decisionis fundamentum haud infirmum positum est *in d. l. Iulianus. 13 §. possessionem 21. ff. de actio. empt.* ubi hæc leguntur verba: *Possessionē traditam accipere debemus, etsi precaria sit possessio. Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi.* Quibus verbis conclusio isthæc satis manifestè comprobatur. Tum quia precaria possessio, non est libera possessio: & tamen emptor usuras præstare cogitur. Tum quia emptor in proposita quæstione facultatem fructus percipiendi habet. Ergo usuras solvere tenetur; tametsi venditor pro suâ parte contractum non adimpleverit, Atq; ita hoc casu usurarum præstatio non ex morâ emptoris procedit: sed potiùs ex æquitate illâ; ne re & pretio quis fruatur: proindeq; si emptor fructus perceperit, usuras pro fructuum perceptorum ratione pendere necesse habet. *d. l. Iulianus. 13. § veniunt. 20. ff. de actionib. empt. d. l. curabit, 5. C. eodem.*

331 Dubitatur quoque valde de istâ quæstione: ecquid justè, & absque labe sive crimine usuræ, venditor convenire eum emptore possit: ut, donec pretium rei venditæ, putâ prædii, vel alterius rei fructiferæ numeretur, aliquid certi annuatim pendatur? Et licèt hanc conventionem, tanquam fœneratitiam, damnent *Decius conf. 116. 129. & 183. Socin. sen. consf. 132. libr. 4. Cravetta consil. 189. vers. tertius est casus. Cephalus consil. 290. lib. 2. Francis. Marcus decis. 891. & nonnulli alii:* attamen probabilior eorum videtur sententia, qui ejusmodi conventionem & pactum sine usuræ crimine fieri posse statuunt; si modò usuræ taxatæ quantitas quantitatem fructuum, qui verisimiliter ex

332 re venditâ percipi possunt; non excedat. Ejusque ratio est perspicua: quoniam si nullâ dilatione ad solvendum datâ, emptor usuras præstare tenetur ex æquitate. *d. l. curabit. 5. C. de actionib. empt.* nihil profectò impedire debet, quin id ipsum, quod lex probat & constituit, in conventionem pactumque deduci queat. *Ita sentiunt, post plures alios, quos citant, Covarruv. d. lib. 3. variar. resol. cap. 4. num. 5. & Fachinæus d. lib. 2. contro vers. jur. cap. 31. vers. verum istis non obstantibus, &c.*

Huic traditioni non refragatur; quòd, ubi ad solvendum sortem debitam concessa est debitori dilatio, is non tenetur ad usuras præstandas: cùm in nullâ, neque regulari, neq; irregulari (*uti loquuntur*) morâ constituatur, *per textum in l. lecta. 40. vers. sed cùm fortis ff. de reb. credit. si cert. pet.* ac proinde injusta videatur ea conventio, quæ illum ad usurarum præstationem obligat, cùm ipso jure non teneatur. *Nam* breviter respondetur: usuras in præsenti themate deberi ac præstandas esse non ex morâ, sed ex conventione: quæ non pugnat cum lege, sed cum eâdem concordat. Sic nihil ad rem facit, quòd nemo absq; 333

usuræ labe possit rem cariore pretio vendere, ob concessam dilationem ad solvendum pretium. *c. in civitate. 6. ext. de usuris.* In nostro autem casu venditor, exigendo annuum censum seu pensionem, cariùs vendere videatur. *Etenim* dicendum: venditorem in proposita specie cariùs rem nequaquam vendere: sed usuras, pro ratione fructuum ab emptore perceptorum, consequi. Id quod æqualitas justitiæ commutativæ omnino suadet ac postulat, *docente Fachinæo dicto loco, ubi & quibusdā aliis objectionib⁹ satisfacit.* 334

Tandem agit venditor, ut merces sive res emptas aut emptor tollat, aut id, quod interest, præstet. *l. 1. §.* 335 *licet. 3. ff. de peric. & commod. rei vendit.* item ut, quicquid aut ex naturâ contractûs debetur, aut nominatim dictum conventumque fuit, expleat. *l. sed Celsus. 6. §. 1. l. pacta. 72. ff. de contrah. empt. l. tenetur. 6. § 1. & sæpe allegata l. Iulianus. 13. §. ex vendito. 19. & aliquot §§. seqq. ff. de actionib. empt. & ibidem in Paratitl. Wesenbecius num. 8. & 9. ubi quâ ratione & fermâ utraque tam empti, quàm venditi actio proponenda sit, eleganter declarat.* Atq; de istis etiam, similibusque actionibus, putâ redhibitoriâ, & quanto minoris, & æstimatoriâ, ex professo agit Johannes Oldendorpius *class. 4. act. 1. & seqq.* nec non Molineus *ad tit. Cod. de adilitiis actionib. pag. 207. cum seqq.*

DE LOCATIONE ET CONDVCTIONE,

TITVLVS XXV.

Principium Tit.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit: sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit: & competit locatori quidem locati actio; conductori verò conducti.

SVMMARIA.

1 *Ratio ordinis & œconomia tituli.*
2 *Locare quid, & unde.*
3 *Locationis & conductionis definitio.*
4 *Ejusdem definitionis explicatio.*
5 *Obligationes ex jure gentium introducta.*
6 *Locatio cur dicatur contractus bonæ fidei.*
7 *Quæ ad locationis & conductionis perfectionem necessaria: & n. 12.*
8 *Quæ res locari possint: & num. 29.*
9 *Merces unde, & quid dicatur.*
10 *Locatio quomodo differat à commodato & precario.*

11 *Mer-*

11 *Merces in locatione, an in futurum contrahentium arbitrium conferri possit.*
12 *Locationis substantialia quæ.*
13 *Locatio & conductio quotuplex.*
14 *Res locatio & conductio quæ: & in eâ quis locator, quis item conductor perhibeantur.*
15 *Facti locatio & conductio quid sit.*
16 *In eâ quis locator & conductor censeatur.*
17 *Locatio & conductio quomodo perficiatur.*
18 *Quatenus eadem tacitè renovata intelligatur, tam in urbanis, quam rusticis prædiis.*
19 *Ratio differentiæ inter prædia rustica & urbana.*
20 *Locationis renovatio præsumitur facta cum omnibus qualitatibus præcedentis contractus.*
21 *Si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinquennium, & eum ad illud tempus conduxerit; deinde finito tempore, in conductione manserit, an tempus redimendi prorogatum esse videatur.*
22 *Quoties obligationis certum tempus præfinitur, si post tempus agatur, exceptio obstat.*
23 *Intellectus l. item quæritur. 13 § ult. ff. locati.*
24 *Sententia. l. fundi partem. 79. ff. de contrah. empt.*
25 *Consideratio l. lecta 40. ff. de reb. credit. si cert. pet.*
26 *Locare & conducere qui valeant.*
27 *Milites cur locare prohibeantur.*
28 *Quatenus curiales conducere vetentur.*
29 *Res omnes, in commercio existentes, locari possunt.*
30 *Quæ servitutes locari queant.*
31 *Personalia personam non egrediuntur.*
32 *Majoratûs possessor quatenus rem majoratûs locare possit.*
33 *Vasallo an liceat locare fundum feudalem.*
34 *Locatoris jure perempto, perimitur & jus conductoris.*
35 *Ius patronatûs per se locari nequit.*
36 *Operæ an & quatenus locentur.*
37 *Nunquid liber homo suas operas in perpetuum possit locare.*
38 *Conventio, aliquem servum faciens, non valet.*
39 *Conducens medicum, Advocatum, notarium, & similes, tenetur eis ad victum, etiam in eundo & redeundo.*
40 *Locationis & conductionis appellatio promiscuè usurpatur pro toto contractu.*
41 *Emptio & conductio sunt similes.*
42 *Merces sæpè appellatur precium.*
43 *Locati actio cui, adversus quem, & ad quid competat.*
44 *Num equus conductus præsumatur mortuus conductoris culpâ, an morte naturali.*
45 *Dolum allegans, eum probare tenetur.*
46 *An & quatenus conductor actione de incendio teneatur.*
47 *Merces quando solvenda.*
48 *Conductor ante tempus deserens habitationem aut fundum, an & quatenus mercedis nomine conveniri possit.*
49 *Si pluribus Studiosis habitatio sit locata, & unus eorum, non solutâ mercedis parte, illam deserat, reliqui integram pensionem solvere non tenentur.*
50 *Operas suas locans, quatenus totius temporis mercedem accipere debeat.*
51 *Doctor seu Professor, justam ob causam non legens, nihilominus totum salarium petere potest.*
52 *Professore vel Advocato in exordio anni locationis moriente, integrum salarium heredibus ejus debetur.*
53 *Famulus justâ causa impeditus, quò minùs officium suum fecerit, integram mercedem petere poterit.*
54 *Quatenus id, quod ob causam datum est, eâ causâ non secutâ, repeti possit.*
55 *Cuidamus actionem ad repetendum, ei multò faciliùs damus exceptionem ad retinendum.*
56 *Quo tempore artifex mercedem promissam petere queat, distinctione declaratur.*
57 *Emptor quando precium venditori dare teneatur.*
58 *Quis non censeatur fecisse opus.*
59 *Stipulatio, opus fieri, individua.*
60 *Famuli, ancillæ, operarii, &c. ante finitum locationis tempus sine justâ causâ discedentes, puniendi.*
61 *Merces quando ante perfectum opus solvenda.*
62 *Quo casu artifex locatori interesse præstare cogatur.*
63 *Si plures opus faciendum conduxerint, quatenus locatori sint obligati.*
64 *Quibus casibus locator possit expellere conductorem, etiam ante finitum locationis tempus.*
65 *Mens & explicatio l. si duo. 3. §. 3. ff. uti possidetis.*
66 *Conductor malè in re versans, integram pensionem locatori præstare compellitur.*
67 *Sententia auth. qui rem. C. de SS. Eccles.*
68 *Locator non debet locupletari cum damno conductoris.*
69 *Damnum, quod quis suâ culpâ sentit, sentire non videtur.*
70 *Locator damna sibi data quibus actionibus persequi possit.*
71 *An conductor, ob non solutam unius anni pensionem, statim expelli possit.*
72 *Sermo simpliciter prolatus, de primo actu intelligitur.*
73 *Pactum, de conductore non expellendo, quomodo intelligendum.*
74 *Consideratio l. quæro. 54. §. 1. ff. locati.*
75 *Verba enunciativa nihil disponunt.*
76 *Sensus l. eum domini. 56. ff. locati.*
77 *Detegere res alienas, durum & inhumanum est.*
78 *Colonus vel inquilinus probans, se solvisse pensionem tribus proximis annis, fundatam intentionem habet, quòd & cæteris solvisse præsumatur.*
79 *Conducti actio cui, contra quem, & ad quid detur.*
80 *An & quatenus conductori merces ob rei locatæ interitum vel sterilitatem, & similes causas remittenda.*
81 *Si immodica ubertas contingat, ut unius anni incommodum cum aliorum annorum commodo pensetur: etiam pro anno sterili integra pensio exigi potest.*
82 *An & quatenus Inquilinus ob pestem grassantē emigrare possit.*
83 *Merces pro rei usu dari solet.*
84 *Ecquid conductor, propter spectra & illusiones nocturnas, justum emigrandi causam habeat.*
85 *Conductor istis casibus emigrare volens, quid facere teneatur.*
86 *Impensa, in rem locatam facta, an conductori restituenda.*
87 *Num conductor sumptus, in rem conductam fructuum colligendorum causâ factos, repetere à locatore possit, quando ad perpetuam rei utilitatem sunt facti.*
88 *Respondetur ad objectionem.*
89 *Conductor ad quæ facienda obligetur.*
90 *Ad aliam objectionem respondetur.*
91 *Num conductor collectas & tributa solvere teneantur.*
92 *Quis pedagium solvere debeat; conductor, vel locator.*

RAtio ordinis ex principio hujus tituli (*cui respōdet titulus ff. locati conducti. & tit. C. de locato,* 1
& conducto. item titulus ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur. & tit C. de jure emphyteutico) effloreſcit & conſtat. In eo autem Juſtinianus Imp. duas contractûs ſpecies, Locationem & Emphyteuſin, ob maximam ſui inter ſe ſimilitudinem ac familiaritatem, ſimul proponit. Et hoc quidem loco de illâ ſermonem inſtituit: hanc verò infra in §. *adeò autem*. 3. perſequitur. Cæterùm antequam ad hujus principii explicationem propiùs accedam: breviter definitionem & diviſionem locationis & conductionis, nec non alia quædam, ad pleniorem hujus materiæ cognitionem ſpectantia, præmittam. Locationis
vocabulum, â loco ſic eſt dictum, quaſi Locare pro- 2
priè ſit, aliquid in loco ponere: locus, ubi quid locatum eſſe poteſt; & locarium, quod datur in ſtabulo & tabernâ, ubi conſiſtant. Atq; inde videtur locatio fundorum & ædium dicta: quòd in iis certâ mercede datur facultas conſiſtendi & habitandi tanquam in ſuo, ut ex Varronne *lib* 4. *de ling. Lat.* & Connano *lib.* 7. *Commentarior. juris civil. c.* 11. *numer.* 1. *fol.* 750. docet Petrus

Petrus Augustinus Morla, Valentinus, *in Emporio utriusq; juris. part. 1. tit. 10. de locato. in praemissis n. 2.*

3 Locatio autem & conductio est contractus juris gentium, nominatus, bonae fidei, solo consensu initus, de rei alicujus usu, vel fructu, vel hominis operis, pro mercede certâ, confestim definitâ, alteri ab altero cōcedendis. *Hanc definitionem haud obscure approbat Philippus Knipschildt exercitat. Acad. 9. th 3. pag. 306*

4 Hujus definitionis membra paucis confirmanda atque explicanda sunt. Dico, *locatio & conductio est contractus juris gentium.* Quia Hermogenianus Jurisconsultus, *in l. ex hoc jure. 5. ff. de just. & jur.* disertè scribit; emptiones venditiones, locationes, conductiones, & caeteras obligationes (quibusdam ex-
5 ceptis) ex jure gentium esse introductas. Cui adstipulatur Paulus *in l. 1. ff. locati conducti.* qui in haec verba respondit. *Locatio & conductio, cùm naturalis sit, & omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur.* Ajo, *nominatus*: quoniam certum & proprium nomen habet. *l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. §. item emptio. 2. in fin. ff. de rerum permutat.*

6 Addo, *bonae fidei*, motus argumento *§. actionum autem. 28. infr. de actionib. & l. cùm venderem. 21. ff. locati.* Ideò verò bonae fidei appellatur: quia alter alteri non in id solùm est condemnandus, quod in contractum nominatim deductum est, & in libello conventionis expressè petitum; sed etiam in omne id, quod insuper praestari aequum & bonum est. *§. in bonae fidei. 30. infr. de actionib.* Sanè rursus Domino Collegae Bocero hic *num. 14 pag. 403.* displicent in propositâ definitione haec verba: *Iuris gentium, nominatus, bonae fidei*: eaq; ceu superflua averruncanda censet. Verùm quoniam ad hasce ineptias jam supra aliquoties
7 responsum est: actum agere nolo. Appono, *solo consensu initus.* Etenim locatio & conductio ad sui perfectionem & constitutionem, neque continuò rei traditionem, neque verba, neque literas desiderat: sed solo nudoque consensu de aliquâ re contenta est. *d. l. 1. & l. qui ad certum. 14. ff. eod. l. 2 ff. de obligat. & act. tot. tit. f. de obligationib. ex consensu. l. contractus. 24. Cod. de locato & conduct.* Adiicio, *de rei alicujus usu,*
8 *vel fructu, vel hominis operis.* Nam haec omnia locari possunt: & usus quidem in domo, *l. si tibi habitationem. 5 l. si quis domum. 9. in princ. l. si merces 25. § 1. ibi. fundum fruendum, vel habitationem. ff. locati*: fructus in fundo, *l. ex conducto. 15. §. cùm quidam de fructuum 5. l. si in lege. 24 §. colonus. 4 l. si fundus. 33. ibi, ut mihi frui liceat. ff. eod. l. nemo. 6. C. de locato. l. 1. in princ. ibi, fruendum alicui legavit, & §. 1. ibi, qui id fruendum conduxit. ff. de loco publ. fruendo l. 1. in princip. ff. de superficieb.* operae in homine locantur. *l. itē quaeritur. 13. §. 1. & seqq l. in operis. 26. l. qui operas. 38. ff. locati.* Subdo, *pro mercede certâ.* Quandoquidem
9 sine certâ mercede (quae dicitur à merendo & aere, *teste M. Terentio Varrone d. libr. 4 & 7. de ling. Latinâ* estque merces id, quod datur pro usu aut operâ rei vel personae: proinde ad pecuniam & res mobiles tantùm refertur. *l. mercis. 66. ff. de verb. signif. Wesenbec. hic numer. 2.*) locatio non contrahitur. *l. si vir uxori. 52. in princ ff. de donat. inter vir. & uxor. l. si convenerit. 23. ff. commun. divid l. sicut emptio. 20. §. 1. l. & haec distinctio. 35. §. 1. ibi, certo pretio. ff. locat. l. licèt. 8. ibi, certis annuis quantitatibus. C. de locato.*
Et propter certam mercedem differt locatio à commodato, & precario: in quibus, nullâ mercede certâ 10
interveniente, res gratuitò alicui utenda conceditur. *§. item is. cui s. quib. mod. re contrah. obligat. l. 1. ff. de precario.* Caeterùm Dn. Collega Bocerus hic *numer. 20. pag. 404.* inceptum esse dicit, & minimè logicum; verbis hisce, *certâ mercede*, distinguere locationem conductionem à commodato, & precario. At valde inconsideratè hoc dicit & scribit: nec animadvertit, ipsum Ulpianum Iurisconsultum ita distinguere locationem conductionem à commodato. *l. si, ut certo. 5. §. rem tibi dedi. 12. ff commodat.* Neque obstat, quòd toto genere hi contractus à se invicem differant. Nam etiam depositum toto genere differt à locatione conductione: & tamen Ulpianus ait, si balneatori vestimenta servanda sint data; mercede quidem interveniente, locationem conductionem, nullâ verò interveniente, depositum esse. *l. 1 §. si vestimenta. 8. ff. deposit.* Proinde cùm ipse Ulpianus Jureconsultus mercedis interventu distinguat locationem conductionem à commodato, itemque à deposito: ineptum utique oportet esse eum, qui hanc differentiam ineptam vocare audet. Denique subiungo, *confestim* 11
definitâ. Cùm enim in futurum contrahentium arbitrium merces confertur: non est locatio & conductio, sed contractus innominatus; unde praescriptis verbis actio nascitur. *l. si tibi. 22. ibi, protinus aut data, aut constituta sit merces. ff. de praescri. verb. §. 1. ibi, nullâ statim mercede constitutâ. infr. hoc tit. Dn. Collega Bocer. in hoc tit. numer. 29 pag. 405 & in Commentar ad l. contractus. 23 ff. de reg. jur. c. 4. nu. 92. edit. 2. Augustinus Morla in d. Emporio jur. part. 1. tit. 10. in praemissis. numer. 7.* Porrò ex hac definitione, ita succinctè expositâ, colligere promptum est: 12
tria ad hujus contractûs substantiam esse necessaria: consensum, mercedem certam, & rem ipsam, quae locatur. Quod tamen cum grano salis accipiendum est; nempe ad substantiam locationis conductionis etiam mercedem & rem sive operam desiderari, non ut mercedem solvi, rem tradi, operamvè praestari necessum sit, quò substantiam capiat locatio: sed quòd de his praestandis cōvenire & consentire oporteat, *arg. d. l. 2. ff. de obligat. & act. & d. tit. supr. de obligat. ex consens.* Praestatio igitur horum non ad perfectionem, sed ad consummationem locationis spectat: nec requiritur ad ejus substantiam, sed ad vim potius & effectum. Verùm videantur *Eguinarius Baro hic, Schneidevvin. numer. 4. & Heigius num. 6. Vincent. Caracius in tract. locati & conduct. part. 1. tit. 2. num. 1. Mozzius in tract. de locat. & conduct. tit. de substantialibus locat. & conduct.*

Locatio & conductio est duplex: alia rei, alia 13
facti rei locatio & conductio est: si res, veluti fundus, domus, jumentum, vestimentum, alicui fruendum vel utendum detur. Quo casu locator is perhibetur, qui rem dat: conductor autem, qui rem fruendam ve accipit. *l. si quis. 9. in princip. & §. 5. cum l. seq.*

seq. l. ex conducto. 15. in princip. l. sed addes. 19. §. si domibus. l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati §. adeò autem. 3. infr hoc tit. Quòd si res soli est: in agro quidem colonus, in ædibus inquilinus vocatur. *l. repignoris. 37. ff. de acquir. vel amitt. poss. d. l. ex conducto. 15. §. 2. d. l. sed addes. 19 §. 2. & §. si inquilinus. 4. d. l. si in lege. 24. §. 1. & 4. l. si merces. 25 §. conductor. l. si fundus. 33 ff locati. l. 2. in fin. & l. 4. ff. de usu & habitat.*

15 Facti locatio & conductio est; qua agitur, ut unus operam suam alteri in re, vel personâ ejus præstet. In re quidem illius: veluti ut ipsius tabulam pingat, ut in areâ ejus insulam ædificet, ut ex auro ipsius vas aut annulum conficiat. *l. Sabinus. 20. l. convenit. 65. ff. de contrah. empt. l. 2. in fin. ff. locati. l. naturalis. 5. §. 2. ff. de præscript. verb. §. item quæritur. 4. infr. h. t.* in personâ

16 verò ejus; ut si nautæ, vel aurigæ se det vehendum. *dict. l. sed addes 19. §. si quis mulierem. 7. ff. locati.* Hoc casu quis locator, quis conductor censeatur, controvertitur? Ego, non attentis aliorum altercationibus (de quibus videantur *Cujacius lib. 2. observation. c. 28. Robert. lib. 1. animadvers. jur. civil cap. 10. & in Notis ad Mercat. libr. 1. c. 10. Berchols. in Commentar. de pact. c. ult. n. 18. & seq. Vultejus hic nu. 6. & 7. Donell. libr. 13. Commentar. de jure civil. c. 6. pag. 151. ad fin. Timaus Faber disp. annivers. 24. ad Institut. Imperiales. th 5. sub lit. e. Olomannus ad lib. 3. disp. jur. civ. Instit. Giph. Disp. 29. n. 6. & 7 & novissime Frantzkius exercit. jurid. 11. q. 4 pag. 354.*) putaverim, eum esse locatorem, qui inchoat contractum, seque alii priùs ultrò obtulit conductorem, cui quid faciendum aliquis ultrò obtulit, & qui placitum off. rentis suscepit, *arg. Inscriptionis hujus titul. de locatione & conduct. & Rubr. ff. & C. locat. conduct.* ubi locati & locationis nomina præponuntur: conducti verò & conductionis, postponuntur; *& argumento l. item quæritur. 13. §. 1. & seqq. d. l. si merces. 25 §. qui columnam. 7. l. opus. 36. & l. qui operas. 38. ff. locati* Proinde si artifex primò offerat operas suas; dicitur locator, & operas suas locare: alter verò conductor, & artificis operas conducere dicitur. Sin alter artificem adeat, & ab eo quid fieri sibi pro mercede petat; dicitur locare operas, artifex autem conducere. Idque uberius declarant *Dn. Collega Becer. in hoc. tit. numer. 34. pag. 406. item in præallegato Commentar. ad l. contractus. 23 c. 4. n. 94 ff. de regul. jur. & Class. 2. Disput. 4 thes. 6. ad lit. H. edit 2. Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tr. 7. part. 2. q. 1. Iacob Schogk. in delibat. jur. Disp. 18. th. 47 lit. B. & Matthias Stephani cent. 3. q. 72.* Adde Richterum *in tract. de contractibus. disp. 10. th. 2. sub lit. f. pag. 308.* nec non D. Besoldum *in delibatis juris ex lib. 19. ff. qu. 2. pag. 29. ubi subiicit, simpliciter & planè in praxi conductorem haberi, qui pecuniam dat: locatorem, cui datur.*

17 Perficitur hic contractus non solùm consensu expresso, sed etiam tacito. Expresso quidem, ut si tractatus nominatim de re, vel opera locandâ, inter partes habeatur: tacito verò, si sine tractatu habito conductor in re sibi locatâ, tempore conductionis impleto sive elapso, domino non reluctante, persistat. *l. item quæritur. 13. §. qui impleto. 11. cum l. seq. ff locati, & l. legem. 16. ubi Gothofred. C. de locato.* Fürstl. Würtemb. erneuwert Landrecht. *part. 2. tit. 17.* von verleyhung und bestandt der Güter. §. Wann einer *pag. 297.* Quod idem de Officialibus & famulis pronunciandum esse, testatur Petrus Franciscus Linglois *ad quinquaginta decisiones Iustiniani. fol. 57. huncq; laudans D. Besold. in dd. delibat. jur. ex lib. 19 ff. quæst. 6. in fine. pag. 35.* Et tacitè censetur renovata locatio & 18 conductio, in prædiis urbanis, prout conductor antè habitavit, hoc est, si annum vel mensem habitavit: tantùm pro eo tempore reconductio facta præsumitur: in rusticis autem prædiis annalis duntaxat reconductio indulgeri conductori creditur, tametsi prima conductio majoris temporis fuerit: putà, si priùs quis agrum vel horreum conduxisset in quinquennium; non videtur ex patientiâ renovata conductio in aliud quinquennium, sed in eum solummodo annum, qui sequitur. *dict. l. item quæritur. 13. §. ult. ff locati Vultejus hic num. 12. & Heigius in §. conductor. 5. numer. 2. infr. hoc tit. Ruinus consil. 107. num. 6. vol 4 & consil. 62. num. 9. vol. 1. Surdus decis. 33. num. 11. huncq; citans Ioan. Baptista Costa centur. 1. distinct. 2. num. 11. fol. 313.* Ratio differentiæ hæc redditur: quia fructus 19 rustici prædii certâ tantùm anni parte, adeòque uno tempore; urbani verò, qual. bet anni parte percipiuntur. *Gloss. & Bartol num. 10. in d. §. ult. & Baldus in d. l. legem. 16. C. de locato. Alexand. consil. 28. in fin. vol. 4. Socin. cons. 17. num. 1. vol. 3. Borejus cons. 152. nu. 12. vol. 1. & cons 193. numer. 26. Surd. decis. 33. num. 11. hosq; referens Acacius Ant de Ripoll. variar. juris resolution. cap. 12. num. 153. & seqq fol. 394.* Hinc inter cætera infert Bartolus citato loco: quòd si esset prædium rusticum, ex quo non perciperentur fructus, nisi de quinquennio; in quinquennium censeretur facta reconductio. Item si esset prædium rusticum, ex quo bis in anno perciperentur fructus; sicuti cōtingit in prædiis Ægypti, *auctore Plinio lib. 3. natural. histor. cap. 20.* tunc solùm in sex menses reconductio facta præsumeretur. Hancque sententiam recen- 20 set & probat Menochius *in tract. de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 85. numer. 8. & 9.* Ac sanè locationis renovatio impleto tempore conductionis, conductore adhuc in possessione permanēte, præsumitur facta cum omnibus qualitatibus & conditionibus præcedentis contractûs, & consequenter cum eisdem pignoribus, (non tamen iisdem fidejussorib.) pœnis, renunciationibus, & clausulis. *d. l. item quæritur. 13. §. ult. ibi, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata ff. locati. & d. l legem. 16. ibiq; Bald. C. de locato. Barbat. consil. 14. numer. 7. vers. capio nunc ultimum. vol. 2. Ruinus consil. 78. n. 5. vol. 1. Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 17. numer. 5. Boër. decis 284. numer. 14. Cravetta consil. 87. numer. 3. lib. 1 Bursat. consil 220. numer. 21. & 31. vol. 2. Masc. de probationib. vol. 2. concl. 992. numer. 3. & 6. ubi plures adducit.* Adde Doctorem Martam *tom. 3 Digestorum novissimor. tit. locatio. cap. 28. & seqq. fol. 215.* & Petrum Franciscum Linglois *decis. 5. quæst. 4. fol. 57.*

Unde

Vnde dubitatur: si quis vendiderit agrum cum
21 pacto redimendi intra quinquennium, & ad id tempus illum conduxerit, deinde finito tempore, in conductione manserit; utrùm tempus redimendi prorogatum esse censeatur? Et verius est, in propositâ specie locationem quidem renovaram videri sed non pactum redimendi ad longius tempus protogatum
22 censeri. Quoties enim obligationi certum tempus est constitutum, si post tempus agatur, exceptio obstat. *l. eum, qui ita stipulatur. 56. §. qui ita 4. ff. de verbor. obligationib.* Igitur cùm venditor stipulatus fuerit, sibi jus ac potestatem redimendi intra quinquennium concedi; elapso quinquennio, redimere volenti exceptio obstabit.

Nec refragatur *sæpè allegata l. item quæritur. 13.*
23 *§. ultim ibi, sed etiam pignora videntur durare obligata. ff. locati.* Nam loquitur de obligationibus & hypothecis ad locationem ipsam pertinentibus: ita ut renovatâ locatione, renovatæ etiam intelligantur cæteræ obligationes, quæ ipsam locationem comitantur.

24 Nec item quicquam movet, quòd istiusmodi pactum videatur esse pars precii. *leg. fundi partem. 79. ff. de contrah. empt.* Quia censetur esse pars precii, secundùm tempus conventioni adjectum. Ideoque tempore conventionis elapso; ille, qui vendidit, meritò redimendi facultate privatur.

Similiter nihil obest *l. lecta. 40. ff. de reb. credit. si*
25 *cert. pet.* ex quâ colligitur, quòd temporis prorogatio censeatur facta cum iisdem qualitatibus. *Hoc siquidem* conceditur de qualitatibus locationis: sed pactū redimendi non est hujusmodi qualitas, ad locationem pertinens. *Et hanc sententiam respondendo tenuit Alexander (sibi contrarius in cons. 28. in fin. vol. 4) in cons. 76. vol. 5. Gozadin. ad l. 2. C. de resc. vend. q. 31. Cagnol. ibidem. q. 58. hosq; referens Fachin. lib. 1. controvers. jur. c. 83. & horum nominibus suppressis D. Hunnius in suis resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 4. lit. f quæst. 13. pag. 1767.* Porrò quando conductor reconduxisse præsumatur rem conductam, pluribus ampliationibus & limitationib. diligenter & egregiè declarant Menochius *d. lib. 3. præsumpt. 85.* Mascardus *d. conclus. 992. vol. 2. & Vincent. Caroc. in tract. locati & conduct. part. 2. tit. de renovatione locationis. pag. 207. & seqq.*

Locare autem & conducere, adeòque consen-
26 sum interponere possunt omnes, qui non prohiben-
tur. Prohibentur verò imprimis milites: ne, omisso
27 armorum usu, ad opus rusticum se conferant, & vicinis graves præsumptione cinguli militaris existant. Armis siquidem, non privatis negociis, occupari debent, numeris & signis suis jugiter inhærentes, Remque publicam, à quâ aluntur, ab omni bellorum necessitate defendentes. *l. milites. 31. & l. fin. Cod. de locato & cond. ibiq; in sua summâ Azo num. 4.* Quamvis stabulum pro equis, ut & alia sui usus gratiâ, conducere non vetentur, ut tradit Mozzius in *tractat. de locat. & conduct. tit. de his, qui possunt locare & conduc. numer 3 allegans gloss. in d. l. milites. 31. & in d. l. fin.*
28 *C. eod. itemq; Salicet. in summâ ejusdem tit.* Præter ea curiales si res alienas conduxerint: nulla obligatio ex hujusmodi contractu competit, *l. curialis. 30. C. de locato. l. decurio. 4. ff. de decurionib.* nisi forte domū, cùm propriam non habeant, conduxerint. *Bald. in d. l. curialis. 30. C. de locato.* vel alicui in conductione successerint. Tunc enim in eâ illos remanere, Marcianus respondit, *d. l. 4. ff. de decurionib.* Et idem generaliter dici posse videtur de omnibus, quos vel lex, vel statutum, vel pactio à contractibus celebrandis removet, *arg. l. final. C. de reb. alienis non alienand. Mozz. dicto tit. numer. 8.* Porrò de personis, locare valentibus, vel non, latiùs tractat Vincentius Caroc. *d. tract. locati & cond. part. 1. tit. de tutorib. & curatorib. & titulis seqq. pag. 35. cum seqq.* nec non Thomas Maulius *in tract. de locat. conduct. tit. 2.*

Planè res omnes, quæ hominum commercio 29
non sunt exemptæ, locari possunt. *arg. l. si in emptione. 34. §. 1. ff. de contrah. empt.* nec refert, mobiles sint, an immobiles: corporales, vel incorporales: propriæ, an alienæ quia dominiū transferri necesse nō est. *l. si tibi alienā. 7. l. si quis. 9 § si 1. l. nō solet 39. ff. locati. ibiq; in Paratis. Wesenbec. numer. 5.* Et si dominus postea prohibeat eum uti, qui conduxit: locator conductori ad interesse tenetur. *d. l. 7. cum l. seq. ff. eod.* Verùm id copiosè, & quidem variè, explicant *Anton. Faber. lib. 2. conjecturar. c. 5. Cujac. tractat. 8. ad African. in explicatione l. & hæc distinctio. 35. ff. locati. & Arumæus Exercitat. Iustin. 14. thes. 21.* Sanè servitutes 30
prædiorum per se, id est, sine prædiis, locari nequeunt: quippe quæ solo cohærent, & ad ejus utilitatem constitutæ sunt: sine quo etiam consistere non possunt. *l. locare. 44. ff. eod. l. si is, qui 11. §. ultim. ff. de pignorib. & hypoth. Nicol. Reusner. lib. 3. disputation. juris civil. Disputat. 9. thes. 22.* At personarum servitutes, veluti ususfructus & habitatio, rectè locari queunt. *§. 1. vers. cùm is, qui usumfructum. J. de usu & habitat. d. l. si quis. 9. § 1. ff. locati. l. arboribus. 12 §. usufructuarius. 2. ff. de usufruct. l. cùm antiquitas. 13. Cod. de usufruct. & habitat. Giphan. lib. 3. disputat. 29. thes. 13. & ibidem Olemannus numer. 15. & seqq.* Neque obstat, quòd 31
ususfructus sit jus personale. *l. 3. in fine ff. quib. mod. usufr. amitt.* Personalia verò personam non egrediantur: cùm inseparabiliter eidem adhæreant. *l. usus aquæ. 21. ff. de usu & habitat. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur.* Etenim respondetur: quòd ususfructus, cùm locatur, non transferatur, sed per conductorem retineatur. *l. non utitur. 38. & ll. seqq. ff. de usufructu.* Quinimò & jura, quæ solo cohærent, ad personæ tamen utilitatem pertinent, locari possunt *l. ult. in fin. C. de vectigalib. & commissis.* ubi jus vectigalis atque pedagij quod tamen jus est reale, ad utilitatem duntaxat personæ spectans, locari potest. *Eâq; de re videatur Hunnius in resol. ad Treutler. vol. 1. disput 29. th. 2. quæst. 4. pag. 1751. & seq.* Majoratûs quoque pos- 32
sessorem posse rem majoratûs ad modicū temp° locare, cùm hæc locatio nullam alienationis speciem contineat, communiter receptum est: ita tamen,

ut si ipse moriatur, successor stare locationi non tenetur: sed possit rem majoratûs denuò locare. Cùm enim majoratûs possessor non habeat dominium perpetuum, sed temporale: non poterit locare liberè, sed cum suâ qualitate temporali, ut dixit Bald. *in l. fin. §. sed quia. num. 7. C. communia de legat.* quem refert *& sequitur Ludovicus de Molina lib. 1. de Hispanor. primogeniis. cap. 21. ubi hac de re, & aliis, eò pertinentibus, amplissimè disserat.* De eâdem re videatur Vincent. Caroc. *d. part. 1. tit. de possessore majoratus. pag. 44. &*
33 *seq.* Sed & vasallum locare alii posse fundum feudalem, si fraus absit, probabilius est. *tit. 9. qualiter olim pot. feud. alien. §. donare. lib. 2. Feudor. latè Francisc. Curt. Junior in tractat. feudor. quarta part. num. 92. Borcholt. in Commentar. de feud. c. 8 num. 36. Treutler. d. Disp. 29. thes. 2. ad lit. f. volum. 1. aliiq. per hunc alle-*
34 *gati, & ibidem Hunnius quaest. 6.* Enimverò locatoris jure resoluto sive peremto, resolvitur quoque & peremitur jus conductoris. *d. l. si quis. 9. §. 1. ff. locati. l. pete. 69. §. 1 ff. de legat. 2. l. fundum 7. ff. de actionibus empt. l. si usufructus. 66. ff. de jure dot. tit. 13. §. ult. lib. 1. feud. l. nemo potest. 70. ubi Dd. ff. de reg. jur. & c. nemo potest. 79. eod. in 6. Cujac. lib. 23. observ. c. 38. Bocer. d. class. 2. disp. 4. th. 18. lit. e. edit. 2. Henning. Wegner.*
35 *Disput. 12. thes. 3. ad lit. b.* At quid de jure patronatûs dicendum: poteritne per se locari? Et non posse, breviter respondetur. *c. de jure verò patronatus. 16. ext. de jure patronat. junctâ l. 1. & 2. ff. locati. D. Bocer. in hoc tit. num. 69. pag. 410.* Videatur Lambert. *in tract. de jure patronat. qu. 8. secund. part. quaestion. principal. lib. 1. cum seq. artic.* quem refert Mozzius *in d. tract. de locat. & cond. tit. de reb. quae locari poss. n. 9.*

36 Ad operas diurnas, menstruas, vel annuas, quod attinet: eas locari posse, extra controversiam est. *l. item si precio. 22. §. cùm insulam. l. si merces. 25. §. qui columnam. 7. l. qui insulam. 30. §. qui a dom. 3. l. qui operas. 38. & passim. ff. locati.* Ubi tamen non ignorandum: toties locationem & conductionem intelligi, quoties operae locantur exercendae in re & materiâ nostrâ: alioqui si suâ in re quis operas nobis praestet; non locatio & conductio, sed emptio & venditio, vel innominatus contractus dicitur. *l. Sabinus. 20. l. convenit. 65. ff. de contrah. empt. l. naturalis. 5. §. at cùm do, ut facias & leg. si tibi decem. 7. ff. de praescript. verb.* Consule Donellum *lib. 13. Comment. de jur. civ. cap. 6. ibiq. Hilligerum in suis not. ad lit. g. & l.* itemque Hunnium *in resolut. ad Treutler. vol. 1. disput. 29. quaest. 7. pag. 1755.* & Althusium *lib. 1. dicaeolog. cap. 76. num.*
37 *29 & seqq. pag. 264* Sed valde ambiguum est: an liber homo suas operas in perpetuum locare possit, ut ipsemet eas praestet? Et negantium opinio juri magis consentanea videtur, *argumento l. Titio centum. 71 §. 2. ff. de condit. & demonstrationib. l. conventio. 37. ff. de liberali caus. l. nec si volens. 6. & l. interrogatam. 24. C. d. tit.* Quibus ex locis manifestum evadit: nullam conventionem, nullumque pactum valere, quo ali-
38 quis se faciat servum. At si quis in perpetuum se obliget: isthaec obligatio instar servitutis habet. *l. 2. ff. de homine libero exhibend.* ubi Venulejus ait, non multùm à specie servientium differre, quibus facultas non datur recedendi. Atque ita sentiunt *Irnerius Glossator, Petrus de Bellapert. Dynus, Cynus, Iacobus de Arena, & Albericus de Rosat. quos refert & approbat Sichardus ad rubr. C. de locato. numer. 6. & 9. item noviter Bocerus d. class. 2. disp. 4. th. 21. nec non Schegk. in delibatis jur. Disput. 18. th. 50.* Quanquam contrarium communi Dd. calculo receptum fateantur *Christophorus Porc. in princ. f. de usufruct. Angel. Aretin. in §. usufructus. num. 1. eod. tit. Didac. Covarruvias in tract. de sponsalib. 2. part. cap. 7. numer. 5. Emanuel Soarez in thesauro receptar. sentent. lit. o. num. 16. & Matthias Celerus in tractat. de precessib. execut. part. 1. cap. 9. numer. 27.* Sanè & 39
hoc plerisque placuit: locantem operas suas debere operari suis sumptibus: & conducentem officialem, medicum, advocatum, procuratorem, notarium & similes, teneri eis ad victum, etiam in eundo & redeundo, item pro equis & famulis. *Bartol. Iason & Angel. in l. si non fortem. 26. §. libertus. 11. ff. de condict. indebit. Vincent. Caroc. in tract. locat. & conduct. part. 2. tit. de sumptib. in operande. numer. 1. & 2. pag. 117.* Caeterùm an & quatenus nobilis operas rusticorum, quibus ipse non indiget, aliis locare & delegare possit, eleganter, *post alios*, explicat Matthias Berlichius *decis. aur. 67. pag. 222. & seqq.* Illud quoque hic obiter admonendum: quòd appellatione locationis & 40
conductionis, veluti emptionis & venditionis, promiscuè juris auctores utantur, adeòque unius verbi appellatione totum contractum comprehendant, propter relationem. *l. & ideo. 23. ff. locati. l. multum interest. 19. ff. de heredit. vel act. vend. Eguinar. Baro & Heigius hic. numer. 5. Connan. lib. 7. Commentar. juris civil. cap. 6. num 2 & c. 11. num. 1. Pinel. in l. 2. C. de rescind. vendit. part. 1. cap. 2. num. 3. Petrus Augustinus Merla in Emporio utriusq. jur. part. 1. tit. 10. de locato & conducto. in praemissis. num. 3.*

His ita praemissis & expositis, nunc ad enarrationem hujus principii est transeundum: in quo Justinianus locationem & conductionem proximam esse emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistere, ex Cajo Jurisconsulto ostendit. *l. 2 in princip. ff. locati.* Quemadmodum enim emptio & venditio conventione pretii contrahitur: ita etiam locatio & conductio conventione mercedis (quae subinde precium quoque appellatur. *l. ult. §. ult. ff. ad leg. Rhod. de jact. l. quòd si 28. §. idem juris. l. ea lege. 51. §. 1. l. insulam. 58. in princ. ff. locati. l. si quis antè. 10. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess.*) perficitur: adeò quidem, ut locator actione locati, conductor verò conducti agere possit. Locati igitur actio locatori, ejusque heredi, adversus conductorem, ejusque heredem competit. *hic & l. viam veritatis. 10. l. si hi, qui. 14. l. cùm conductorem. 29. C. de locato.* ad hoc maximè; tùm ut merces, una cum usuris post moram, solvatur. *l 2. ff. in quib. caus. pig. vel hypothec. tacit. contrah. l. quaero. 54. ff. locati. l. profes. 17. C. eod. l. mora. 32. §. in bonae fidei. 2 & l. videamus. 38. §. 1. ff. de usur.* tum ut, exacto locationis tempore, res conducta non deterior reddatur. *l vi-*

deamus. 11. §. 2. *ff. locati.* vel deterior facta reficiatur. *d. l. cùm conductorem.* 29. *C. d. t.* atque adeò omnia damna, quæ conductoris culpâ rei locatæ obtigêre, refundantur. *l. si quis demum.* 9. §. *si colonus.* 3. *d. l. videamus.* §. 1. *l. si merces.* 25. §. *conductor.* 3. *cum* §. *seq. l. si vulneraverit.* 43. *& l. cùm in plures.* 60. §. *servum.* 7. *ff. locati.*

44 Quæstio hoc loco quotidiana moveri potest: Num equus conductus præsumatur in dubio esse mortuus conductoris culpâ, an verò morte naturali, sicque casu fortuito? Et communis Dd. conclusio est: semper præsumendum esse, equum morte naturali interiisse, atque ita locatorem probare debere; equum, quem locavit, conductoris culpâ fuisse mortuum: vel quia majus pondus, quàm equus sustinere posset, ipsi imposuerit; vel quia ad alium usum, quàm ad quem conduxerat, equum applicuerit; vel quòd in itinere illum fatigaverit; & plus, quàm par, & justa ratio postulat, illum laborare compulerit. *Gloss. Bartol. Salicet. Fulgos. & Bald. in l. qui insulam.* 30. §. *qui mulas.* 2. *per istum textum. ff. locati - conducti. Idem Bald. in l. si pecuniam.* 5. §. *sed ubi a. cepit.* 4. *per illum textum. ff. de condict. causa data, &c. latè Gomez. tom.* 2. *var. resolut. cap.* 3. *numer.* 22. *& Vincent. Carec. in tract. locati & conduct. tit. de dolo & culpa. part.* 2. *numer.* 5. *cum seqq. pag.* 157. *Quibus adjiciatur Doctor Marta tom.* 3. *Digestorum novissimor. tit. Locator, conductor. cap.* 9. 10. 11. *&* 12. *fol.*
45 210. *& Iosephus Ludovic. decis. Lucens.* 10. Cujus conclusionis ratio est perspicua: quia is, qui dolum vel culpam allegat, eandem docere & probare tenetur. *l. quotient.* 18. §. *qui dolo. ff. de probationib. l. dolum.* 6. *C. de dolo malo. cum similibus.* Ubi tamen probè observandum: quòd, si contingat, equum in itinere in morbum incidere, conductor illum debeat hospiti tradere, aut alicui homini perito, qui equum ægrotantem curet: ut, si hac adhibitâ diligentiâ, postmodum moriatur, ejus obitus nequaquam conductori imputetur. Sed si casu quodam equus in medio itinere perierit: necessarium & consultum est, ut ibi testes ad futuram rei memoriam adsciscantur, qui mortui equi testimonium præbeant, ostendendo ipsius equi signa & qualitates. Nam hujusmodi testimonium eo in loco, ubi equus obiit, factum, etiam absque ullâ partium citatione fidem facit coram judice competenti, *ut post Paulum de Castro in l. cùm hi.* 8. §. *transactiones.* 19. *ff. de transactionib. & Lud. Romanum in l. si verò.* 64. §. *de viro. in* 54. *fallent. ff. solut. matrimon.* tradidit Petrus Augustinus Morla *part.* 1. *Emporii juris. tit.* 10. *in præmissis. num.* 53. *in fine.* & Dn. Christophorus Besold. *vol.* 3. *consil.* 120. *fol.* 155. *itemq. in delibatis jur. ex lib.* 19. *ff. quæst.* 4. *pag.* 32. ubi addit, teneri conductorem actione furti vel condictione furtivâ, si equum conduxit pro eundo ad unum locum, & cum ad alium ducat. *l. qui furtum.* 16. *in princ. ff. de condict. furt. l. si, ut certo.* 5. §. *quinimo.* 8. *ff commodati.*

46 Est & illa quæstio quotidiana: num conductor ædium de incendio teneatur? Et, si evidenter appareat, incendium aliunde, quàm ex domo provenisse, conductor nullo modo tenetur, sed fortuitò evenisse dicitur: purâ si ex fulgure proveneit ignis, vel si ex domo vicini scintilla ignis evolaverit, & incendium excitaverit in alterius domo. *l. in rebus.* 18. *ff. commodati. l. contractus.* 23. *in fin. ff. de reg. jur. cum similib.* Si verò non constet, quis incendium immiserit: tunc culpâ inhabitantium exortum præsumitur. *l.* 3. §. 1. *& §. ut curam.* 4. *ff. de offic. præfect. vigil. cum concordantibus. Alexand. consil.* 50. *num.* 2. *lib.* 1. *Bald. consil.* 441. *in fin lib.* 1. *Thom. Ferret. consil.* 36. *Bursat. consil.* 53. *num.* 34. *vol.* 1. *Vincent. Carec. d. tract. locati & conduct. part.* 2. *tit. de incendio, &c. num.* 2. *& seqq. pag.* 166. *ubi id pluribus conclusionibus declarat.* Hucque referantur, quæ annotavimus *ad* §. 2. *supr. de obligationib. numer.* 87. *& subseqq.* Adde Thomam Grammat. *decis.* 3. & Acacium Antonium de Ripoll *d. cap.* 12. *variar. jur. resolut. num.* 245. *& seqq. item numer.* 290. *& seqq. fol.* 400. *&* 404. nec non Manlium *in tract. de locat. conduct. tit.* 6. *numer.* 23.

Merces porrò, expleto demùm locationis tempore, solvenda est: nisi aliud specialiter inter contrahentes convenerit; vel loci consuetudo aliud suaserit. *l.* 1. §. *si pensio.* 4. *ff. de migrando. junct. a l. semper in obscuris.* 9. *& l. semper in stipulationibus.* 34. *ff. de reg. jur. l. excepto.* 18. *C. de locato. Sichard. in l.* 3. *numer.* 5. *C. eod. Donell. lib.* 13. *Commentar. de jur. civ. cap.* 9. *pag.* 162. *num.* 20. *Vincent. Carecius d. tract. locat. & conduct. part.* 2. *tit. de tempore pensionis. pag.* 95. Ac licèt conductor ante tempus deserat habitationem aut fundum: nihilominus tamen statim locator eum mercedis nomine convenire, & quidem integram exigere mercedem potest. *l. si in lege.* 24. §. *si domus.* 2. *l. dominus.* 55. §. *ult. ff. locati.* nisi justâ ex causâ, veluti ex timore ruinæ, vel ignis, vel exercitûs, vel pestis diuturnioris, vel spectrorum, &c. domum fundumvé deseruerit. Tunc enim solum pro ratâ temporis merces debetur. *l. si quis.* 9. §. 1. *l. item quæritur.* 13. §. *exercitu.* 7. *l. ex conducto.* 15. §. *ubicunq.* 7. *l. habitatores.* 27. §. 1. *l. qui insulam.* 30. §. 1. *& l. si fundus* 33. *ff. eod. l. in hac stipulatione.* 28. *ff. de dam. infect. l. si quis.* 49. §. 1. *ff. ad leg. Aquil. Gomez. d. tom.* 2. *var. resolut. cap.* 3. *num.* 3. *Gail. lib.* 2. *obs.* 23. *num.* 6. *&* 7. *Ioan. Baptista Costa com.* 2. *tract. de ratione rata. quæst.* 38. *fol.* 39. *Plebst. disput.* 2. *de jure topico Wirtemberg. th.* 55. *Matthias Stephani cent.* 3. *q.* 76. *Hieronymus Panschman. in declaratione practicar. quæstion circa mater locat. conduct. &c. q.* 13. Idque fusiùs explicatur infra *num.* 82. *& seqq.* Quòd si etiam pluribus Studiosis habitatio sit locata, & unus eorum, non solutâ ratâ mercedis parte, illam deserat: cæteri integram pensionem solvere non tenentur. Angel. *in l. duo fratres.* 78. *numer.* 2. *ff. de acquir. vel omitt. heredit.* & Jason *in l.* 1. *numer.* 28. *C. qui testam. fac. poss.* quos refert ac sequitur D. Bocerus *d. class.* 2. *disput.* 4. *th.* 28. *& in hoc tit. numer.* 77. *pag.* 411. Cæterùm is, qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quò minus operas suas præstaret. 47 48 49 50

l. qui operas. 38. ff. locati. nec eodem locationis tem-
pore ab alio mercedem accepit. l. sed addes. 19. § cùm
quidam exceptor. 9. & §. seq. ff. eod. l. diem functo. 4.
ff. de offic. adsessor. Grivellus decis. Senatus Deleni 84.
51 numer. 1. cum seqq. fol 228. & seq. Hinc licèt Doctor
seu Professor, propter pestem in loco grassantem, vel
similem causam adversam, non per totum annum le-
gat, sed tantùm in principio: tamen nihilominùs in-
tegrum totius anni salarium petere potest. Natta
consil. 452. eumq; laudans Mozz. in d. tract. de locat.
& conduct. cap. de accidentalib. locat. numer. 43. pag.
52 424. Gail. libr. 1. observ. 44. numer 13. Similiter
si Professor, Advocatus, vel Medicus in exordio anni
locationis moriatur: integrum salarium totius anni
heredibus ejus debetur. l. 1. §. Divus Severus. 13. ff.
de var. & extraord. cognit. d. l. qui operas. 38. in
princ. & §. 1. d. l. sed addes. 19. §. cùm quidam. 9. &
§. seq. ff. locati. d. l. 4. ff. de offic. assessor. l. penult. C. de
condict. ob caus. dator. l. post duos. 15. §. 1. C. de ad-
vocat. diversor. judicior. Gail. d. obs. 44. numer. 12.
Dec. consil. 70. Kirchov. cent. 5. commun. opin. con-
clus. 85. Cephal. cons. 70. & 71. lib. 1. Mandell. consil.
91. incip. quod Rectori. numer. 1. & 2. Sebastian. Me-
dices in tract. Mors omnia solvit. part. 3. num. 26. Ce-
varius d. part. 2. tit. de officio assessorum. num. 3. pag.
151. Mozz. d. loco. num. 44. Benius in lib. singulari.
de privileg. ICtorum. part. 1. cap. 22. Dn. Collega Be-
sold. in delibat. jur. ex lib. 19. ff. quest. 5. pag. 33. &
in thesauro pract. verb. Besoldung / & in dissertat. de
Syndicsis. Magistris, & cap. 9. pag. 105. Doctor pari-
ter, qui propter supervenientem senectutem, vel aliam
infirmitatem, professuræ amplius sufficere nequit,
minime propterea removeri, aut salario privari de-
bet. Spectat enim ad principis curam, ne is, qui con-
senuerit in officio aliquo digniori, indigeat in senectu-
te, arg. l. Lucius. 11. in princ. ibi, veteranis in præ-
mia assignatas. ff. de evictionibus. Speckhan cent. 2.
class. 1. quæst. 10. hancq; laudans Dn. Besold. d. cap.
9. pag. 107. & Ioh. Limnæus tom. 3. de jur. publ.
Imp. Rom. lib. 8. cap. 3. numer. 27. & seq. & David
Marquartt apud Arumæum de jure public. vol. 3. dis-
53 curs. 18. th. 28. lit. a. pag. 801. Hinc quoque famu-
lus, famulàve aut ministra, licèt morbo, aliàve
justâ causa impeditus, vel impedita fuerit, quo minùs
officium suum fecerit: integram tamen mercedem
petere poterit, l. cùm heres. 4. §. Stichus. 5. ff. de sta-
tuliber. l. ult. §. 1. ad finem. ff. ad leg. Rhod. de jact.
& legibus antè allegatis.

54 Nec obstat l. ex conducto. 15. §. item cùm qui-
dam. 6. ff. locati. & l. si pecuniam. 5. in princ. ff. de
condict. causa data, caus. non secut. cum similib. ex
quibus colligitur: quòd, etsi quis casu fortuito, vel-
uti adversa valetudine, vel aliâ justâ causa impeditus
fuerit, quo minùs præstet id, ob quod præstandum
aliquid accepit; ab eo tamen, quod datum est, re-
55 peti queat. Quòd si datum repetere potest, qui de-
dit; multò magis nondum datum retinere poterit.
Cui enim damus actionem ad repetendum; ei mul-
tò faciliùs damus exceptionem ad retinendum. l. in-
vitus. 156. §. 1. ff. de reg. jur. cap. qui ad agendum.
71. eodem tit. in 6. Illud, inquam, non obstat. Re-
gula namque ista (quòd, quotiens quid ob causam
datum est; eâ causa, etiam fortuito casu non secutâ,
datum repeti possit) procedit in illis, qui operas suas
non ad certum aliquod tempus sed indefinitè locâ-
runt. d. l. 15. §. 6. ff. locati & similibus: fallit verò in
illis, qui certum ad tempus locârunt suas operas:
quales sunt advocati, & alii artifices, de quibus in le-
gibus suprâ pro nostrâ assertione adductis. Atque
ita docuerunt Speculat. in tit. de locato. §. postquam.
numer. 20 Ioan. Vaud. libr. 1. question. var. q. 7. Bo-
cer. d. class. 2. disp. 4. thes. 29. cum seqq. & in hoc tit.
numer. 81. & seqq. pag. 412. Hackelman. disp. 11. th.
12. lit. b. & d. Matthias Stephani cent. 3. quæst. 75.
& noviter Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract.
7. part. 2. quæst. 8. & in resolut. ad Treutler. volum. 1.
disput. 29. quæst. 8 pag. 1756. Quamvis alii commu-
niter dissentiant. Bartol. in l. si uno (aliâs est. d. l. ex
conducto. 15.) §. cùm quidam. 5. ff. locati. Iason. numer.
48. Curt. Sen. & Cagnol. num. 215. & Bolognet. num.
72. in d. l. diem functo. 4. ff. de offic. assessor. Panormi-
tan. in cap. 1. numer. 6. de cleric. ægrotant. Vivius lib. 2.
opin. 108. Linglois d. decis. 5. quæstion. 4. numer. 7.
fol. 58. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 3. num. 3. ubi
& alios citat.

Sed quo tempore artifex, qui operam suam ad 56
opus aliquod faciendum locavit, mercedem promis-
sam petere queat, ambigitur? Et cum nonnullis di-
stinguendum videtur inter opus, quod brevi tempo-
re, & sumptu exiguo perfici potest: & illud, quod
sumptum ac victum magnum, longumque tempus
requirit. Priore casu non, nisi perfecto opere, mer-
ces debetur: tum quia locatio & conductio similis
est emptioni & venditioni, per hunc textum nostrum,
& d. l. 2 ff. locati. At emptor pretium dare venditori 57
non tenetur, priusquàm ab eo rem venditam acce-
perit. l. qui pendentem. 25. ff. de act. empt. l. pure. 5. §.
si servus. 4. ff. de doli mali. & met. except. Proinde-
que regulariter nec artifici ex locatione & conductio-
ne merces debetur, antequâm is operam debitam
præstiterit. Tum quia merces hanc conditionem 58
respicit, si opus fecerit. Fecisse autem is non censetur,
qui non propriam formam, quæ ex consummatione
contingit, dederit l. si is. qui. 80. §. 1. vers. sed & si
opus. ff. ad leg Falcid. l. rei. 5. §. ult. & l. ædificia. 139.
in fin. ff. de verb. significat. Est enim stipulatio, opus 59
fieri, individua: cujus divisio corrumpit stipulatio-
nem. l. eadem dicemus. 4. §. 1. & l. stipulationes non
dividuntur. 72. ff de verb. obligat. Unde si famuli, 60
famulæve, operarii, aliive ante finitum locationis-
conductionis tempus ex famulitio discedant, neque
justam habeant sui discessus causam; merces ipsis
non debetur: & insuper quoque Magistratûs pœnæ
subjacent. arg. l. qui hoc anno. 42. & l. cum, qui. 138.
in princ. ff. de verb. oblig. Fürstl. Würtemberg. Alt.
Landrecht / pag. 216. tit. Von Ehehalten / Dienst- 61
leuten und gedingten Arbeitern / etc. erneuwert Land-
recht d. part. 2. tit. 17. pag. 300. Item Landsordnung /
pag 99. in fin. Bald. in l. 2. num. 2. & ibid. Sichard.
num. 4.

num.4.C.de locato. Plebst. d. Disp.2. de jure top. Würtemberg. th. 59. Posteriore verò casu (quo scilicet opus sumptum & victum magnum, longumque tempus desiderat) sicut operæ præstantur particulariter: ita & merces particulatim post cœptum opus, & antequàm perfectum fuerit, debetur, & solvenda est, etiam in futuram operam, *arg. l. Julianus. 13. §. unde quæritur. 9. ff. de actionib. empti.* dummodo satisdet artifex, in opus illud pecuniam impensum iri, *argum. l. insulam. 58. § fin ff locati. D. Bocer. hic num. 78. pag. 412. & d. class. 2. Disp. 4. th. 32. lit. c. ed. 2.* Illiusque ratio est perspicua: quia alias, nisi per particulas solveretur merces, plurima ædificia nunquam extruerentur: cùm victus artificibus defuturus esset: *ut rectè sentit Cynus Bald. & Sichard. num. 2. & 3.*
62 *in d. l. 2. C. de locato.* Planè, si artifex opus faciendum intra certum tempus conduxit, hocque non absolvit, aut ex suâ negligentiâ tantum temporis labitur, quoniam perfici nequit: locatori omne interesse præstare cogitur. *l. si ita stipulatus. 14. d. l. stipulationes non dividuntur. 72. in princ. vers. Celsus & l. si insulam. 84. ff. de verbor. obligat. l. si quis ab alio. 13. ff. de re judicat.* Fürstl. Würtemb. Alt Landrecht / *d. pag. 216. tit.* Werckmeister so sie Werck verdingen / ꝛc. ernewert Landrecht / *d. pag.* 300. §. wann auch / ꝛc.
63 Porrò si plures simul opus faciendum conduxerunt: singuli locatori in solidum sunt obligati, & quilibet potest conveniri. Si verò divisa conductio fuit; singuli pro partibus duntaxat conveniri debent: nisi ipse architectus locatori interesse solvere paratus sit: quo casu ad perficiendum opus cogi nequit. *l. si divisa. 13. ubi Sichard. C. de locato.* Fürstl. Würt. Alt Landrecht / *pag. 217. tit.* Wann zwoen / drey oder mehr ein Werck verdingen. *& pag. 218. in princ.* ernewert Landrecht. *part. 2. tit. 17. pag. 301.* §. Begebe sich auch. *cum §. seq. Plebst. d. disp. 2. thes. 61. edit. 2.*

64 Illud quoque hoc loci non prætereundum est: quòd interdum locator, etiam ante exactum locationis vel conductionis tempus, possit expellere conductorem, eumque cogere, ut rem restituat: veluti, si conductor pensionem sive mercedem justo tempore non solvat: vel malè in re locatâ versetur: vel locator propriis usibus rem sive domum sibi necessariam esse doceat: aut ruituram reficere & instaurare velit. *l. quæro. 54. §. 1. l. cùm domini. 56. ff. locati. l. ade. 3. ubi pulchrè Bart. Odofred. Angel. Salicet. Fulgosius & Sichardus. C. de locato. ibiq. Azo in sua summâ. num. 23. c. pen. §. 1. ext. eod. Nov. 120. cap. 8. & Auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* Fürstl. Würtemb. Alt Landrecht *pag. 213. tit.* Aus was Vrsachen der Beständer mög vor dem Ziel / ꝛc. *& pag. seq.* ernewert Landrecht / *d. part. 2. tit. 17. pag. 298. in princ. Vincent. Caroc. in tract. locati & conduct. part. 2. tit. de recusationib. pag. 195. Ioan. Petr. de Ferrariis. in sua pract. in formâ libelli, quo agitur ad facti præstationem & relaxat. num. 6. & 7. latè, post alios, Alvarus Valasc. in tr. de jure emphyt. q. 21. & seqq. Linglois d. decis. 5. qu. 5. num. 2. cum seqq. fol. 59. Magonius decis. Lucens. 75. num. 6. Manlius d. tract. de locat. conduct. tit. 7 nu. 16. item Petr. Aug. Morla in emporio juris utriusq. part. 1. tit. 10. de locato. in præmiss n. 24 & seqq. nec non Jacobus Cancerius part. 1. variar. resolut. jur. cap. 14. num. 3. cum seqq. fol. 162. cum seq. & D. Besoldus in d. delibat. jur. ex lib. 19 ff. quæst. 6 pag 34.*

Non adversatur *l. si duo. 3 §. cùm inquilinus. 3. ff. uti* 65
possidetis. Ibi dominus ædium voluit domum reficere: inquilinus dominum reficere volentem prohibuit: Vlpianus respondit, dari hoc casu interdictum uti possidetis. Igitur dicendum videtur, quòd locator sive dominus inquilinum expellere nequeat, ubi domum reficere cupit. Si, invito inquilino, dominus ædium non potest ædes reficere: ergo multò minus poterit invitum inquilinum, ob refectionem, expellere. Non, *inquam,* ista lex adversatur. Nam in eâ refectio necessaria non fuit: ac propterea inquilinus, qui ob refectionem incommoda patitur, refectionem admittere noluit. Inde ortâ controversiâ, ne alter alteri vim inferat, datur interdictum uti possidetis: quo interdicto Prætor inquilinum in possessione, donec causa refectionis fuerit discussa, defendit. Atq; ita illam legem exaudit Joannes Borcholt. *part. a. disput. de locat. proposit. 6. pag. 403.* Tametsi aliter eandem le-
gem accipiat Vultejus *hic num. 35.* Enimverò eo casu, 66
quo expellitur conductor ideo, quòd malè in re versatur, ex communi Dd. sententiâ integram pensionem locatori præstare tenetur: eò quòd conductor propter culpam suam, & in sui præjudicium perinde ha-
beatur, ac si rem adhuc teneret. Et fundamentum hu- 67
jus assertionis quoq; constituitur *in auth. qui rem hujusmodi. C. de SS. Eccles.* ubi rem conducens ab Ecclesiâ, si fecerit eam deteriorem, tenetur primò solvere integram pensionem: deinde etiamsi aliquâ parte meliorem fecerit: illa melioramenta, hoc est, ea, quibus res melior effecta est, perdit.

Neque obstat, quòd hac ratione locator locuplete- 68
tur cum conductoris damno & jacturâ, *contra l. nam hoc natura 14. ff. de condict. indeb. & l. jure naturæ.*
206. ff. de reg. jur. Quia damnum, quod quis suâ cul- 69
pâ sentit, sentire non intelligitur. *l. quod quis. 203. ff. d. tit.*

Sic non refragatur, quòd locator damna sibi data 70
aliis actionibus, puta locati & legis Aquiliæ, persequi possit. *Etenim* conductor propterea, quòd in re conducta malè versatus est, bonamq; fidem fregit, præter restitutionem damni, puniri debet. Ac sanè cùm hoc casu per ipsum conductorem steterit, quò minùs conditio contractûs fuerit adimpleta, perinde habetur, ac si adimpleta fuisset, *arg. l. si pecuniam. 5. ff. de condict. caus. data, causa non secut.* Atq; ita tradunt *Cynus, Baldus, Salicet & Sichard. in d. l. ade. 3. C. de locato.* Fürstl. Würtemb. alt Landrecht / *pag. 214.* §. Es ist auch im ersten / ꝛc. ernewert Landrecht / *d. part. 2. tit. 17. pag. 298.* §. So begibts sich. *ad finem. Dn. Bocer. d. class. 2. Disput. 4. th. 38. Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 5. lit. A. & ibi Bachovius in suis not. pag. 1115. itemq. Hunnius quæst. 14. pag. 1768.*

Sed & conductorem, ob non solutam etiam unius 71
anni pensionem, statim ex domo conductâ expelli posse, probabiliter comprobatur *per d. l. ade. 3. C. de lo-*

de locato. ubi habetur, conductorem durante locatione expelli non posse æde conductâ, si domino pensionem in solidum solvit. Ergo argumento à contrario sensu sumpto, si pensionem etiam unius anni non solvit, expelli potest. Sermo namque simpliciter prola-
72 tus, de primo actu intelligitur, id est, unico actu perficitur, consumitur, atque finitur. *arg. l. boves. 89. §. 1. ff. de verb. sign. Iason in l in duob⁹. 28. §. si ei, qui. ff. de jurejur. Felin. in c. 2. ext. de treuga & pace. Tiraquell. in peculiari repetitione dicti §. 1. quam inscripsit Tractatum in l. boves. § hoc sermone. ff de verb. sig. eoq; referens D. Gæddæus ad d. l. boves 89. §. 1. ff. eod tit.* Idque
73 adeò procedit; ut, licèt pactum de conductore non expellendo, in locationis contractu adjectum sit: nihilominus tamen, si pensioni non satisfaciat, expelli possit: quia semper hæc conditio, in pacto isthoc locationi adjecto, tacitè subintelligitur: si pensioni conductor debito tempore paruerit. *l. 2. ff. si ager vectiga-*
74 *lis, &c. d l. quæro. 54. §. 2 ibiq; Gothofred. ff. locat.* Quæ lex nostræ opinioni non repugnat, dum statuere videtur, tum demum conductorem licitè expelli posse, si biennio continuo pensionem nō solverit. Quod enim de bienni tempore illic affertur, non ad legis decisionem, sed ad facti narrationem pertinet, ex quâ nihil concludi posse, notissimum est, *Accurs. in l. un. ad verb. quotiens. in vers. vel dic tertiò &c. C. quando*
75 *non petentium partes petentib. accrescant.* Siquidem & aliàs dici solet; enunciativa verba neutiquam disponere, *arg. l. ex his verbis 7. C. de testamento militis Coras ad l. 2. numer. 2. C. de jure emphyteut.*

Sic quoque non refragatur *prædicta l. cùm domini.*
76 *56 ff locati.* ubi traditur; quòd, si biennii spacio conductor non satisfaciat pensionibus; tunc possit dominus pro securitate pensionis domum conductam aperire, & per Notarios describere, quæ ibi reperiuntur. Nam istic non fit post biennium expulsio; sed bona absentis, & per biennium non apparentis conductoris, per publicas personas sive Notarios describuntur. Quod utique non citò, nec temerè fieri debet: cùm
77 detegere res alienas, & secreta patrimonii alterius pandere, valde durum, inhumanum & odiosum sit. *l. 2. vers quid enim tam durum, &c. C. quando & quib. quarta pars deletur, &c. l. 2. ibi, ne secreta patrimonii, &c. C. de aliment. pupillo præstand. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controversiar. assert. 73.*

Tandem & illud hic subjiciendum: quòd colonus
78 vel inquilinus, qui rem habet conductam per multos annos, etiamsi dubitetur an ipse solverit pensionem elapso tempori debitam, si ipse ostenderit, se solvisse tribus proximis annis, habeat suam intentionem fundatam, quòd scilicet retrò solvisse præsumatur: dummodo solutio facta fuerit tribus annis continuis, ac tribus solutionib⁹ distinctis, unoquoque anno factis, *l. quicunq; 3. ubi Bald. C. de apochis publicis. &c. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 139. Mascardus de probationib. conclus. 603. vol. 2. Augustinus Morla in d. Emporio juris part 1. tit. 10. de locato. in præmissis. numer. 36. & alii, ab iis magno numero designati.* Sed & illud addendum: quòd conductori liceat res, quas ipse conduxit, alteri locare: modò aliter, non fuerit deductum in pactum cum primo locatore: & modò primus locator non patiatur damnum *l. nemo. 6. C. de locato.* Enim verò secundus conductor tenetur pensionem solvere non primo, sed secundo locatori, cum quo contractum iniit. Idq; fusius, *post Carocium, part. 2. quæst. 15. Tesaurum tom. 5. concl. 413. Hectorem Felicium de societat. C. 28. & alios,* explicat Martinus Bonacina *in tract. de contractib. & restitut. disp. 3 q. 7. punct 1. numer. 4. pag. 556.*

Conducti actio datur conductori. *l. ex conducto* 79
15. in princ. ff. locati. ejusque heredi. *l. sed addes. 19. §. ex conducto 8 ff. eod.* adversus locatorem, ad hoc potissimùm; ut sibi re conductâ uti frui licere præstet, aut interesse solvat. *l. si tibi alienam. 7. cum 2. ll. seqq. d. l. ex conducto. 15 §. 1. l. si in lege. 24 §. colonus. 4. l. si fundus. 33. & passim. ff. locati. Iul. Pac. cent 5. [illegible] q. 16. Mynsinger. hic numer. 5.* ut domum locis necessariis reficiat, vel mercedem pro ratâ temporis, quo ædibus commodè uti conductor nequit, remittat. *d. l. ex conducto. 15. §. 1. & l. habitatores. 27. ff. locat. ibiq; in paratit. Wesenbec. numer. 16.* ut damna locatæ rei vitio contracta resundat: si modò vitium illud sciri potuerit, vel res tanquam ab artifice locata sit (ut si vas vitiosum à victore locetur) atque ita sciri vitium debuerit. Secus est, si lateat vitium, ita ut prudentissimum fallat: nec in illâ locandâ artificium suum quasi rei bonæ & integræ locator profiteatur: ut si ager conductus herbas noxias ferat. *l. sed addes 19. §. 1. ff. locati. l. in judicio. 28. C. eod. Wesenbec. d. loco; Treutler. Disput. 29. vol 1. thes. 7. lit. c. Oldendorp. class. 4. actionum forens. act. 9.* Item experitur conductor hac a- 80
ctione adversus locatorem: ut ob rei locatæ interitū, sterilitatem, vimque majorem, mercedem vel in totū, vel pro parte remittat. Et sane si, locatione & conductione ritè perfectâ, res conducta tota fortè incendio vel terræ motu perierit, aut publicata sit, ut eâ frui vel uti conductor non potuerit: pro ratâ temporis, quo rei fructus usus ve cessavit, merces conductori remitti, & si fuerit soluta; restitui debet. Sin rei duntaxat pars sit amissa: & pro ratâ temporis, & pro illâ taotùm parte amissâ, quâ frui vel uti conductor non potuit, mercedis remissio & exoneratio fieri debet. *l. si quis domū. 9. §. 1. in fin. d. l. ex conducto. 15. §. cùm quidam. 3. d. l. si fundus. 33. & l. Marcius. 59 ff. locati. Gail. lib. 2 observ. 23. numer. 23. & seq.* Similiter si non ipsa res conducta casum adversum passa sit: sed sterilitas, vel aliud damnum haud modicum in fructibus contigerit: ut si vis fluminum, graculorum, sturnorum, hostium, vel quid simile acciderit: damnum domini est, nō coloni: ne supra damnum seminis amissi, mercedes fundi præstare cogatur. *d. l. ex conducto. 15. §. si vis tempestatis 2. & §. ubicunq; 7 l si merces. 25 §. vis major. 6. ff. locati. l. licèt. 8. C eod. c. propter sterilitatem 3. ext. h. tit.* Et eâ de re abundantiùs agunt *Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vend part 1 c. 3 numer. 23. Didac. Covarruv. tom. 2. practicar quæstion c. 30. numer. 1. Menoch. lib. 2. de arbitr ar. jud. cent. 1. cas. 76. & 77. Mozz. in tract. de locat. & conduct. cap. de accident alib. le-*

gat.

cat.num.8.cum seqq.Panschmann in suis quæst. circa
materiam locat.q.1. & seqq. Bronchorst. cent.1. Mi-
scellan controvers.assert.71. Iosephus Ludovicus lib.
1.conclusionum.conclus.12.Vincent.Caroc.d. tract. lo-
cati & conduct.part.3.tit.de remissione mercedis. pag.
300.cum seqq. Althus.lib.1. Dicaeolog.cap.76. num.14
cum seqq.pag.262.Iohan. Garsia in tr. de expens. &
meliorat.cap.15. Anton. Gomez.tom.2.var. resolut. c.
3.numer.18.Sebastian.Medic.in tr.de casib. fortuit. 2.
part. quæst. 10.num. 39. Petr. Augustin. Morla. in d.
Emporio jur.part.1.titul.10.quæst.1.num.6.& seqq.
Hunnius in resolut.ad Treutler.vol.1 disp.29.quæst.23
pag.1780.& seqq. & novissimè Breitschvverdt in tr.
81 *de casibus fortuit.c. 8. sect.5. & seqq.* Etsi verò pro-
pter causas prædictas, & similes, mercedis remissio-
nem,& exonerationem locator conductori præstare
tenetur: attamen si alio quodam sequente anno, im-
modica & solito major ubertas contingat, ut unius
anni incommodum cum aliorum annorum commo-
do pensetur: etiam pro eo anno, qui sterilis fuit, inte-
gra pensio exigi poterit, *d. l. ex conducto.15. §. si uno*
anno.4.ff.locati.d.l.licet.8. & l.excepto.18.C.eod.ibiq;
Azo in sua summâ.numer.33.d c. propter sterilitatem.
ext.d.tit. Becer.d.class.2.disp.4.thes.70. Gometz. loco
82 *paulò antè notato. Doctor Marta tom.3. digestorum*
novissimorum tit.remissio mercedis.cap.1.fol.289. De
eo (quod & suprà leviter attigi *nu. 48.*) sæpiusculè
dubitatum memini: an inquilinus ob pestem gras-
santem emigrare possit, ita ut pensionem integram
solvere non teneatur? Et Andreas Gail. *dicto lib. 2.*
obs.23.num.7. (relatis atque rejectis aliorum diver-
sis opinionibus, *Baldi in d.l.licèt.8.numer.5. C. de lo-*
cato.Panormitani in d.c.propter sterilitatem.3.num.8
ext.eod.Socini Senioris cons. 44. numer. 4. vol. 1. &
Bertachini in tract. gabellarum. part. 2. numer. 25.)
hoc modo distinguendum existimat: Aut pestis in lo-
co contractus brevi tempore durat, putà per aliquot
tantùm menses: aut est diuturna unius vel plurium
annorum,& in viciniâ domûs conductæ potissimùm
83 grassatur. Primo casu non datur remissio pensionis,
si colonus sive inquilinus emigrârit: altero verò da-
tur. Hujusque ratio est: quia merces datur pro rei
usu. Si igitur inquilinus re conductâ, tanto tempo-
re, absque suâ culpâ uti non potest: iniquum foret,
eum & rei usu carere, & integram persolvere pensio-
nem debere. Eâdem de re consulantur quoq; *Ioan.*
Francisc. à Ripa in tract. de privileg. contract. caus.
pest.num.22. Alex cons. 107. vol.3. Arnold. Ferronus
in consuet. Burdegalens. lib.1.8.§.3. Petrus Nicol. Mozz.
d. tr. de locat. c. de accidentalib. locat num. 6. Covarr.
d. tom.2. practicar.q.c.30. numer. 3. Antonius de Gam-
ma Decis. Lusit. 73 fol.68. Valascus d.tr. de jur. emphyt
q.27.num.2. & alii, ab illis allegati. Cæterùm de ist-
hoc, & similibus casibus jus nostrum renovatum
Würtembergicum ita disponit, *d. part. 2. tit.17. pag.*
298. Hingegen und obwol keiner von seinem Be-
stande vor Außgang verglichnen Zihls leichtlich
abweichen kan: So wirdt doch auch als dann dem
Beständer/vor dem Zihl vom Bestandt abzutret-
ten zu gelassen/wann er besorgen muß/das Bestand-
hauß falle ein: oder so er sonsten vmb fürfallender
Furcht und antrauender Gefahr willen/ als bey ein-
reissendem Sterbend/ Kriegsläuffen/ gefährlichen
wesen/ davon Anfangs dem Beständer nichts be-
wust gewesen/den Bestandt verlassen müsse. In
solchen und dergleichen Fällen (welche zu deß Rich-
ters Erkandtnuß stehen sollen) mag einer vor dem
Zihl auß der Bestandthausung wol ziehen: und ist
den Zinß länger und weiter nicht/als der Zeit nach/
gebrauchter Behausung/ zureichen schuldig. Sed
& eo casu conductor, quo in domo conductâ terris 84
imaginibus, nocturnis illusionibus & tumultibus in-
quietatus justam emigrandi causam habet; ita ut ex
eo tempore, quo hujusmodi tumultus excitati & spe-
ctra visa sunt, à præstatione pensionis liberetur. Hu-
jusque ratio manifesta est: quia cùm sine conducto-
ris culpa non liceat ipsi ædibus conductis tutò uti:
æquitati haud consonum esset, ab ipso integram pen-
sionem exigi: cùm pro usu rei præstari pensio soleat.
Ita decidit Didacus Covarruv. *lib.4. variar. resolut.* 85
cap.6. eumq; laudans Treutler. *d. vol.1. disp.29.th.5.*
lit. B. ibique Hunnius *in suis resolut.pag.1769.* Por-
rò, prædictis casibus advenientibus, conductor emi-
grare volens, necesse habet domino id denunciare, do-
mum evacuare, claves restituere, vel ritè deponere &
protestari: ut, *post alios*, tradidit Vicent Carocius *d.*
tract.locati & conduct.part. 3.t. de remission. merce-
dis.numer.47.& 51.pag. 309. Denique agit condu- 86
ctor contra locatorem, ad hoc, ut impensas tum neces-
sarias, tum utiles, in rem locatam factas restituat; aut
conductorem (ne ipsi suum officium sit detrimen-
tosum) tollere eas patiatur. *d l si quis domum. 9.§. 1.*
vers. idem quærit.d.l sed addes.19.§.si inquilinus.5. l.
dominus horreorum.55.§.1.l.cùm in plures.60.§. vehi
culum.8.cum l.seq.in pr.ff.locati.Cujac.lib 10.observ.
c.4.in fine.Cancerius part.3. var. resolut. jur.cap. 6.
numer.80.fol.151. Hinc vehementer controvertitur:
anne conductor sumptus, in rem conductam fructu- 87
um colligendorum causa factos, repetere à locatore
possit, quando ad perpetuam rei utilitatem facti sunt?
Et (nil remorante negativâ opinione Pauli de Ca-
stro, *in consil.270.lib.2.*) affirmantium sententia ve-
rissima videatur. Etenim conductor repetere potest
sumptus, qui cedunt in perpetuam utilitatem rei con-
ductæ. *d l. dominus horreorum.55.§.1. & l.colonus.61.*
in princ.ff.locati. Atqui tales sunt sumptus, de qui-
bus hîc agitur. Igitur conductor eos repetere pote-
rit. Et ita docent *Ruinus consil.135. lib.3. Rolandus à*
Valle consil.28.lib.1.hosq; referens Fachineus lib.1.con-
troversiar.jur.cap.85.& noviter Hunnius in resolut.
ad Treutler.vol.1.disp.29.th.7.q.22.pag. 1779.

Non infringit hanc sententiam, quòd sumptus il-
li, de quibus nunc quæritur, facti sint colligendorum 88
fructuum gratiâ: & ideò conductori restitui non de-
beant, *arg. l sumptus 48.ff. de rei vindicat. & l. fru-*
ctus.7.(aliâs l.divortio.) §.impendia.16.ff.soluto ma-
trimon. Hoc quippe intelligendum est de iis sum-
ptibus, qui solummodo fiunt in fructuum perceptio-
nem, veluti in arandum, serendum, & similia: non ve-
rò de illis sumptibus, qui simul spectant ad perpetu-

am rei utilitatem, nec ita soliti sunt fieri, neque ita sunt necessarii.

Sic quoque non obstat, quòd conductor sit obligatus ad omnia ea facienda, quæ pertinēt ad utilitatem & culturam agri. *l. si merces. 25. §. conductor. 3. ff. locati. Falsum* namque est, conductorem obligatū

90 esse ad ejusmodi sumptus faciendos. Licèt enim agrum colere teneatur: non tamen ad sumptus ingentes faciendos, quibus ille longè melior & pretiosior reddatur, adstringitur.

Similiter non adversatur, quòd conductor ipse uberiores fruct⁹ percipiat, si istiusmodi sumptus, qui ad perpetuam rei locatæ utilitatem pertinent, in rem conductā faciat, *arg. l. 1. §. ult. ff. de aquâ, & aqua pluv. arcenda.* Nam ratio habenda non est ejus utilitatis & commodi, quod conductor percipit occasione sumptuum, ad perpetuam utilitatem rei conductæ factorum: quia hoc commodum temporaneum est, & non perpetuum. Et si ratio ejus habenda esset: nunquam ejusmodi sumptus repeterentur: quia nunquam ferè accidere potest, ut res locata melior & pretiosior reddita, majora commoda & emolumenta nō afferat: & tamen certum est, hujuscemodi sumptus repeti posse: quoniam ipsa æquitas suadet, ut locator, qui ex illis perpetuam utilitatem percepturus est, locupletior non efficiatur cum detrimento & jacturâ conductoris: & consequenter onus illud refundendorum sumptuum ipsi conductori, sustineat. *l. secundùm naturam. 10. ff. de reg. jur. Fachin. & Hunn. locis præallegatis.*

91 Pro complemento hujus loci quæri poterit: quis collectas & tributa solvere teneatur, locatórne, an verò conductor? Et cùm certum sit, tributa, census & collectas ab iis solvi debere, qui rem jure proprio possident: rectè concluditur; locatorem qui solus possidet, teneri, & obligatum esse ad solvendas collectas & tributa, non autem conductorem, *arg. l. 2. C. de annonis & tribut. l. Imperatores. 7. ff. de publicanis & vectigal. l. hi, penes quos. 4. ibiq; Bart. C. de agricol. & censit. Alex. consil. 35. num. 1. vol. 4. Iason. in l. fructus. 7. num. 14 ff. soluto matrim & in l. 1. num. 30. & 32. C. de jur. emphyt. Natt. consil. 409. nu. 3. & seq. Belog. consil. 54. Bellon. consil. 27. num. 9. & 10. Paris. consil. 25 num. 10 vol. 1. quos citat & sequitur. Augustinus Morla pradicta part. 1. Emporij jur. t. 10. in præmissis. num. 37. Quibus adjiciendus est Acacius Antonius de Ripoll var. jur. resolut. d cap. 12. num. 255 fol. 400. ubi plures refert.* Tametsi conductorem ad longum tempus, ad collectas & tributa (ad instar emphyteutæ. *de quo infrà §. 3. numer. 392. & seqq.*) teneri, post alios, quos citat, existimet Alvarus Valascus *in tractat. de jur. emphyt. q. 17. num. 26. & seq.* item Vincent Caroc. *in tr. locati & conduct. part. 2. tit. de collectis. num. 7. pag* 134. & Caspar Klock *in tract. nomico-polit. de contribut. cap. 11 numer. 164. cum seqq. fol. 238. & seqq. ubi pluribus id declarat.* Vide quoq; aliter sentientem D. Besoldum & Coburgerum *in disput. inaugurali, de expensis. conlus. 75. ubi pro se allegans Garf. de expens. & meliorat. cap. 14 numer. 18. & Pinel. in l. 1. C. de bonis matern. part. 2. num. 72. in ampliat. 10.* Vide item Doctorem Mattam *tom 4. digestorum novissimorum. tit. collect. cap. 54. & seq.* Vide deniq; Dn. Bocerū, qui relatis & refutatis variis Interpretum opinionibus, rationibus non contemnendis concludit: nullum regulariter conductorem, ad contributionum sive collectarum onus sustinendū. iure cogi posse, *in tract. de jure collectarum cap. 10. n. 18. & seqq. pag. 139. cum multis seqq.* Addenda quoq; illa est quotidiana & utilis quæstio: Quis pedagium solvere debeat, conductor, vel locator? Et ita quidam distinguunt: Aut ex capitulis publicanorum sunt distincta pedagia, quæ imponuntur animalibus portantibus, & rebus portatis: & tunc dominus muli vel navis solvet pro navi vel mulo, & dominus de rebus portatis. Aut verò non sunt distincta pedagia; sed vectigal solvendum est pro somâ portatâ super animali: & tunc dominus rei in solidum tenetur. *l cùm in plures. 60. §. vehiculum 8. ff. locati conducti. Bald. in l. acceptam. 19. in quæst. 15. C. de usur. Imol. in c. indicâte. 4. col. 3. de testament. eorumq; referens. Carocius d. part. 2. tit. de vectigalibus. pag. 136.*

§. Et quæ supra diximus. 1.

Et quæ suprà diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit: eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Quâ de causâ si fulloni polienda, curandàve, ac sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede cōstituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit: non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

SVMMARIA.

1 *Vt in emptione certum pretium; ita in locatione certa merces constitui debet.*
2 *Actio præscriptis verbis ex quo contractu detur.*
3 *Quatuor contractuum innominatorum genera.*
4 *Plura sunt negotia, quàm vocabula.*
5 *Actiones, ex innominatis contractibus nascentes, quibus nominibus designentur.*
6 *Cur illa appellentur utiles, in factum, & præscriptis verbis.*
7 *Actiones ordinariæ sive directæ olim non integris verbis, sed notis tantùm in albo Prætoris proponebantur: actiones verò præscriptis verbis plenis & integris verbis à Prætore dabantur.*
8 *Hujus diversitatis ratio.*
9 *Locatio nunquid uno nummo fieri possit.*
10 *Vnus nummus precio opponitur.*
11 *Explicatur l. si ususfructus. 66. ff. de jure dot.*
12 *Perfecto locationis contractu, merces remitti potest.*

Vt

VT in emptione & venditione pretium debet esse
1 certum; nec subsistit emptio & venditio hoc
modo facta, quanti Titius rem æstimaverit sive arbi-
tratus fuerit, Titio pretium noo definiente: ita in lo-
catione & conductione certa merces debet constitui;
nec valet locatio & conductio, mercede io arbitrium
Titii collatâ, Titio mercedem non statuente. *§. sed &*
certum. 1. f. titul. proximo. l. si merces. 25. in princ. ff. lo-
cat. l. ult. C. de contrah. empt. & hoc §. nostro. Quare
si fulloni polienda vestimenta, vel sarcinatori sarcien-
da, nullâ certâ mercede statim constitutâ, dedero: lo-
2 catio & conductio non erit. Verùm quia oegocium
civile inter nos gestum est, re traditâ, acceptaque po-
liendâ: pro pactione oudâ non habetur, sed est con-
tractus, qui proprio nomioe caret, ex quo datur actio
in factum seu præscriptis verbis. *l. juris gentium 7. §. 2*
ff. de pact. l. si tibi polienda. 22. ff. de præscriptis verbis.
Vbi eleganter Cajus sic distinguit: ut, si gratis vesti-
menta polienda dederim, contractus sit mandati: si
mercede, si quidem protinus datâ, aut constitutâ, sit
locatio: si vero postea constituendâ mercede, sit con-
tractus innominatus; hoc est, talis contractus, qui
3 proprium & legitimum nomen non habet. Et hu-
jusmodi innominati contractus ad quatuor tantùm
rediguntur genera: do, ut des: do, ut facias: facio, ut
des: facio, ut facias. *l. naturalis 5. ff. de præscriptis verb.*
4 *&c. & expositum est s. in §. 1. tit. de obligationib.* Cur
autem hi contractus proprium ac certum nomen noo
habeant, sed circumscribantur, hæc est ratio: quia na-
turâ rerum conditum est, & inductum; ut plura sint
negocia, quàm vocabula, auctore Vlpiano *in l. natu-*
5 *ra. 4. ff. de præscriptis verbis, &c.* Sanè actiones quo-
que, quæ ex innominatis sive incertis his contracti-
bus nascuntur, nomine proprio vacant: & communi
omnes vocabulo trifariàm appellantur: actiones uti-
les. *l. cùm mota 6. in fin. C. de transactionib. l. 1. C. de pa-*
ctis conventis. l. quoties. 3. C. de donationib. quæ sub
modo. &c. io factum. *l. 1. §. 1 & §. ult. l. si tibi rem. 13. in*
princ. l. dub. 23 ff. de præscript. verb. l. 1. §. 1. ff. de rer. per-
mutat. & præscriptis verbis. *l. 2. d. l. 5. §. 2. l. 7. l. 8. &*
passim ff. de præscriptis verbis, & in factum actionib.
Et utiles quidem ideo nuncupantur: quia ad exem-
6 plum directarum, id est, nominatarum & usitatarum
actionum comparatæ sunt *l. 1. C. de rerum permutat.*
D. Bocer. class. 1. Disputat. 14. thes. 29. ad lit. b. edit. 1.
idq́; latiùs explicabitur ad §. ult. infr. de lege Aquil.
In factum verò dicuntur: quia ex facto ipso, & pro ra-
tione novæ conventionis verba concipiebantur: & de-
nique factum ipsum Prætori exponebatur. *Hotoman.*
hic enunciat. 4. Cujac. ad dict. l. juris gentium. 7. ff. de
7 *pactis.* Ratio porrò, cur eædem actiones etiam vo-
citentur præscriptis verbis, hæc probabiliter reddi
poterit: quòd actori per integra verba, non ut directæ
per notas, à Prætore præscriberentur. Exploratum
enim est olim actiones ordinarias sive directas, id est,
ex contractibus nominatis seu certis, in albo Prætoris
noo integris verbis, sed notis tantùm fuisse proposi-
tas. Verbi gratiâ: A. T. M. D. O. hoc est: ajo,
te mihi dare oportere: quæ est formula actionis in
personam. Contrà igitur actiones, quæ non notis,
sed plenis & iotegris verbis à Prætore dabantur &
præscribebantur, actiones præscriptis verbis sunt no-
minatæ. Cæterùm ratiooem, cur hæ integris ver- 8
bis, illæ ootis præscriberentur, hanc fuisse non ineptè
forsao quis existimaverit: quod illæ, utpote pervul-
gatæ, usitatæ, solennes & ordinariæ, ex literâ sive oo-
tâ statim cognitæ essent: hæ verò, ut incertæ, non nisi
ex facto, & apertâ atque dilucidâ verborum præscri-
ptione cognosci possent. *Istarum notarum reliquias*
videre est apud Valerium Probum & Petrum Diaco-
num in libell. de notis Romanor. Eâdem de re vide-
atur Gothofred. *ad Rubr. tit. ff. de præscript. verbis, &c.*
& Ritterhusius hic pag. 479.

Cùm autem ex hoc §. indubitatè constet; sine 9
certa mercede locationem & conductionem oon cō-
trahi: manifestum indę fit, eandem uno oummo fa-
ctam, locationem non esse: sed imaginem tantùm
quandam locationis habere, & donationis instar indu-
cere, *l. si quis conduxerit. 46. ff. locati.* Vnus siqui- 10
dē oummus mercedi sive precio opponitur. *l. si quis*
antè. 10. § fin. ff. de acquir. vel amitt. possess. Nec refra- 11
gatur *l. si usufructus. 66. ff. de jure dot.* ubi dicitur,
usumfructum mulieri uno nummo locari vel vendi
posse à marito. Nam actus isti imaginarii tunc admit-
tuntur, cùm id hominū utilitas exigit; ad quā omnia
referenda sunt, quæcunque jure & legibus continen-
tur. Atqui *in d. l. 66.* summa utilitas versatur. In eâ
coim quæritur de usufructu restituendo, qui datus est
io dotem marito ab extraneo. Difficilis est ratio hu-
jus restitutionis: quoniam nec domino propriétatis,
nec mulieri cedi potest. Non domino: propterea
quòd marito usumfructum in dotem dedit; atque
ideò & jus doti tributum, ut videlicet soluto matri-
monio mulieri illa restituatur, iotervertere nequit.
Non mulieri; quia proprietaria non est: atque hinc
petere oon potest restitutionem ususfructûs: quippe
qui simul ac finitus est, noo nisi ad dominum pro-
prietatis revertitur. *§. ult. s. de usufruct.* Ne itaq; re-
gulæ sibi invicem hoc casu obstent: necessitate ad
hanc imaginariam locationem sive venditionem re-
cursum est. Siquidem interventus nummi facit; ut
maritus magis commoditatem fructuum percipien-
dorum, quàm istum usumfructum transtulisse videa-
tur: & sic ususfructus non secus reputatur, ac si eum
maritus post divortium retineret. *l. arborib. 12. §. usu-*
fructuarius. ff. de usufruct. Duarenus ad d. l. si quis an-
tè. 10. ff. de acquir. vel amitt. possess. propè finem. Aru-
mæus Exercitat. Iustin. 14. thes. 1. Paulus Birent disp.
11. ad Institut. them. 2. quæst. 1. Hunn. lib. 3. var. resolut.
jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 3. pag. 1078 pluresq́; alii,
relati ad principium tit. supr. de empt. & vendit. n. 64
Verùm quatenus in locatione merces uno nummo
constituatur, uberiùs explanabimus *in §. adeò. 3. infr.*
hoc tit. numer. 246. Portò nihil impedit, quò minus,
perfecto hoc locationis contractu, merces mox re- 12
mitti possit: nec ob id contractus vitiatur. *l. si tibi ha-*
bitationem. 5 ff. locati conducti.

§. *Præterea.* 2.

Præterea sicut vulgò quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur: ita quæri solebat de locatione & conductione, si fortè rem aliquam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit: & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractûs: veluti, si cùm unum bovem quis haberet, & vicinus ejus unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit: neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit commodatum gratuitum: verùm præscriptis verbis agendum est.

SVMMARIA.

1 *Quemadmodum emptio non rebus contrahitur; sic nec locatio.*
2 *Commodatum debet esse gratuitum.*
3 *Utrùm merces in locatione duntaxat in pecunia numeratâ, an verò in quavis re fungibili consistere possit.*
4 *Examinatur & discutitur l. si olei. 21. C. de locato.*
5 *Pœnitentia in contractu innominato locum habet.*
6 *Emptio & locatio quatenus iisdem juris regulis definiantur.*
7 *In quibus emptio & locatio differant.*
8 *In locatione an & quatenus dominium transeat ad conductorem.*
9 *Periculum rei venditæ statim ad emptorem spectat: rei locatæ periculum ad conductorem non item.*
10 *Quatenus venditor rem venditam præcisè emptori tradere teneatur.*
11 *Quædam locari, non autem vendi possunt: & contra.*
12 *Consideratio l. 1. §. si quis servum. ff. depositi.*
13 *Pecuniæ appellatione quid contineatur.*
14 *Sensus & expositio l. naturalis. 5. §. at cùm do. ff. de præscript. verbis.*
15 *Consideratio l. insulam. 6. ff. de præscript. verb.*
16 *Instantia occurritur.*
17 *An, si aliquis mulierem vehendam navi conduxisset, deinde in navi infans ex eâ natus fuisset; ille ipsi nautæ, pro vecturâ istius pueri, speciatim quid solvere teneatur.*

1 Sicut emptio non rebus sive rerum permutatione contrahitur, sic nec locatio: & velut ibi aliud merx est, aliud precium; ita hîc aliud rem locatam, aliud mercedem esse convenit. *l. 1. ff. de rer. permutat.* In facti autem contingentiâ, cujus Justinianus hîc meminit, locati actio ideo non competit: quia certa merces non est constituta, sed permutatus rerum usus: neque etiam commodati agi potest; quoniam commodatum gratuitum esse debet. §. *item is, cui res aliqua.*
2 *2. in fin. f. quib. mod. re contrah. oblig.* At propositum negocium non est gratuitum. Neq; enim ego tibi gratis meum commodavi bovem per decem dies, sed eâ lege, ut tuum mihi bovem per decem dies vicissim commodares. Tu similiter non commodasti mihi tuum bovem gratis: sed propterea id fecisti, quòd ego jam antè tibi meum bovem eâ lege commodavi, ut mihi tuum vicissim commodares. Cùm ergo deficiant hîc vulgaria & usitata actionum nomina: si bos apud alterum culpâ alterius perierit, præscriptis verbis experiendum erit, *l. 1. 2. 3. & l. si gratuitam. 17. §. si cùm unum. 3. ff. de præscriptis verbis, &c.*

Etsi verò mercedem in locatione plerique Docto- 3
res in pecuniâ tantùm numeratâ, ut precium in emptione, consistere debere opinantur: *Accursius, Bartol. & alii in l. 1. §. si quis servum. ff. depositi. & in l. naturalis. 5. §. at cùm do. ff. de præscript. verb. & in l. si oleo. 21. C. de locato. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 3. num. 3. Mozzius in tract. de locat. & conduct. tit. de substantialib. locat. & conduct. num. 13. Ferrar. in forma libelli, quo agitur ad facti præstat. & rei relaxat. verb. florenos. num. 2. Donell. lib. 13. Comment. de jur. civ. c. 6 pag. 152. num. 50. & de præscript. verb. cap. 4. Fachineus lib. 1. controversiar. jur. cap. 82. Balduinus, Kling. Schneidevvin⁹, Mynsingerus, Eguinarius Baro, Giphanius, Schilbock, Marcilius, Thadæus Pis, Wolfi⁹, & alii in hoc §. nostro. Oldendorp. in progymnasmat. action. forens. class. 4. act. 9. Timæus Faber disput. anniversar. 24. ad Institut. Imperial. th. 6. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 19. ff. quæst. 3. p. 29. Maulius in tract. de locat. conduct. tit. 3. num. 6. Iustin. Schütz exercitation. jur. disp. 16. th. 12. lit. C. pag. 251. cum seq. Arumæus Exercitat. Iustin 14. th. 10. Forsterus lib. 3. Disp. 18. th. 8. Locamer. quæstionum juridicarum fascic. 39. quæst. 2. Schröterus decad. 8. diatrib. domesticar. qu. 4. Bachsvius hic num. 1. pag. 807. & in suis not. ad vol. 1. Treutleri, disp. 29. th. 3. lit. g. pag. 1109. & inibi Hunnius quæst. 12. pag. 1761. cum seqq. itemq; lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2 quæst. 2. pag. 1119. cum seqq. & in hoc §. nostro:* ego tamen cum Neotericis nonnullis putarim verius esse: mercedem non solùm in numeratâ pecuniâ, sed in quavis etiam re aliâ fungibili (quæ scilicet pondere, numero, mensuravé constat) consistere posse. Hæcque sententia primò probatur *ex l. & hæc distinctio. 35. ff. locati.* Ex cujus legis finalibus verbis apertè colligitur: tunc etiam conductionem esse, quando fructus mercedis causa præstantur. Deinde *ex l. licèt. 8. C. de locato.* ubi verba illa, *certis annuis quantitatibus*, in plurali numero posita perspicuè ostendunt: mercedem non solùm in pecuniâ numeratâ, sed aliâ qualibet quantitate consti-
tui posse. Tum *ex d. l. si olei. 21. C. eod.* ubi certa 4
mensura olei pro mercede est constituta, & nihilo tamen minùs locatio contracta esse dicitur. Idque necessariò ex illis evincitur verbis, quibus affirmatur, conventionem istam bonæ fidei esse. Non potest autem esse bonæ fidei, si est contractus innominatus, do ut des: ut Dd. vulgò, sed malè, sentiunt. Sequitur ergo, nominatum esse contractum; adeòque id genus conventionis ad locationem referendum esse. Quod evidenter etiam arguunt illa legis verba, *si locasti*: ut taceam, id omnino exigere titulum, sub quo lex est collocata, qui *de locato* inscribitur. Sed & in eâdem lege rescribitur: non posse ampliùs ab eo contractu recedi. Quod rursus argumentum præbet certissimum; conventionem illam contractum nominatum, & consequenter
veram locationem esse. Si enim contractus esset in- 5
nomi-

nominatus: pœnitentia locum haberet, re adhuc integrâ, *juxta l. si pecuniam. 5. ff. de condict. causa. dat. caus. non seq.* Denique eòdem non parùm faciunt *l. sed addes. 19. §. si dominus. 3. l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locati. & l. si pascenda. 8. C. de pactis.*

6 Non obstat huic sententiæ, quòd dicitur *in principio hujus tit. & in l. 2. ff. locati.* emptionem & locationem iisdem juris regulis consistere sive definiri. Jam verò in emptione precium tantùm in pecuniâ numeratâ constituendum est. *§. item pretium. 2. f. tit. proximo. l. 1. §. 1. ff. de contrah. empt.* Idem igitur in locatione dicendum: ut videlicet non in re aliâ, quàm pecuniâ numeratâ merces constitui possit. Non obstat, *inquam.* Nam confertur ibi emptio cum locatione secundùm quid, non simpliciter; nimirum duntaxat quoad modum perficiendi. Vt enim emptio & venditio perfecta censetur, quamprimùm de precio convenerit: ita etiam locatio & conductio perfecta intelligitur, si merces constituta sit. Et ut rem planiùs exponam; locatio & venditio iisdem quidem regulis in genere definiuntur, sed non in omnibus individuis. Aliàs etenim, si per omnia idem jus in locatione esset, quod in venditione; unus idemque contractus esset locatio & venditio: quia quæ nihil differunt, unum ac idem sunt. Emptio itaque & locatio iisdem juris regulis consistunt, quatenus scilicet id utriusque contractus par ratio & natura patitur. Multæ siquidem sunt juris regulæ, quæ utrique pariter convenire nullo modo
7 possunt. I. In emptione precium; in locatione merces intervenit, *ut patet ex d. l. 2. ff. locati, & principio hujus tituli.* II. In emptione transit possessio; & si venditor est dominus, etiam dominium: si non est dominus, jus & potestas habendi, aut conditio usucapiendi. *l. 1. ff. de rer. permutat. l. cùm manu. 80. §. ult. ff. de contrah. empt. l. ex empto, 11. §. & in primis. 2. l. servus. 30. §. si sciens 1. ff. de actionib. empti. l. 2.*
8 *& tot. tit. ff. pro emptore.* In locatione tantùm usus transit ad conductorem; non verò possessio, & multò minùs dominium *l. non solet. 39. & l. cùm in plures. 60. § 1. ff. locati. l. convenit. 65. ff de contrah. empt. l. non solùm. 33. §. quod vulgò. 1. ff. de usurpat. & usucap. & fusius explicatur ad §. 3. infr. hoc tit. num. 97. & seq.* Quamvis ex accidenti (non ex naturâ locationis) quandoque fiat, ut & in locatione dominium mutetur: veluti cùm agitur, ut non eadem, sed ejusdem generis, res reddatur. *l. in navem Saufeij. 31. ff. locati. quam legem egregiè explicuit Cujac. lib. 7. observat. cap. 39. & Valtejus in princip. hujus tituli.*
9 *num. 15.* III. Periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet. *§. cùm autem emptio. 3. f. tit. praecedente. l. id, quod post. 7. l. necessariò. 8. l. si vendita. 11. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. quod sæpe. 35. §. si res. ff. de contrah empt. l 1. 4. & 5. C. de peric. & commod. rei vend.* At non æquè rei locatæ periculum ad conductorem spectat. *l. si quis domum. 9. §. si colonus. 3. cum §. seq. l. ex conducto. 15. §. 2. l. si merces.*
10 *25. §. vis major. 6. ff. locati.* IV. Venditor rem ipsam venditam præcisè tenetur emptori tradere, si ejus tradendæ facultatem habet. *l. ex empto. 11. §. 2. ff. de actionib. empti. §. alia autem. 2. vers. & ad exemplum. f. de donationib. l. non est probabilis. 6. C. de rescind. vend. Pinelus in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. num. 25. Bocer. in tractat. de investitura feud. cap. 2. numer. 27. & seqq. pluresq; alii, quos citavimus ad princip. tit. numer. 48. supr. de empt. & vend. item in parte poster. Disputationum nostrarum. Disputat. 9. de empt. & vend. thes. 8.* Locator autem non rarò à præstatione rei liberatur. *l. ade. 3. C. de locato.* V. Emptioni fit satis, si res semel tradatur: nec amplius ex empto eo nomine agi potest. *l. qui pendentem. 25. in finem. ff. de actionib. empt. l ab emptione. 58. ff. de pact.* Ast ex conducto sæpiùs potest agi, ut res tradatur, nempè quoties ea frui non licet *d. l. si quis domum. 9. d. l. ex conducto. 15 §. 1. ff. locati.* VI. Quædam locari possunt, non autem vendi: ut res alienari 11
prohibitæ. Et rursus quædam vendi possunt, non item locari: ut servitutis jus vendi potest: locari verò non potest. *l. locare servitutem. 44. ff. eod. De his, cæterisq; inter emptionem & locationem differentiis Balduinus & Mynsinger. hic, num. 4. aliiq; Interpretes tractant.*

Præterea nostram assertionem non frangit *d. l. 1.* 12
§. si quis servum 9. ff. depositi. ubi Vlpianus asserere videtur, locationem non esse, quando pecunia non intervenit. *Pecunia* namque verbum in illo textu non strictè pro pecuniâ numeratâ, sed pro aliâ re quavis, aut saltem pro re fungibili, est positum, *ut accipitur in l. 2. §. 1. juncto §. creditum. vers. item mutuum. ff. de reb. cred.* Pecuniæ enim verbum, non solùm numeratam pecuniam complectitur: verùm 13
omnem omnino pecuniam, hoc est, omnia corpora. Nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo est, qui ambigat, *inquit IC. in l. pecuniæ. 178. & 222 ff. de verb. signif.* Pecuniam igitur sic generaliter acceptam Vlpianus *in d. §. si quis servum.* ad mercedem locationis necessariam esse dicit, & ex adverso haud obscurè ostendit; ubi non pecunia, sed factum aliquod præstatur, non posse factum istud pro mercede haberi: & consequenter locationem non contractam censeri. Hucque referantur annotata *ad § præterea. 3. num. 86. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.*

Eandem quoque conclusionem non evertit *f. allegata l. naturalis. 5. §. at cùm de. 2. ff. de præscriptis verbis.* ubi Paulus apertis verbis in locatione pecuniam 14
requirit: & ne quis fortè priori responsione utatur, & dicat, pecuniam ibi in genere, pro quibuscunque rebus in quantitate consistentibus, accipi: subdit JCtus, pecuniam requiri, sicut in venditione: in quâ pecuniam requiri numeratam, nullum est dubium. *d. §. item pretium. 2. f. tit. proximè præcedente.* Etenim respondetur: similitudinem illic inter locationem & emptionem non per omnia institui: sed hunc esse ejus loci sensum: sicut conventione certæ mercis & pecuniæ emptio contrahitur: ita ex conventione pecuniæ dandæ pro facto, quod locari solet, locatio resultat. Non autem ibidem dicitur, quòd pecunia numerata sit de substantiâ locationis: sed quod

uterque contractus solâ conventione contrahatur: emptio scilicet, si de merce & pretio convenit; locatio verò, si de pecuniâ dandâ pro facto, quod locari consuevit, convenit. In hoc tantùm casu hi duo contractus conferuntur, non in aliis: atq; adeò utrùm sicut in emptione est pecunia numerata, ita etiam in locatione esse debeat, ibi non explicatur. Idq; uberius explicat Vultejus *in principio hujus tit. num.* 21.

15 Denique non officit huic decisioni *l. insulam.* 6. *ff. de præscript. verb.* ubi Neratius in hæc verba scribit: *Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi: respondit, nullam esse venditionem: sed civili intentione incerti agendum est.* Vnde evinci posse videtur, locationem ibi non fuisse, eò quòd merces in pecuniâ numeratâ non fuerit: maximè attentâ receptâ regulâ, quæ ex eâ l. colligitur, ut nomen à partibus expressum non attendatur, sed qualitas conventionis. Non, *inquam*, lex illa officit. *Tum* quia JC. ibi principaliter intendit, non esse attendendum nomen conventionis, à partibus expressum. *Tum* quia forsan ex nomine venditionis, à contrahentibus expresso, perspicitur: eos de locatione non agere: & ideò in dubio censetur contractus innominatus, *juxta l.* 1. *versic. quotiens. ff. de æstimatoriâ act.* Tum etiam quia in istâ lege non resultavit locatio, propterea quòd non constabat, artificem esse eum, qui ad refectionem insulæ obligatur. Si quispiam dixerit, hoc divinatorium esse: replicari poterit, non minùs divinatorium esse intelligere, quòd artifex esset: & multò majorem esse
16 numerum non artificum. Si instet aliquis: ad quid ergo obligaretur, si artifex non esset? Respondetur: eum obligari ad reficiendum per artifices curâ & expensis propriis, *arg. l. fideicommissa.* 11. §. *ult. ff. de legat.* 3. Et hanc sententiam, utpote juris rationibus magis consonam, contra communem probat & amplectitur, *post Salicetum. num.* 2. *in d. l si olet.* 21. *C. de locato.* Corasius *lib.* 2. *Miscellan. jur. cap.* 11. Quem sequuntur Arius Pinelus *in Commentar. ad l.* 2. *C. de rescind. vendit. part.* 2. *Rubr cap.* 3. *num.* 28. *& seqq. Wesenbec. in paratit. ff. locati. num.* 7. *Connan. lib.* 7. *Commentar. jur. civil. cap* 11. *num.* 1. *Vultejus num.* 18 *Heigius num.* 16. *& Anton. Matth in princip. hujus tit. D. Bocer. in Commentar. ad l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. cap.* 4 *numer.* 90. *edit.* 2. *pag.* 173. *cum seq. Pacius in Epitom. jur. Disp.* 14. *th* 23. *lit. b. Cujac. tract.* 8. *ad African. in expliceat leg & hac distinctio.* 35. §. 1. *ff. locati. Paulus Berens. disp.* 11. *ad Instit. them.* 2. *quæst.* 2. *Vngepaur. exercit. Iustin.* 12. *quæst.* 5. *in nego. pag.* 455. *cum seq. edit. ult. Bronchorst. cent.* 1. ἐναντιοφανῶν. *assert.* 94. *edit.* 1. *Menoch. remed.* 3. *adipiscend. possess. numer.* 93. *Borcholt. de pact. cap. ult. numer.* 16. *Treutler. d. disp.* 29. *vol.* 1. *th.* 3 *lit. g. Hackelman. illustr. question. Disp.* 11. *th* 11. *lit. e. Matthias Stephani cent.* 3. *quæst.* 73. *Plebst. Disp.* 2. *de jure topico Wirtenberg. th.* 51. *lit. b. Schegkius in delibatis jur. Disp.* 18. *th.* 51. *lit. b. Hœnonius qu. seu controvers. juris illustr. Disp.* 16. *controv.* 16. *Roberus Disp.* 17. *th.* 7. *Knipschildt exercitat. Acad.* 9. *quæst.* 1. *pag.* 321. *cum seq. Petrus Augustinus Morla in Emperio juris utriusq. part.* 1. *tit.* 10. *de locato & conducto. in præmissis. numer.* 5. *aliiq. per hunc relati.* Vide istam controversiam distinctione inter locationem *fruendi & faciendi* explicantem Gregorium Lopez. *lib. sing. animadvers. jur. civil. cap.* 15. *num.* 4. Hilligerum *in Donello enucleat. lib.* 13. *cap.* 6. *sub lit. I. & K.* hosque laudantem Riemerum, *decad.* 11. *quæst. illustr.* 1. *num.* 3.

Illud quasi παρέργως hic quæritur: si quispiam mulierem vehendam navi conduxisset; deinde in navi infans ex eâ muliere natus fuisset: an ille sit obstrictus nautæ, ut ipsi pro vecturâ istius pueri speciatim aliquid solvat? Quod negandum reor: Tum quia & ante partum in ipsa navi fuit infans, ut ita nihil novi oneris intulisse, sed illæsum quodammodo transportasse mulier existimetur. Tum quia neque vectura infantis magna est, neque his omnibus utitur, quæ ad navigantium usum parantur. *l. sed addes.* 19. §. *si quis mulierem.* 7. *ff. locati.* Idem dicendum est, si è contrario in navi aliquis sit mortuus: siquidem nec pro eo vectura debetur. *l. fin. in princ. ff. ad l. Rhod. de jact. Gothofred. ad d. l.* 19. §. 7. *ff. locati. Matth. Stephani. d. cent.* 3. *sub quæst.* 73. *in fin. ubi allegat etiam Franciscum Pful. cent.* 1. *resp.* 58. 17

§. *Adeò autem.* 3.

Adeò autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio: ut in quibusdam causis quæri soleat, utrùm emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut ecce de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neq; heredi ejus, cuivé côductor, heresve ejus id prædiû vêdiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliôve quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractûs propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus. Sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum: tunc, siquidem totius rei interitus accesserit: ad dominum super hoc redundare periculum. Sin autem particularis: ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.

SVM-

SUMMARIA.

1 *Emphyteusis unde derivetur.*
2 *Emphyteusis in quibus rebus locum habeat: & n. 8. & 88. & 138. & seqq.*
3 *Emphyteuta quis, & jus, quod habet, quomodo appelletur: & num. 94.*
4 *Definitio emphyteuseos, ejusq; accurata & diligens explicatio.*
5 *Proprium contractûs est, suâ vi ac virtute obligationem parere.*
6 *Olim Emphyteusis quibusdam Iurisconsultis emptio, aliis verò locatio videbatur.*
7 *Emphyteusis in quibus differat à locatione.*
8 *Locatio etiam in rebus mobilibus; emphyteusis tantùm in immobilibus constituitur: & num. 138.*
9 *Emphyteuta servitutem fundo emphyteutico imponere potest: non item conductor rei locatæ.*
10 *Conductor mercedem in compensationem usus; emphyteuta verò canonem in recognitionem domini solvit. & n. 113.*
11 *Quomodo emphyteusis distet & distinguatur ab emptione.*
12 *Quæ res in emptionem veniant, & per eam quid transferatur.*
13 *Pretium in emptione consistit solùm in pecuniâ numeratâ: at pensio in emphyteusi, etiam in quantitate consistere potest.*
14 *D. Boceri argumenta, negantis emphyteusin contractum esse, referuntur & confutantur.*
15 *Quibus modis emphyteusis constituatur.*
16 *Emphyteuseos nomine quid significetur.*
17 *Emphyteusin esse contractum juris gentium, demonstratur.*
18 *Ad appellationem juris gentium quid requiratur.*
19 *Ius gentium quid sit.*
20 *Apud quos populos contractus emphyteuticus in usu fuerit.*
21 *Contractus emphyteuticus Sibyllâ Cumanâ antiquior.*
22 *Emptio & locatio juri gentium annumeratur.*
23 *Contractus omnes quo jure introducti.*
24 *Regula standum, donec de exceptione doceatur.*
25 *Qui contractus sint juris civilis.*
26 *Zeno Imp. quid contractui emphyteutico tribuerit.*
27 *Nomen non dat esse rei; sed exprimit, quod jam in rerum naturâ existit.*
28 *Emptio & cæteri contractus nominati solo nomine concipiuntur & perficiuntur: contractus innominati non æquè.*
29 *Omnis dispositio juxta disponentis consuetudinem interpretanda.*
30 *Dispositio interpretans secundùm terminos interpretati intelligenda.*
31 *Num per vocabulum* Conceptionis *(in l. 1. C. de jur. emphyt.) scriptura significetur.*
32 *Quatenus emphyteusis (in d. l. 1. C. eod. t.) dicatur justus & validus contractus.*
33 *Declarans rem, cui assimiletur.*
34 *Verba hujus §. (ac si naturalis esset contractus) quomodo accipienda.*
35 *Pacta naturam contractibus tribuunt.*
36 *Quoties juri gentium quid additur, vel detrahitur; jus civile efficitur.*
37 *Substantia contractûs & cujusque rei in jure quid sit.*
38 *Natura contractûs quid.*
39 *Vt accidens est vel separabile, vel inseparabile: ita & in jure natura alicujus rei alia est separabilis, alia inseparabilis.*
40 *De substantiâ, itemq; de naturâ emphyteuseos quæ sint.*
41 *Quæcunq; contractui adjiciuntur, ejusdem naturæ & qualitatis censentur.*
42 *Qualitates sive accidentia substantiam rei non mutant, aut alterant.*
43 *A potentiori facienda denominatio.*
44 *Cur emphyteusis sit contractus nominatus.*
45 *Quatuor contractus innominati.*
46 *Ex contractibus nominatis propria & specialis competit actio.*
47 *Ex contractu emphyteutico competit actio emphyteuticaria.*
48 *Pœnitentia an & quatenus tum in nominatis, tum innominatis contractibus locum inveniat.*
49 *Quare emphyteusis sit contractus bonæ fidei.*
50 *Mixta sapiunt naturam suorum simplicium.*
51 *Pacta contractibus stricti juris apposita, tantùm ad excipiendum prosunt, non ad agendum.*
52 *Qui contractus bonæ fidei censeantur.*
53 *An & quatenus omnes bonæ fidei contractus contineantur in §. actionum. 28. Instit. de actionib.*
54 *Non verba tantùm, sed sententia legis spectanda.*
55 *Emphyteusis cur solo consensu perficiatur.*
56 *Nunquid ad contractûs emphyteutici substantiam traditio requiratur.*
57 *An scriptura ad ejusdem contractûs substantiam præcisè sit necessaria.*
58 *Scriptura ad rei gestæ fidem necessariò non exigitur.*
59 *Regulæ adhærendum, donec exceptio probetur.*
60 *Argumentum à feudo ad emphyteusin validum.*
61 *In feudali contractu scriptura non omninò desideratur.*
62 *Inter contractum emphyteuticum & inter venditionem locationemq; magna similitudo & familiaritas.*
63 *Pacta servare custodireq; debent.*
64 *In perpetuâ rei ecclesiasticæ emphyteusi scriptura necessaria: in temporaneâ non item.*
65 *Consideratio & sententia Nov. 7. in præfat.*
66 *Reprehenditur Cacheranus.*
67 *Scriptura frequenter in contractu emphyteutico adhibetur.*
68 *Refellitur D. Bocerus, existimans; per* monumentorum gesta *tantùm significari publicam scripturam.*
69 *Generali monumenti appellatione quid comprehendatur.*
70 *Consideratio l. census. 10 ff. de probationib.*
71 *Consuetudo optima legum interpres.*
72 *Opinioni à consuetudine approbatæ standum.*
73 *Ablativorum absolutorum natura & proprietas.*
74 *Conditio ad unguem servanda est, nec per æquipollens adimpleri debet.*
75 *Dos pacto nudo constituitur.*
76 *Pactorum conventio absque scripturâ subsistit.*
77 *Absurditas evitanda.*
78 *Ablativi absolutè positi non semper conditionem inducunt.*
79 *Argumentum à contrario sensu quando non procedat.*
80 *Scripturæ cur fiant.*
81 *Contractus emphyteuticus quomodo probetur.*
82 *Ex præstatione canonis ipse contractus præsumitur: ubiq;, quâ nam in re, differentia specifica & forma contractûs emphyteutici consistat, demonstratur.*
83 *Vtrùm in distractu, per quem ab emphyteusi constitutâ receditur, scriptura desideretur.*
84 *Quæ solennitas requiritur in contrahendo, requiritur etiam in dissolvendo.*
85 *Emphyteusis à domino constituitur.*
86 *Nemo plus juris in alterum transferre potest, quàm ipse habet.*
87 *Dominus quis hic intelligatur.*
88 *Contractus emphyteuticus tantùm locum habet in prædiis.*
89 *Vsusfructus etiam in rebus mobilibus consistit.*
90 *Agri vectigales, & agri emphyteuticarii qui dicantur.*
91 *Quorum definitiones eædem sunt: ea quoq; inter se esse eadem oportet.*
92 *Primæva contractûs emphyteutici natura.*
93 *Emphyteusis in dubio perpetua judicatur.*
94 *Ius emphyteuticum quibus nominibus designetur.*
95 *Emphyteusis etiam ad tempus concedi potest.*
96 *Naturalibus alicujus contractûs mutatis, substantia ipsius non subvertitur.*
97 *Ecquid locatio ad longũ tempus facta, in emphyteusin degeneret.*
98 *Propriâ conventionis formâ contractus ab invicem distinguuntur.*
99 *Locationis natura quæ.*
100 *Consideratio l. qui rem propriam. 20. C. de locato.*
101 *Sententia l. 1 §. quod ait. 3 ff. de superficiebus.*
102 *Vtiles in rem actiones cur ita dicantur.*
103 *Cur ex locatione, ad longum tempus factâ, detur in rem utilis actio.*
104 *Pensio emphyteutica quomodo appelletur.*
105 *Annuâ pensione contractus emphyteuticus ab aliis discernitur.*
106 *Num pensio emphyteutica in solâ numeratâ pecuniâ, an etiam in re alia, consistat.*
107 *In emptione - venditione pretium in sola pecunia numerata solvendum.*

108 Explanatio l. penult. C. de diversis prædiis urban. & rusticis templor.
109 Pecunia nervus belli.
110 An dominus, si emphyteuta pro tribus aut quatuor annis futuris pensionem solvere velit, eam recipere cogatur.
111 Pensio emphyteutica, in fine cujusque anni integra solvenda.
112 An & quatenus emphyteuta canonem suis sumptibus ad ædes domini portare teneatur.
113 Emphyteuta principaliter, in domini recognitionem, canonem præstat.
114 Finis emphyteuseos.
115 Emphyteusis quare dicatur melioratio.
116 Conductor, male in re conducta versans, expelli potest.
117 Emphyteuta similis est fructuario.
118 Ad constitutionem emphyteuseos quid requiratur.
119 Emphyteusis quotuplex.
120 Emphyteusis civilis sive secularis quid.
121 Ecclesiastica emphyteusis quæ.
122 Emphyteusis nova quæ: quæ item antiqua.
123 Qui emphyteusin constituere possint.
124 Quilibet rerum suarum moderator & arbiter: & num. 280.
125 Cui licet, quod majus est; ei etiam minus licebit.
126 An pupillus & minor prædia sua in emphyteusin alicui dare possint.
127 Fundo pupilli seu minoris servitus imponi nequit.
128 An minor 25. annis, curatorem habens, sine ejus consensu emphyteusin promittendo efficaciter obligetur.
129 Adolescentes prædia sua nullo modo, sine decreto, alienare possũt.
130 Minor, curatorem habens, non absimilis est prodigo.
131 Stipulatio omnibus contractibus adlabetur.
132 Interpretatio, leges elusorias reddens, fugienda est.
133 Declaratio l. puberes. 101. ff. de verb. obligat.
134 Num pupillus & minor, sine auctoritate tutoris & curatoris, prædium aliquod in emphyteusin accipere valeant.
135 Contractus emphyteuticus an & quatenus sit causa lucrativa.
136 Præstatio annua inter immobilia computatur.
137 Quando minor contractum approbare queat.
138 Quo iure emphyteusis constituatur.
139 Ecquid agri fertiles & culti in emphyteusin concedantur.
140 An etiam prædia urbana in emphyteusin deduci possint.
141 Ædes vectigales quæ appellentur.
142 Hunnii opinatio reiicitur: ut & D. Boceri.
143 Res non solùm immobiles, sed & solo cohærentes, unà cum solo in emphyteusin dantur.
144 Quæ res solo cohærere dicantur.
145 Multa accessoriè permittuntur, quæ principaliter prohibentur.
146 Utrùm arbores in emphyteusin concedi possint.
147 Aliud est jus emphyteuticum, aliud jus superficiarium.
148 Oliveto vel vinea in emphyteusin data, ipsum quoque solum datum putatur.
149 Num fundo simpliciter, pro dimidiâ parte in emphyteusin dato, arbores etiam pariter dimidia contineantur.
150 Arbores pars soli censentur.
151 Nunquid feudi in emphyteusin concessio valeat.
152 Concessio in emphyteusin est alienatio.
153 Omnis feudi alienatio prohibita.
154 Feudum impropriũ in quibus naturam feudi proprii sequatur.
155 Cur subinfeudatio sine consensu domini sit licita: non vero datio in emphyteusin.
156 Cur vasallus res feudales in emphyteusin tradere queat.
157 An concessio emphyteutica teneat, si vasallus rem feudalem ea lege in emphyteusin concedat, ut dominium utile in suscipientem non transeat.
158 Venditio, quâ agitur, ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit.
159 Commoditas fructuum, quæ ad longum tempus transfertur, pro verâ alienatione in materiâ prohibitivâ habetur.
160 Ecquid bona majoratûs in emphyteusin rectè concedantur.
161 Resoluto jure datoris, resolvitur jus accipientis: & n. 371.
162 Bonorum majoratûs in perpetuam emphyteusin facta concessio, an & quatenus valeat.
163 Utile per inutile in separabilibus non vitiatur.
164 Res Ecclesiæ, sine legitimis solennitatibus, in perpetuam emphyteusin, etiam bene de Ecclesiâ merito, concedi nequeunt.
165 Idque procedit, etiamsi fundus sterilis, vel saxosus; secus, si exiguus, vel ultra hominum memoriam incultus fuerit.
166 Utrùm rei ecclesiasticæ in emphyteusin datio, sine debitis solennitatibus facta, jure subsistat, si ea cum Ecclesiæ utilitate conjuncta sit.
167 Pupillus sine tutoris auctoritate hereditatem, quantumvis lucrosam, adire nequit.
168 Sensus & intellectus l. non eò minus. 14. C. de procuratoribus.
169 Acceptilatio, cum pupillo sine auctoritate tutoris facta, valet.
170 Enodatio l. cum hi, quibus. 8. §. eam transactionem. 6. ff. de transact.
171 Si constitutio emphyteuseos, ob defectum consensus capituli sive Papæ, irrita dicatur: ratihabitione ipsius valida efficitur.
172 An Pontifex suâ ratificatione emphyteuticam concessionem adeo roborare queat, ut emphyteuta invitus emphyteusin habere cogatur.
173 Usufructuarius, invito domino, usumfructũ relinquere potest.
174 Vasallus sine domini voluntate, rectè feudum refutat.
175 Favori suo renunciare cuilibet permittitur.
176 Solennitatibus legitimis adhibitis, res Ecclesiæ in emphyteusin ita dari possunt, ut etiam ad extraneos ipsius emphyteutæ heredes emphyteusis illa transeat.
177 Consideratio Novell. 7. c. 3. in princ. & n. 186.
178 Emphyteusis ecclesiastica ad extraneos heredes transit, si data sit Titio, & quibuscunque ejus heredibus.
179 Particula, quibuscunque omnes omnino complectitur.
180 Nunquid emphyteusis ecclesiastica Titio, ejusque heredibus simpliciter concessa, etiam ad extraneos Titii heredes descendat.
181 Heredis nomen generale, extraneos quoque heredes continet.
182 Paciscens, quibuscunque heredibus suis pacisci intelligitur.
183 Servatis debitis solennitatibus, res ecclesiastica licite alienatur.
184 Genuina emphyteuseos ecclesiasticæ natura.
185 Quævis emphyteusis sui naturâ est perpetua.
186 Explicatur Novell. 7. c. 3.
187 Naturalia cujusque rei, per se inesse creduntur.
188 Emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum alicui tribui potest.
189 Emphyteusis ecclesiastica, absque mentione heredum data, an ad tertiam duntaxat generationem concessa præsumatur.
190 Heres una persona cum defuncto reputatur.
191 An & quatenus prælatus rem ecclesiasticam, in emphyteusin dari solitam, ad ecclesiam reversam, sine legitimis solennitatibus alicui in emphyteusin dare possit.
192 Emphyteusis prius singulari personæ data, postea civitati vel potentiori dari nequit.
193 Civitas aut Collegium nunquam mori intelligitur.
194 Difficilius his potentioris, quam homini plebejo intenditur.
195 Si emphyteusis solita sit dari usque ad certam generationem; illam Prælatus in perpetuum alicui concedere non poterit.
196 Num Prælatus rem emphyteuticam, ad Ecclesiam reversam, consanguineis suis denuo in emphyteusin tradere valeat.
197 Redarguitur Panormitanus.
198 Consideratur c. relatum. 12. §. licèt de testament.
199 Prælatus rerum ecclesiasticarum usufructuarius censetur.
200 Consuetudo stricti juris est, nec de casu ad casum extenditur.
201 Exponitur c. dilecto filio. 25. in princ. de præbend.
202 Præbenda cur inventa.
203 Prima liberalitas, circa proximos operari debet.
204 Enarratur c. 1. de investiturâ vet. & novo benef. vers. ult. tit. 98. l. 2. F.
205 Argumentum à contrario sensu quandonam procedat.
206 Identitas rationis fortior est argumento à contrario sensu.
207 Alienatio bonorum Ecclesiæ, a prælato in consanguineum facta, an & quatenus ad fraudandam Ecclesiam interposita videatur.
208 Utrùm dominus emphyteusin, ad certam generationem datam, eâ finitâ, proximus emphyteutæ cognatis deferre & renovare teneatur.

209 Ne-

209 *Nemo compelli potest, ut certo alicui locet vel vendat.*
210 *Sua quisque rei moderator & arbiter.*
211 *Explanatur l. 1. C. de metallariis, & metallis.*
212 *Consideratur l. si in emptionem. 35. ff. de minorib.*
213 *Enodatur l. congruit. 4. C. de locat. prædior. civil. &c.*
214 *Conductores rerum fiscalium quando post finitam conductionem, de novo conducere compellantur.*
215 *Discutitur l. 1. §. permittitur 41 ff. de aq. quotid. & æst.*
216 *Intellectus l. 1. ff. de privileg. credit. & l. Imperator. 60. ff. de pactis.*
217 *Sensus l. jubemus. 3. §. & filios advocatorum. C. de advocat. divers. judicum.*
218 *Utrùm res ecclesiastica, in emphyteusin concedi solita concessio, non planè consueto modo interposita, omnimodo censeatur inutilis, an verò valeat, quatenus fieri potuit.*
219 *Quatenus utile per inutile non vitietur: & num. 327.*
220 *Tot putantur esse concessiones, quot sunt generationes.*
221 *An vasallus si feudum, quod possidet, alia lege, quàm ipse habet, alii concesserit, illud amittat.*
222 *Opinio, ultimo loco relata, approbata intelligitur.*
223 *Sententia c. un. in extravagantib. communib. tit. de rebus Eccles. non alienand.*
224 *Examinatur Novell. 7. c. 3. in fin. princ. & c. 7.*
225 *Mens Clement. 1. vers. si quis autem. de reb. Eccles. non alienand.*
226 *Interpretatio l. si non sortem. 26. §. si centū. ff. de condict. indeb.*
227 *Limitatio præcedentis conclusionis.*
228 *Quibus modis emphyteusis constituatur.*
229 *Quomodo constituatur rectè ultimâ voluntate.*
230 *Pater uni ex filiis emphyteusin suam testamento relinquere potest.*
231 *Quâ actione emphyteusis testamento relicta, petenda sit ab herede constituentis.*
232 *Præscriptione quomodo emphyteusis acquiratur.*
233 *Feudum 30. annis præscribitur.*
234 *Pactionibus quomodo constituatur jus emphyteuticum.*
235 *An de substantiâ contractûs emphyteutici sit, ut ultra pensionem certa quantitas, pro introitu contractûs, ab emphyteuta domino solvatur.*
236 *Non plus ad formam alicujus actûs exigendum est, quàm lex ipsa exigit.*
237 *Nulla emptio sine pretio consistit.*
238 *In quo potissimùm emphyteusis & venditio inter se conveniāt.*
239 *Verus intellectus l. ult. vers. penult. C. de jure emphyteut.*
240 *Consideratio Auth. qui res. C. de SS. Eccles.*
241 *Sententia l. privata. 10. Cod. de excusationib. muner.*
242 *De substantiâ contractûs emphyteutici est, de pensione in recognitionem dominii solvendâ conventio.*
243 *Pacta contra substantiam contractûs inita, ipso jure nulla.*
244 *Ex postfacto pensionis remissio fieri potest: ubi q; D. Wolffius, conventionem de præstandâ pensione, esse de formâ & substantiâ emphyteuseos negans, latè confutatur.*
245 *Nunquid pensio, quotannis ab emphyteuta præstanda, in uno nummo, vel quavis re aliâ minimâ constitui possit.*
246 *In emptione & locatione an & quatenus precium sive merces uno nummo constitui queat.*
247 *Canon emphyteuticus ad dominium solummodo recognoscendum requiritur.*
248 *Genuinus sensus l. 10. § ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. 20. §. 1. & l. 46. ff. locati & l. 38. ff. de contrah. empt.*
249 *An contractus emphyteuticus ita à contrahentibus perfici possit, ut pensionis nomine tantum emphyteuta præstet, quantum ipsi placuerit, vel justum fuerit.*
250 *In emptione certum ac determinatum exigitur precium.*
251 *Quo casu canon emphyteuticus certus esse debeat; & in arbitrium certi hominis conferri possit.*
252 *De commodis & incrementis, ad emphyteutam pertinentibus.*
253 *Emphyteuta fundi dominus impropriè dicitur: & num. 277.*
254 *Num emphyteuta civiliter, an naturaliter tantùm possideat.*
255 *Possessio naturalis quæ.*
256 *Civilis possessio quæ.*

257 *Creditor naturaliter rem pignori acceptam possidet.*
258 *Ut & is, qui precariò rem rogavit.*
259 *Emphyteutæ jus utendi fruendi re competit.*
260 *Contractus ex conventione legem accipiunt: & n. 321.*
261 *Emphyteuta auri, argenti, plumbi, &c. fodinis, in fundo emphyteutico inventis, uti frui potest.*
262 *Argenti & auri fodinæ, &c. an & quatenus fructus prædiorum censeantur.*
263 *An & illæ res, quæ separata à solo non renascuntur, emphyteutæ cedant.*
264 *Enodatio & sensus l. fructus. 7. §. si vir. 13. ff. soluto matrimon.*
265 *Intellectus l. ult. ff. de fundo dotali.*
266 *Mens l. si ex lapidicinis. 32. ff. de jure dot.*
267 *Declaratio & sententia tit. 56. quæ sint regalia. lib. 2. F.*
268 *Leges posteriores explicandæ ex prioribus.*
269 *Quicquid novâ lege specialiter expressum non est, id veterum legum regulis relictum intelligitur: & num. 363.*
270 *Constitutio nova quatenus veteri derogare censeatur.*
271 *Quo casu lapides ex fundo cæsi emphyteutæ non acquirantur.*
272 *Ecquid thesaurus, in fundo emphyteutico inventus, ad emphyteutam, an verò ad proprietatis dominum spectet.*
273 *Thesaurus in loco alieno, casu fortuito repertus, cui cedat.*
274 *Thesaurus, in fundo fructuario inventus, in fructu non computatur.*
275 *Actus agentium ultra eorum intentionem nihil operatur.*
276 *Conventio in unâ re facta, in re aliâ non nocet.*
277 *Varius intellectus l. possessores. 12. C. de fund. patrimonialib.*
278 *Emphyteusis regulariter ad heredes transit: usufructus non item.*
279 *Ius thesauri à jure veri dominii pendet.*
280 *Usufructuario in quibusdam plenius jus competit, quàm emphyteutæ.*
281 *Emphyteuta quot annis canonem præstare cogitur.*
282 *Quatenus emphyteutæ in fundo emphyteutico venari liceat.*
283 *Quatenus item eidem piscari permittatur.*
284 *An & quatenus pisces, pars fundi esse censeantur.*
285 *Mediante surrogatione, res semper eadem dicitur.*
286 *Quatenus emphyteutæ liceat ex sylvâ caduâ arbores & ligna excidere.*
287 *Ecquid emphyteuta sylvam illam cædere possit, quæ longo temporis intervallo succisa renascitur.*
288 *Pullulare & renasci non videtur, quod annorum multitudinem exigit.*
289 *Sylva cædua quæ sit.*
290 *Lapides quando in fructu fundi existimentur.*
291 *Sententia l. antepenult. ff. famil. ercisc.*
292 *Omne indistinctè incrementum ad emphyteutam pertinet.*
293 *Ut & omne damnum, nisi funditus rem ipsam absumat.*
294 *An & quatenus vasallum omne incrementum respiciat.*
295 *Natura vocis universalis, omne.*
296 *Argumentum de feudo ad emphyteusin validum.*
297 *Sensus l. item si fundi. 9. §. huic vicinus. ff. de usufruct.*
298 *Quæ juris remedia & actiones emphyteutæ, ad jus suum tuendum, competant.*
299 *Superficiarius & emphyteuta sunt similes.*
300 *Emphyteuta rem emphyteuticam deteriorem facere, ejusvè formam mutare non potest.*
301 *Nunquid emphyteuta sylvam extirpare, eamq; in pratum seu agrum, aut simile quid convertere; vel aliter rem emphyteuticam transmutare queat.*
302 *Emphyteutæ in areâ ædificium extruere licet.*
303 *Usufructuarius areæ ædificium imponere nequit.*
304 *Emphyteutæ meliorationes suas, & ipsum jus emphyteuticum vendendi facultas an & quatenus sit concessa.*
305 *Laudemium quid, & quibus nominibus indigitetur.*
306 *Quo casu laudemium usufructuario solvendum.*
307 *Num emphyteuta socio suo, eâdem de re investito, partem suam liberè, & domino irrequisito, vendere valeat.*
308 *Socius, licèt consanguineus, rem pro precio, quod ab extraneo offertur, liberè retrahere non potest.*

309 Explicatio l. voluntat. 4. C. de fideicommissis.
310 Feudum dividi potest inter consortes.
311 Communio parit discordiam.
312 Alienatione prohibita, non censetur prohibita alienatio necessaria.
313 Necessitas legem non habet.
314 Feudum absque domini consensu insimultaneè investitum, vel agnatum, licitè alienatur.
315 Cur feudum, inconsulto domino, alienari nequeat.
316 Quare jus emphyteuticum, irrequisito domino, alienare prohibeatur.
317 An & quatenus jus patronatûs rectè alienetur.
318 Vtrùm emphyteuta, absque denunciatione præcedente, jus emphyteuticum vendere possit, si in instrumento emphyteutico disertè exprimatur, quod emphyteuta licentiam alienandi, in quemcunque voluerit, habere debeat.
319 Pacta & conventiones eam semper interpretationem recipiunt, ut aliquid operentur.
320 Quando creditor, non priùs interpellato debitore, pignus vendere queat.
321 Contractus ex partium conventione legem accipiunt.
322 Enucleatur l. si quando. 35. C. de inoffic. testam.
323 Exponitur l. quæro. 54. §. inter locatorem. ff. locati.
324 Num heres emphyteutæ, cui dominus ab initio contractus emphyteutici licentiâ alienandi dedit, emphyteusin absque prævià denunciatione vendere possit.
325 Consideratio l. Lucius. 93. ff. de legat. 3.
326 Sententia l. eùm qui filio. 55. ff. de verb. obligat.
327 Ecquid dominus qui alienandi facultatem emphyteutæ concessit, ante alienationem factam pœnitere, & concessionem istam revocare valeat.
328 Pactiones emphyteuticæ firmæ illibatæque modis omnibus sunt custodiendæ.
329 Mens & sententia l. sicut. 8. §. si voluntate. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. sol.
330 Doctrina l. qui fixum. 6. ff. de donationib.
331 Quando ex simplici consensu sive permissu obligatio non inducatur.
332 An ex permissu simplici pactum nudum creatur.
333 In pacto nudo, seu contractu innominato, pœnitentiæ (re etiam adhuc integrâ) non est locus.
334 Pactum est consensus, animo obligationis contrahendæ interpositus.
335 Vtrùm alienandi potestas, emphyteutæ data, mortuo prælato, qui eam concessit, censeatur extincta.
336 Episcopi & præsules Ecclesiarum habent administrationem rerum tantùm præsentium, non etiam post mortem suam gerendarum.
337 Num emphyteuta, domino non consentiente, jus suum donare possit.
338 Emphyteuta, inconsulto domino, jus suum alteri legare permittitur.
339 Cur emphyteutæ permissa sit donatio, inscio domino; venditio non item.
340 Expenditur l. 3. vers. minimè. Cod. de jure emphyteut.
341 Quatenus procedat regula: eidem vendendi jus est, cui donandi.
342 Decurio prædia sua, sine judicis decreto donare, non verò vendere, potest.
343 Faciliùs homines vendunt, quàm donant.
344 Mulierum genus avarissimum.
345 Sensus l. universæ. 2. C. ne rei dominicæ vel templ. vindicatio, &c.
346 Invito creditori alius debitor obtrudi nequit.
347 Contrahentes præsumuntur contraxisse secundùm subjectam materiam.
348 Quomodo domino contra novum emphyteutam consulatur.
349 Quid emphyteuta vetus à domino testato desiderare debeat.
350 An emphyteuta, absque domini consensu prædium emphyteuticum possit oppignorare.
351 Erroris arguitur, & refutatur Sarmientus.
352 Accurata explanatio l. lex vectigali 31. ff. de pignoribus.
353 Prohibito uno, omnia simul, quibus ad illud pervenitur, prohibita censentur.
354 Pignoratione concessâ, non intelligitur etiam concessa venditio.
355 Sensus verus l. si pupillorum. 7. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tutel.
356 Intellectus l. final. C. de reb. alien. non alienand.
357 Ecquid sine consensu domini, emphyteuta rem emphyteuticam liceat permutare.
358 Permutationis causa.
359 Quatenus permutatio similis sit venditioni, & verbo emptionis comprehendatur.
360 Nunquid emphyteuta, inscio domino, prædium emphyteuticum in dotem dare valeat.
361 Finis denunciationis & expectationis consensus domini.
362 Antiquitus quovis modo jus suum emphyteuta alienare potuit.
363 Quod novâ lege nominatim non est expressum, veteri adhuc relictum judicatur.
364 An emphyteuta fundum vectigalem æstimatum, domino dissentiente, in dotem dare queat.
365 Datio rei æstimatæ in dotem, species venditionis putatur.
366 Molinæus confutatur.
367 Sententia l. æstimatis. 50. ff. soluto matrimon.
368 Num emphyteutæ integrum sit, prædium creditori suo, irrequisito domino, in solutum dare.
369 Datio in solutum mera venditio esse dicitur.
370 An licitum sit emphyteutæ, in prædio emphyteutico, sine domini consensu, servitutem constituere.
371 Extincto jure dantis, etiam jus accipientis extinguitur.
372 De oneribus & incommodis, ad emphyteutam pertinentibus.
373 Quo casu canonis præstatio emphyteutæ debeat remitti.
374 Re in totum sublatâ, dominium sublatum intelligitur.
375 An canonis præstatio sit remittenda emphyteutæ, si propter bellum, vimque hostium & latronum ingredi fundum emphyteuticum non potuit.
376 Verus intellectus l. quicunque. 3. C. de fundis patrimonial.
377 Qui casus fortuiti ad emphyteutam spectent.
373 Paria sunt, rem inundatam esse ab aquis, & occupatam esse ab hostibus.
379 Vtrum & quatenus, propter insignem sterilitatem, pensio emphyteutæ sit remittenda.
380 Damnum, quo tota rei substantia non extinguitur, ad emphyteutam pertinet.
381 Nemo suum jactare creditur.
382 Conductori, propter sterilitatem, merces remittitur.
383 A separatis illatio non conceditur.
384 Ratio differentiæ inter locationem & emphyteusin.
335 Ecquid emphyteuta teneatur præstare domino canonem illius anni, quo fundus emphyteuticus aquis submersus fuit.
386 Re totâ peremptâ, periculum dominus sustinet.
337 Terræmotus raro eveniunt.
338 Quatenus personalis obligatio personam perpetuò comitetur.
339 Contrahentes secundùm naturam contractus contrahere voluisse censentur.
390 Emphyteuta à canonis præstatione non liberatur, si inundatio contingere solita fuerit.
391 Item si omnium casuum periculum in se susceperit.
392 Emphyteuta publicis præstationibus, fundi emphyteutici nomine, fungitur.
393 Publicæ præstationes seu functiones quæ.
394 Apocha quid sit.
395 Vsus apochæ quis.
396 Emphyteusis quibus modis finiatur.
397 Concessum ad tempus, post illud tempus censetur prohibitum.
398 Generatione finita, etiam finitur emphyteusis ad eam data.
399 Emphyteusis simpliciter concessa, ad omnem generationem, omnesq; omnino heredes transit.
400 Pater inter liberos æqualitatem servare præsumitur.
401 An emphyteusis Sempronio, & ejus filiis data, filiabus quoque concessa intelligatur.
402 Masculinum regulariter concipit etiam fœmininum.

403 Pa

492 *An & quando, recipiendo canonem ab emphyteuta, pœnam caducitatis dominus remisisse præsumatur, aliquot casibus resolvitur.*
493 *Primus casus.*
494 *Pensione triennium non solutâ, duæ res simul domino deferuntur: pensio triennii, & ager ipse emphyteuticus.*
495 *Alter casus.*
496 *Tertius casus.*
497 *Quartus casus, tres alios casus sub se complectens.*
498 *Emphyteuta canonem legitimo tempore non solvens, jure suo excluditur, etsi per ignorantiam illud sit factum.*
499 *Quod tamen de æquitate non obtinet.*
500 *Generalis clausula l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. majores, &c. ad quos pertineat.*
501 *Minor 25. annis canonem emphyteuticum legitimo tempore non solvens, pœnam privationis ipso jure incurrit: ita tamen, ut in integrum restituatur.*
502 *Minor & Ecclesia in jure æquiparantur.*
503 *Minor intra tempus constitutum non petens investituram feudi, à jure suo cadit.*
504 *Minor sine judicis decreto quatenus rem alienare nequeat.*
505 *Sensus l. fin. C. in quib. caus. in integr. restitut. necessar. non est.*
506 *Mens & explicatio l. 2. C. de fundis patrimonialib.*
507 *Pupillus & infans, ob non solutum canonem, ipso jure fundum emphyteuticum amittunt. concesso tamen iis in integrum restitutionis beneficio.*
508 *Intellectus l. Imperatores. 7. in fine. ff. de publican. & vectigalib.*
509 *Pater canonem non solvens intra legitimum tempus, etiam suis filiis obest.*
510 *Emphyteuta si plures relinquat heredes, & unus eorum partem canonis intra tempus statutum non solvat, tota emphyteusis in commissum cadit.*
511 *Unusquisque heredum in solidum ad canonis solutionem obligatus est.*
512 *Emphyteuta à solutione canonis non liberatur, etiamsi res emphyteutica ex parte interierit.*
513 *Emphyteuta alicujus privati, post triennium elapsum, celeri satisfactione moram purgare non licet.*
514 *Ubicunque dies & pœna obligationi adjecta est, mora purgari non potest.*
515 *Sine lege nihil affirmandum.*
516 *Emphyteuta Ecclesiæ, offerendo canonis solutionem post biennium, celeri satisfactione moram purgare valet.*
517 *Ratio differentiæ inter emphyteutam privati, & Ecclesiæ.*
518 *Sensus l. si servum. 91. §. 3. ff. de verb. obligat.*
519 *Æquitas rigori præferenda.*
520 *Emphyteuta, ob canonem non solutum, ipso jure, non expectatâ sententiâ judicis, emphyteusin amittit.*
521 *Quæ vis sit dictionum, omnino & omnimodo.*
522 *Verba futura vel præsentia quid inducant.*
523 *Consideratio c. 1. de feud. sine culp. non amitt. & c. 1. §. sancimus. Quo temp. miles, &c.*
524 *Argumentum à feudo ad emphyteusin quando non procedat.*
525 *Sententia l. lex vectigali. 31. §. 1. ff. de pignorib.*
526 *Dominus emphyteutam propriâ auctoritate, absque judicis decreto, expellere nequit.*
527 *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publicè fieri debet.*
528 *Nemo sibi ipsi jus dicere potest.*
529 *Verbum expellendi, quid significet.*
530 *Consideratio tit. 54. & tit. 55. §. firmiter lib. 2. F.*
531 *Ad instantiam respondetur.*
532 *Quatenus creditor propriâ auctoritate ex pacto pignus à debitore auferre queat.*
533 *Quibus casibus emphyteuta, consuetum canonem domino non solvens, jure suo privari non possit.*
534 *Iuri suo renunciare unicuique licet.*
535 *Consuetudo de non expellendo emphyteuta, ob non solutum canonem, valet.*
536 *Consuetudo est fortior pacto privatorum.*
537 *Causa Ecclesiarum & Clericorum secundùm consuetudinem patriæ terminanda.*
538 *Consuetudo dat legem omnibus rebus, in territorio existentibus.*
539 *Emphyteusis ex partium conventione legem accipit.*
540 *Extraneus, seu procurator vel negotiorum gestor emphyteutæ, canonem domino præstans, illum à caducitatis pœna liberat.*
541 *Idem est, si canon à quodam tertio, nullum jus in emphyteusi habente, domino solvatur.*
542 *Nisi dominus ab isto tertio canonem recipere recusset.*
543 *Aliquis, invito creditore, pro alio solvere potest.*
544 *An & quando tertius aliquis pro emphyteuta, domino invito, canonem solvere, eumque deponere & consignare valeat.*
545 *Emphyteuta propter canonem non solutum a jure suo non cadit, si nemo adsint, qui canonem recipere potuit.*
546 *Aut si emphyteuta toto biennii aut triennii tempore in carceribus detentus fuit.*
547 *Vel dominus prædii emphyteutici, canonem oblatum accipere recusavit.*
548 *Pecuniæ debitæ oblatio, consignatio & depositio à pœnâ caducitatis emphyteutam excusat.*
549 *Ablativi absolutè positi conditionem inducunt.*
550 *Conditio præcisè impleri debet.*
551 *Argumentum à contrario sensu, in jure fortissimum.*
552 *Cur sola canonis oblatio, ad suffugiendam dejectionis pœnam, non sufficiat.*
553 *Si tota res emphyteutica perit, emphyteuta à canonis præstatione liberatur.*
554 *Accidens sine subjecto esse nequit.*
555 *Area censetur pars potissima domûs.*
556 *Utri incumbat probatio, si emphyteuta dicat, se canonem solvisse, dominus vero neget.*
557 *Solutionem alleganti incumbit probatio solutionis.*
558 *Sententia c. super his. 16. ext. de accusationib.*
559 *In criminalibus etiam neganti; ast in civilibus affirmanti incumbit probatio.*
560 *Emphyteuta probans, se tribus annis proximis canonem singulatim solvisse, præsumitur, quod pro omnibus annis præteritis solverit.*
561 *Solutio canonis quomodo probetur.*
562 *An emphyteuta, in solutione canonis cessans, & antequam dominus declaret, se velle eum jure suo cecidisse, fructus percipiens, ad horum restitutionem teneatur.*
563 *Fructus ad rei dominum spectant.*
564 *Actus sub conditione factus, eâ non existente, effectum non habet.*
565 *Malæ fidei possessor fructus omnes restituere tenetur.*
566 *Usufructuarius fructus, finito usufructu perceptos, restituere compellitur.*
567 *An & quatenus conditio retrahatur.*
568 *Quæ causa principalis sit attendenda.*
569 *Utrùm emphyteuta, si citra ejus culpam emphyteusis sit finita, meliorationes in re emphyteutica factas repetere queat.*
570 *Contractus emphyteuticus quàm maximè ob causam instituatur.*
571 *Consideratio l. domos. 58. ff. de legat. 1.*
572 *Sensus c. 1. §. si vasallus. tit. 28. lib. 2. F.*
573 *Opinio ultima in dubio tenenda.*
574 *Cum alterius jactura locupletari nemo debet.*
575 *Quales expensas usufructuarius repetere possit.*
576 *Quæ actio ex contractu emphyteutico detur.*
577 *Contractus emphyteuticus suâ natura, obligationem: & actionem parit.*
578 *Actio, ex pignoris contractu nascens, pigneratitia dicitur.*
579 *Et ex deposito sequestrario, depositi sequestraria actio vocatur.*
580 *Actio præscriptis verbis unde descendat.*
581 *Contractus innominatus ex rei traditione vel facto initium capit.*
582 *Condictioni ex lege quando sit locus: ibique Boceri calumnia notatur.*
583 *Nomen actionis in libello exprimi, hodie non est necesse.*
584 *In causa emphyteuticâ quis sit judex competens.*

VT similitudo emptionis & locationis magis intelligatur: Imperator noster Justinianus duo excep-

exempla olim controversa, hodie verò definita, proponit: in quibus valde dubitabatur, utrùm emptio &
1 venditio, an locatio & conductio contraheretur. Prius est de negocio, quod vulgò Emphyteusis dicitur: alterum est de annulo vel poculo, ab aurifice ex auro nostro conficiendo, *de quo in §. proximè subsequenti.* Ad prius quod attinet; quia majoris usus est & momenti: paulò copiosius de eo, accuratiùsque σὺν θεῷ acturi sumus. Emphyteusis igitur dicta est ἀπὸ τοῦ ἐμφυτεύειν, quod inserere aut implantare, Germanicè Impffen significat, & per translationem meliorare: quia per emphyteusin, id est, insitionem atque implantationem, agri meliores redduntur. *Ioan. Borcholt. Heigius & Wesenbec. hic num. 2. & in paratic. ff. si ager vectigal. id est, emphyteuticar. petat. num. 2. Ioan. Ferrarius Montanus, & Sichard. ad rubr. tit. C. de jure emphyteut. num. 4. Gothofred. ad l. 1. in princ. C. eod. coras. in l. ei, qui. 16. num. 20. ff. de servitutib. Alvarus Valascus in tract. de jur. emphyt. quæst. 2. num. 4. ubi plures citat. Molin. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 5. numer. 80. & Carolus à Kirchberg. discursu de feudo ex pacto & providentia, &c. cap. 4. numer.* 138. Tametsi Speculator (Græci sermonis non usque adeò gnarus) hanc vocem natam opinetur ab *em*, id est, in, & *fiscos*, id est, fides: quod ipsa res detur alicui in fidem, ut illam deteriorem fieri non permittat, *in suo Speculo lib. 4. particul. 3. tit. de emphyteusi. n. 2.*
2 Quamvis autem insitioni & implantationi proprie in solis rusticis prædiis atque agris sit locus; adeòque initiò non videatur emphyteusis in omnibus immobilibus obtinuisse, *argumento l. 1. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteut. petat.* nihilominus tamen isto vocabulo omne meliorationis genus designatur; ita ut etiam ædificia hodie rectè in emphyteusin dari possint. *l. si finita. 15. §. si de vectigalibus ædibus. 26. ff. de dam. infect. Novell. 7. cap. 3. §. scire. 2. ibi, prædia aut domos, &c. & No. 120. cap. 1. in fine. Auth. si quas ruinas. C. de SS. Eccles. Vultejus hic num. 2. & in tract. de feud. lib. 1. cap. 12. num. 3 pag. mihi 833. D. Obrecht. Disp. 36. th. 8. & 49. cum seqq. Valasc. d. tract. q. 12. numer. 1. & 3. Sichard. d. rubr. C. de jur. emphyteut. num. 21. & seq. Thomas Lindemannus disp. 7. ad lib. 3. Instit. tit. 25. de emphyteusi thes. 6. eumq; referens Nicolaus Eggebrecht. in disput. inaugur. sive synopsi juris emphyteutici. conclus. 20. Sed eâ de re exquisi-*
3 *tiùs infr. numer. 88. 138. & seqq.* Cæterum is, qui emphyteusin accipit, uno verbo dicitur emphyteuta vel emphyteuticarius. *l. 1. & l. 3. in princ. C. d. tit.* idiomate Germanico Zinßman/ Hubner: dominus emphyteuseos, Zinß seu Erbherr: jus constitutum, jus ἐμφυτευτικὸν, vel emphyteuticarium. *l. 3. §. si jus ἐμφυτευτικὸν 4. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt. Rubric. & l. 1. in princ. & d. l. 3. ibi, jus emphyteuticum transferre. item ibi, vel si jus emphyteuticum. C. de jure emphyteut.* Erbrecht sive Erbbestandnuß: ager in emphyteusin datus, ager emphyteuticarius, itemque vectigalis, seu prædium emphyteuticarium, *per rubr. tit. ff si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius, petatur. & l. 2. ibi, à prædiis emphyteuticariis. C. de jur. emphyteut. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 13. pag. 443. numer. 30. Francisc. Dav. de argente, in libr. notar. juris selectar. tractat. de agris vectigalib. pag. 207. fac. 2.* Erbzinßgut/ Erbpfacht/ Pfachtgut/ hube/ seu hubgut. *Nicol.* Eggebrecht *d. synopsi jur. emphyteut. conclus. 4. Paul. Matthias Wehener. in observat. pract. lit. E. in verb.* Erbgüter. *&c. Knipschildt exercit. Acad. 9. th. 31. pag. 315.* Nominatur quoque vulgò Lehen: quia feudo similis est emphyteusis. *D. Collega Bocer. hic num. 8. pag. 424.*

Definiri emphyteusis non ineptè poterit contra- 4
ctus, juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu constans: quo dominus de dando prædio suo in perpetuum, vel ad tempus, pro pensione annuâ, in recognitionem dominii præstandâ, colendo fruendoque cum aliquo paciscitur. Generis loco verbum, *contractus*, meritò est positum. Nam emphyteusin esse contractum, eumque à reliquis omnibus hodie Zenonis constitutione distinctum, indubitatum est, *hoc § nostro d. l. 1. d. l. 2. in princ. & d. l. 3. §. sin autem. ibi, in emphyteuticis contractibus. C. de jure emphyteut. l. ult. ibi, nec emphyteuseos contractum. C. de reb. alien. non alienand.* Ejusque ratio est perspicua: 5
quia ex eo ultrò citròque oritur propriâ vi ac virtute obligatio. *d. l. 1. C. de jure emphyteut.* quod est proprium contractûs. *l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. l. jus gentium. 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. in princ. ff. de obligat. & actionib.* Sed & si emphyteusis contractus non esset: frustra olim & ineptè à veteribus Jurisconsultis dubitatum esset: utrùmne emphyteusis esset locatio-conductio: an verò emptio venditio: cùm utramque contractum esse constet *ex principio hujus tit. & hoc §. nostro. Hunn. in resolut. ad Treutler. vol. 1. Disput. 20. quæst. 30. pag. 1786.* Ac sane 6
olim emphyteusin Jurisconsulti quidam speciem emptionis ideo esse, affirmabant: quòd prædium in perpetuum plerumque alienetur, & jus quoddam dominio simile (quod vulgò utile appellitant, licèt satis incommodè, *ut probavimus s. ad princip. tit. de rer. divis. num. 40. & seqq.*) transferatur, possessorique actio in rem tribuatur. *d. l. 1. ibiq; gl. & Dd. ff. si ager vectigalis, &c.* Alii contra locationem esse, contendebant: propterea quòd merces hîc quædam seu pensio annua, nomine fructuum & usus, interveniat; & quod usus tantùm, non dominium verum transeat: sed penes eum, qui rem tradit fruendam, maneat. *d. l. 1. §. 1. ibi, quamvis non efficiantur domini. ff. eod. t. Wesenbec. hic numer. 3.* Cæterùm hanc Jurisconsultorum altercationem Imperator Zeno sedavit: & emphyteusin proprium, id est, tam à locatione, quàm venditione separatum contractum constituit. *d. l. 1. C. de jure emphyteut.* Qui quidem contractus à locatione in eo potissimùm differt. I. Quòd 7
emphyteusis præstat quasi sive utile dominium ei, qui accipit: locatio non item. *l. non solet. 39. ff. locati. Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restit. disp. 3 quæst. 8. punct. 1. num. 4. pag. 577. & latiùs explicatum supra, §. proximo. num. 8.* II. Locatio etiam 8
rei mobilis fieri potest: emphyteusis verò tantùm in rebus soli seu immobilibus constituitur, *arg. hujus §. ibi, ut ecce de prædiis, &c. d. l. 1. in princ. ibi, agri ci-*

vitatum. ff. si ager vectigalis, &c. l. lex vectigali. 31. *ff. de pignorib. & hypothec. & l. tutor.* 16. § *ult. ff. de*
9 *pignorat. act.* III. Conductor rei locatæ servitutem, aut aliud aliquod jus imponere nequit: at emphyteuta servitutem, sive jus servituti in effectu simile fundo emphyteutico imponere potest. *arg. l.* 1. §. *ult. ff. de superficieb. & de eo nos infra fusius numer.*
10 370. IV. Conductor mercedem solvit in compensationem usûs; & est merces illa, quæ à conductore præstatur, usus illius quasi quædam æstimatio: emphyteuta vero solvit canonem annuum, non respectu
11 fructuum acquisitorum; sed in recognitionem directi (*ut loquuntur*) dominii. *cap. 2. ext. de censibus.*
12 *Wesenbec. h. num. 4. & Vultejus num* 8. Ab emptione autem hic contractus discriminatur & distinguitur primùm ratione rei, quæ in contractum venit. Res enim in emptionem venit non solùm mobilis, sed & immobilis: in emphyteusin res immobilis tantùm, *ut paulò ante ostensum. numer. 8.* in emptione item rei ipsius, quæ venditur, dominium & quidem verum & plenum; aut certè minimùm usucapiendi conditio à venditore transfertur in emptorem. *l. ex empto.* 11. §. 2. *& l. servus* 30. §. 1. *ff. de actionib. empti & similibus in præcedenti § annotatis. numer.* 7. in emphyteusi non tam ipsa res, quàm rei usus, ejusque dominium duntaxat quasi, in emphyteutam transfertur.
13 *d. l. 1. junctâ gloss. ff. si ager vectigalis, &c.* Deinde ratione precii; quod in emptione consistere debet solùm in pecuniâ numeratâ, *ut explicatum est in §. item pretium. 2. s. titulo proximo:* ast in emphyteusi pensio non præcisè in pecuniâ numeratâ, sed etiam in specie, vel quantitate, veluti vino, aut frumento, constitui potest, *gloss. hic super verb. neque ad locationem Thadæus Piso num. 3. & Schneidevvin. numer. 4.* In emptione præterea æstimatur res ipsa, quæ venditur precio: in emphyteusi nec res, nec usus rei æstimatur pensione illâ, quæ quotannis solvitur; sed pensio ista hæc in recognitionem directi dominii penditur, *ut jam dictum, numer. 10.* Denique in emptione cùm pretium ab emptore semel est solutum, venditori ad nihil amplius tenetur: sed emphyteuta singulis annis pensionem constitutam solvere domino directo compellitur, *ut docet hic Vultejus numer. 7.* Atque de illis, aliisque pluribus differentiis, *post Dd. à se relatos*, copiosè disserit Valascus *in d. tractat. de jure emphyteut. q. 19. & 20. cum aliquot seqq.* Cæterum contractus emphyteuticus & censiticus quomodo inter se differant, abundè explicat Matthias Berlichius *part. 2. conclusion. practicabil. conclus. 47. pag. 1003. & seqq.*
14 Etsi verò ex antedictis quovis electro appareat dilucidius, emphyteusin contractum esse: attamen Dominus Collega Bocerus *in hoc § numer. 4. 5. 33. cum seqq. & in tract. de qualit. & different. feudor. cap. 1. num. 16. cum seq.* ejusque assecla Carolus à Kirchberg. *d. discurs. de feudo ex pacto & providentiâ. c. 4. numer. 140.* contrarium defendere conantur: atque emphyteuseos nomine non contractum ipsum emphyteuticum, sed jus ipsum per contractum constitutum sive conventionem emphyteuticam denotari opinantur. Hujusque suæ opinionis D. Bocerus has affert rationes: quia, *inquit*, res dicuntur dari in emphyteusin. *cap. 2. tit. de reb. Eccles. non alienand. in 6. Auth. quas ruinas. C. de SS. Eccles.* quia aliquis emphyteusin suscipere dicitur, *in d. l. 2. in princ. C. de jur. emphyteut.* quia item dicimur accipere emphyteusin. *Novell. 7. in princ. §. 1.* tum etiam metiri, & transmittere emphyteusin ad successores. *d. Nov. 7. cap. 3.* & quia ab emphyteusi cadere emphyteuta dicitur *in d. Nov. 7. cap. 7.* Verùm hujus ratiocinationis infirmitas ex eo patescit, quòd etiam res pignori dari dicuntur. *l. 1. §. 1. & 2. l. si supstratus. 3. § 1. & alibi ff. de pignorib. & hypoth.* quod item pignus accipere dicimur. *l. in quorum. 24. ff. eod. l. 1. §. eam rem. 2 ff. quæ res pignori vel hypotheca data obligari non poss.* Sic quoque pignus heredibus teneri dicitur. *l. t. in fine C. si unus ex plurib. heredib. creditoris, &c.* Nec tamen idcirco rectè concluditur: pignus non esse contractum. § *sequens. 2 supr. de obligationib. juncto §. creditor. 4. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* Proinde si dicamus: ius emphyteusin interdum accipi pro iure, ex contractu emphyteutico, constituto: interdum pro ipso contractu: aliquando verò pro re, in quâ tale jus constitutum est: nihil regeri poterit. *Deinde* ita argumentari videtur Dn. D. Bocerus: Si emphyteusis non solùm contractu, sed & aliis modis, nempe præscriptione & ultimâ voluntate constituitur: consequens est, quòd emphyteusis non sit contractus. Atqui verum est prius. Ergo & posterius. Cæterùm hic quivis facilè animadvertit; non procedere hanc argumentationem: Hoc jus solo contractu constituitur. Ergo hoc jus est contractus. Etenim quis non videt, aliud esse efficiens & effectum, aliudque constituens & constitutum? Quare neque hæc argumentatio procedet: Emphyteusis non solo contractu constituitur. Ergo Emphyteusis non est contractus. Præterea quamvis etiam præscriptione & ultimâ voluntate emphyteusis constitui dicatur: nisi tamen quoque consensus quidam interveniat tam dantis, quàm accipientis annuam pensionem: emphyteusis constituta neutiquam censetur, *arg. l. qui in aliena. 6 in princ. ff. de acquir. vel omitt. heredit. & l. alienationis. 28. ff. de verb. significat.* Et quòd emphyteuseos nomine spe- 16 cialis contractus significetur, nemini dubium esse potest, *ex d. l. 1. in princ. C. de jur. emphyteut.* Unde nec illud admittendum, quod ab eodem D. Bocero adsertur: emphyteuseos nomine significari subjectum, & vocabulo contractûs adjunctum *in d. l. ult. ibi, nec emphyteuseos contractum. C. de reb. alien. non alienand. & in hoc §. nostro. vers. sed talis contractus. ibi, qua emphyteuseos contractus, &c.* Similiter enim dicimus contractû societatis. *l. cùm in societatis contractibus. 3. C. pro socio.* contractum venditionis. *l. si donationis. 3. C. de contrah. empt. & vendit.* contractum locationis & conductionis *l. contractus. 24. C. de locat. & conduct. cum similibus.* Nec tamen quispiam rectè dixerit; in dictis locis altero vocabulo denotari subjectum, altero verò adjunctum. Sicuti ergo per contractum locationis & conductionis, &c. intelligimus illum ipsum contractum, qui appellatur locatio & condu-

conductio: ita quoque *in d. l. ult. C. de reb. Alien. non alienand. & hoc §. nostro*, per emphyteuseos contractum intelligere debemus illum ipsum contractum, qui emphyteusis vocatur. Idem edocui *in additionibus meis ad Iul. Clar. §. emphyteusis. quaest. 2. num. 2. & trib. seqq.* Porrò cùm *in Disputat. 11. ad Institut. part. 2. assert. 1. sub lit. B.* apertè scripserim; Dominum D. Bocerum irrito conatu contrarium adstruere, adeò que emphyteusin non esse contractum suspicari: satis mirari nequeo, cur ausus fuerit scribere Bocerus *in hoc §. numer. 40. pag 428.* quasi ego scripserim: ipsum adstruere, contractum emphyteuticum non esse contractum. Non ita à me scriptum esse, cuivis patet. Et contractum emphyteuticum esse contractum, nemo nisi omni cerebro carens negare poterit: nec venit id unquam in controversiam; an contractus emphyteuticus sit contractus? Sed, an emphyteusis sit contractus? Hoc verò negat Bocerus, ait irrito conatu: ut antehac scripsi, & denuò scribo.

17 Dico in definitione, Emphyteusin esse contractum *juris gentium.* Quia omnes gentes & populi certo quodam naturae judicio, communique ratione & consensu hunc contractum probant & usurpant, tanquàm qui usui esse possit utilitatibus hominum com-
18 mutandis. Neque verò appellatio juris gentium necessariò exigit, ut aliquid ab initio cum primis hominibus fuerit: sed ad istam appellationem ut sufficit, rem, de quâ agitur, fuisse apud homines ab initio conditionis: ita satis est, eam congruere hominum intellectui ac naturali rationi: atq; ideo post talis rei inventionem, ejus usum ab omnibus gentibus recipi, & unanimiter approbari, *arg. §. jus autem civile. 1. vers. quod verò naturalis. J. de jure naturali gent. & civil.*
19 ubi Justinianus ait, jus gentium vocari, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, & apud omnes populos peraequè custoditur, sive quo omnes gentes utuntur. Quibus verbis Imperator ad appellationem juris gentium, rationē naturalem, & unanimem omnium gentium consensum & applausum sive approbationem, non tantùm temporis, reive antiquitatem requirit & considerat, ut eleganter ostendit Arius Pinel. *in Commentar. ad rubric. C. de rescind. vendit. part. 1. numer. 7.* post Franciscum Connan. *lib. 1. Commentar. jur. civil. c. 5. num. 9.* & Ludov. Charoo-
20 dam *lib. 1. verisimilium. c. 5.* Et sanè non apud Romanos duntaxat hic contractus emphyteuticus in usu fuit; sed etiam apud Byzantios, quibus in more erat positum, ut praedia quidem fertilia locarent ad tempus, sterilia autem in perpetuum, certâ in annos singulos constitutâ mercede, *teste Aristotele lib. 2. oiconomicωn.* Sed neque ante istos credendum est, alios populos rerum suarum adeò fuisse negligentes; ut non, quâ possent ratione, utilitates suas quaererent ex agrorum locatione temporali aut perpetuâ, prout cujusq; commoditas postularet. *Connan. lib. 7. Com-*
21 *mentar. c. 12. numer. 1.* Unde Claudius David *vet. it. legali ad §. 2. vers. jus autem gentium, supr. de jur. nat. gent. & civ. numer. 5.* vocat hunc contractum Sibyllâ Cumanâ antiquiorem, *ex Genes. cap. 47. vers. 24. & seqq. & Iosepho lib. 2. antiquit. Iudaic. cap. 4.* Praeterea in hoc § nostro notatur: saepius inter veteres Jurisconsultos dubitatum fuisse, utrùm contractus emphyteuticus emptio, an locatio esset. Quae tamen dubitatio excellentissimorum JCtorum satis absurda fuisset, si contractus iste non juris gentium, sed civili adscriberetur. Emptionem enim & locationem ju- 22
ri gentium accensendam, inter omnes constat. *l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur. l. 1. in fin. ff. de contrahend. empt. l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. ff. locati conducti.* Accedit auctoritas Hermogeniani *in d.* 23
l. ex hoc jure 5. ff. de just. & jur. qui generaliter asserit, omnes contractus juris gentium esse, exceptis quibusdam jure civili introductis. Cui generalitati sive 24
regulae standum & adhaerendum est, donec de exceptione clare doceatur: *ut tradit. Bartol. in l. 1. num. 2. ff si quis in jus vocat. non erit. Dec. in l. 1. num. 7. ff. de reg. jur. Menoch. consil. 88. num. 51. & consil. 98. num. 13. lib. 1.* Sed qui nam sunt contractus illi excepti, 25
si emphyteusis excepta non est? Nimirum illi, qui excepti esse in jure nominatim reperiuntur: veluti stipulatio. *§. de constituta. 9. infr. de actionib. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. vers. planè si praecedat. ubi naturali obligationi stipulationem Paulus opponit. ff de verb. obligat.* quae praescriptis quibusdam verborum formulis constat. *l. 1. l. stipulationum. 5. §. stipulatio. 1. ff. eod. tit.* & literarum obligatio. *institut. J. de literar. obligationib.* itemque sponsalitia largitas, hoc est, donatio propter nuptias. *Novell. 119. c. 1.* quae veteribus Jurisconsultis penitus incognita fuit: tantum abest, ut jure gentium introducta sit. *§. est & alind. 3. J. de donationib.*

Praedictis non obstat, quòd lex Zenoniana huic 26
contractui conceptionem, definitionemque sive nomen proprium tribuerit; ac proinde juris civilis esse videatur. *l. 1. in princ. C. de jure emphyteut.* Nam Zeno nomen quidem huic contractui proprium indidit; sed non novum conventionis genus instituit. Nec enim qui nomen singulare imponit, is rem ipsam invenisse dici potest: quia nomen non dat esse rei, quae non fuit: sed id potiùs exprimit, quod jam in rerum naturâ existit. Et certè Zeno suâ auctoritate & con- 27
stitutione non tam nomen huic contractui assignavit, & eum Graeco vocabulo *Emphyteusin* vocavit, quàm ipsum confusum & incertum ab aliis, quibus omninò convenire videbatur, nimirum ab emptione & locatione, secrevit & distinxit. Idque Justinianus hic non obscurè innuit, dum ait: *talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, &c.* Talis, hoc est, quo praedia perpetuò fruenda aliis traduntur; ut quamdiu pensionem pro his praestent, ea auferri illis non possint, *per princip. hujus §.* Ex quibus verbis cernitur, hanc ipsam formam Zenonem prorsus immutatam reliquisse, eandemque etiamnum hodie in hoc contractu celebrando observari. Ideoque Imperator Zeno *in d. l. 1. Cod. de jur. emphyteut.* per haec verba (*conceptionem & definitionem habere propriam*) solennem quendam & peculiarem contrahendi modum denotare nequaquam voluit; sed potiùs per verba illa contractum nominatum, & pro-

& proprio nomine conceptum significavit. Quem-
28 admodum enim emptio & venditio solo verbo emptionis & venditionis concipi potest; quod non contingit in contractibus innominatis, in quibus ex praescriptis verbis agitur, & non solo nomine perficiuntur: ita contractus emphyteuticus cùm hodiè habeat propriam conceptionem; solo verbo emphyteusis concipi potest, sine aliâ coventione. Habet siquidem propriam atq; legalem naturam, quae satis exprimitur per verbum emphyteusis, ut non opus sit naturâ conventionali, sicuti rectè interpretatus est Franciscus Sarmientus *lib 3. selectarum interpretat. c. 2. n. 5.* Quòd autem Zeno *in d. l.* 1. nullam in contractu emphiteutico peculiarem contrahendi formam sive modū introduxerit; indepatet; quòd in constitutione istâ nullo expressit verbo, quaenam esset illa nova & peculiaris contrahendi emphyteusin forma: quod tamen minimè praetermissurus fuisset, si quid eâ in re novi introducere voluisset. Solent enim Imperatores rebus in novis constituendis prolixâ indicare oratione, quidnàm sit illud, quod ultra jus verus de novo sancire desiderent. Quod cum in constitutione Zenonianâ (ad formam modùmve contrahendi quod attinet) omissum sit: luculentum id argumento est, novum contrahendi modum istâ constitutione nullum
29 introductum fuisse. Omnis quippe dispositio juxta disponentis consuetudinem & morem interpretanda est, *arg l. si servus plurium. 50. §. ult. ff. de legat.* 1. Sed & in §. praesenti nullo penitus verbo significatur; Zenonem constitutione sua novum contrahendi modū in contractu emphyteutico introduxisse: cùm tamen hic §. interpretetur atque declaret allegatam *l. 1. C. de*
30 *jure emphyteut.* Quod & ipsum magnum suppeditat argumentum: in modo contrahendi emphyteusin, nihil novi constitutione Zenonianâ fuisse sancitū. Dispositio namque interpretans secundùm terminos interpretatae seu declaratae dispositionis intelligitur, & econtra, *arg. l. nihil. 2. ubi Bartol. ff. de conjung. cum emancip liber. Cravett. consil. 422. n. 7.*

31 Caeterùm quòd quidam Interpretum existimant; per vocabulū *conceptionis* scripturā, tanquam formā essentialem contractûs emphyteutici, significari: id admittendum aut ferendum non videtur. Quoniam Imperator *in d. l. 1. C. de jure emphyt.* conceptionem contractûs emphyteutici, & scripturam, ceu diversa & separata, distinguit. Postquam enim constituerat; Emphyteusin conceptionem definitionemque habere propriam, & justum esse validumquè contractum; subjungit demùm; cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetuâ stabilitate modis omnibus debere custodiri. Deinde Imperator ibidē non loquitur de contractu emphyteutico scribendo, vel per scripturam celebrato: sed perspicuè agit de pactis, contractui emphyteutico adjectis, & scripturâ intervenienteinitis. Si qua igitur per verba ista, *scripturâ interveniente*, necessitas scripturae imponeretur aut induceretur: ea non ad contractûs emphyteutici substantiam, sed ad pacta contractui apposita pertineret. Aliud etenim est contractus emphyteuticus; aliud pactum, huic contractui adjectum. *l. juris gentium. 7 § quinimò 5 ff. de pact. l. in bona fidei. 13. C. eod. tit. tit. C. de pactis inter emptor. & venditor. compos.* Verùm neque in contractu emphyteutico, neque in pactionibus ei ad ectis, scripturam necessariò desiderari, latiùs infrà demonstrabitur. *num. 57. & seqq.* Huc que pertinent, quae tradidi *in addit. ad Iul. Clar. §. emphyteusis. quaest. 2. numer. 17. & seq. item quaest* 4.

Similiter non obstat, quòd *in saepè jam allegata* 32 *l. 1. C. de jure emphyteut.* scriptum extat, jus emphyteuticarium esse justum validumque contractum. *Neque* enim hoc ita exaudiendum est, quasi Zeno primùm effecerit, ut emphyteusis justus validusque contractus esset. Quandoquidem tum ex Vlpiano *in l. 3. § si jus ἐμφυτευτικόν. 4. ff. de reb. eor. qui sub tutela, vel cura sunt, &c.* & Macro *in l. sciendum 15. § 1. ff. qui satisdare cogant:* tum maximè ex Justiniano hic liquet: etiam longè ante Imp. Zenonem, jus emphyteuticum vel contractum emphyteuticum, quamvis non planè & rite ab aliis distinctum, in usu fuisse, suisque viribus substitisse, & tam fuisse firmum, ut solo consensu, ultrò citroque interposito, perficeretur, atque obligatio ex eo nasceretur. Idque ex eo colligitur, quòd hoc loco expressum est, dubitatum fuisse à veteribus, an emphyteusis emptio, vel conductio esset. In quâ dubitatione pro certo praesupponitur, emphyteusin validum talemque contractum esse, ex quo contrahentium solo consensu obligatio proficiscatur. Quare quod *in d. l. 1. C. de jure emphyteut.* statuitur, jus emphyteuticum esse justum & validum contractum: illud non novi alicujus juris sanctionem, sed veteris solummodo declarationem designat: quâ quidem res nova non inducitur, sed jus antea constitutum declaratur, *arg l heredes palam. 21. §. 1. versic. sed & si notam. ff. qui testament. fac. poss.* Similis nam- 33 que declarans ei est, qui spicas excutit, sive grana separat à spicis. Novam enim speciem non facit, sed eam, quae est, detegit. *l. adeò quidem. 7. §. cùm quis. 7. versic. videntur. ff. de acquir. rer. dom.*

Neminem praeterea moverit, quòd Justinianus 34 hic refert, à Zenone constitutum fuisse, siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, *ac si naturalis esset contractus:* quae verba ita accipi posse videntur, quasi emphyteusis re ipsâ naturalis, hoc est, juris gentium contractus non esset, sed juri civili adscribenda veniret. Hoc, inquam, neminem moverit. *Nam* ver- 35 ba ista longè alium habent sensum: nempe, ut si nonnihil inter contrahentes convenerit, id ita justum sit & firmum *ac si naturalis contractus esset*, hoc est, quasi esset ea certa natura contractûs: quippe pacta naturam contractibus tribuunt. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. l. in conventionalib. 52. ff. de verb. obligat. l. contractus. 23 ff. de regul. jur. & Theophilus hic notat.*

Nec denique adversatur; quòd, quoties juri gen- 36 tium vel naturali quid additur, vel detrahitur, jus civile efficiatur. *l. jus civile. 6 ff. de justitia & jur.* Iam autem propria natura sive certa quaedam forma contractui emphyteutico à Zenone addita videatur, *hoc §. nostro ubi, emphyteuseos contractûs propriam statuisse na-*

it naturam, &c. & l. 1. C. de jur. emphyt. Respondetur enim: quicquid huic contractui additum est, non formam substantialem, quæ dat esse rei, jusque civile efficit, sed accidentalem tantùm, quæ ad confirmationem rei jam in esse productæ pertinet, respicere, *per notata Gaillij lib. 1. obs. 124. num. 5.* Vel (ut explicatiùs res expediatur) distingui poterit inter substanti-
37 am & naturam contractûs. Substantia contractûs & cujusque rei in jure nostro nihil est aliud, quàm ipsius rei forma essentialis, per quam res sive contractus est id, quod est; & quâ formâ sublatâ, ipsa etiam res & contractus esse desinit. *l. pacta conventa. 72. in fine principij. ibi, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. ff. de contrah. empt. l. Julianus. 9. § sed si quis. 3. ibi, mutata forma propè interemit substantiam rei. ff. ad exhibend. l. obligationum. 3. in princ. ff. de obligat. &*
38 *actionib.* Natura verò contractûs est ejus adjuncta quædam qualitas, juris auctoritate ipsi contractui tributa. *per hunc § nostrum. vers. sed talis. ibi, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, & c. l. si unus 27. § pactus, ne peteret. 2. ad finem. ibi. quod lex naturæ ejus tribuit ff. de pact. l. naturalis. 5. § sed si facio 4. vers. & potest mandatū. ibi, naturā suam excedere. ff. de præscriptis verbis, & c.*
39 Et ut aliàs qualitas rei sive accidens vel separabile est, vel inseparabile: ita etiam in jure nostro, natura alicujus rei seu contractuum, alia est separabilis, alia inseparabilis, *ut evincitur ex textu §. de illa sanè. 2. vers. Quintus Mutius. infr. tit. de societate. junctis etiam aliis legibus modò adductis.* Et hac de re enodatè D. Bocerus *in tract. de investitura feud. c. 5. numer. 26. & seqq.* item Scipio Gentil. *in tract. de solennitatib. cap. 1. & seqq.* & Fridericus Martin. *in Commentar. de jure censuum, seu annuor. redituum cap. 6. numer. 2. & seqq.* De eâdem re ex professo tractavimus *in §. se-*
40 *quens. 2. num. 48. & seqq. supr. de obligationib.* De substantiâ igitur emphyteuseos est consensus, res immobilis, & pensio annua domino (in recognitionem dominii scilicet) præstanda: de naturâ ejusdem est, ut damnum particulare (ut si pars fundi pereat, vel si fructus à militie, vel vi majore perdantur) ad emphyteutam; universale verò (id est, si prædium inundatione pereat, aut ab hoste occupetur) ad dominum spectet. *d. l 1. C. de jur. emphyt. & hic in fine.* item ut emphyteuta jus emphyteuticum, vel meliorationes suas aliis, absque domini consensu, vendere nequeat. *l. fin. C. d. t.* & similia, *quæ diligenter congessit Valascus in tract. de jure emphyt. quæst. 4 nu. 4. & aliquot seqq.* Quod igitur obiicitur, Zenonem propriam emphyteuseos constituisse naturam: id non impedimento esse debet, quò minùs iste contractus juri gentium attribuatur: cùm non ejus substantiam Zeno immutârit, sed naturam duntaxat propriam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem statuerit,
41 *ut Iustinianus in hoc §. loquitur.* Illud insuper tralatitium videtur, quæcunque contractui alicui jam constituto adjiciuntur, ejusdem substantiam & originem non immutare: sed per omnia contractui principali, cui adjiciuntur, æqualia fieri, ejusdemque naturæ & qualitatis censeri. *arg. l inter socerum. 26. §. cùm inter.*

2. ff. de pactis dotalib. l. si proprietati. 4. ff. de jure dot. & l. etiamsi. 8. C. eod. Quò pertinet communis Dd. theoria: quâ dicitur, qualitates sive accidentia nunquam substantiam vel essentiam rei mutare aut alterare *arg.* 42
l. servitutes. 4. §. medum. ff. de servitutib. d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. l. fin. & ibi Bartol. ff. de instructo, vel instrum. leg. Glos. in l. fin. §. quotiens. verb. anno. ff. de publicanis & vectig. Angel. in l. & an eādem. 14. §. 1. ff. de except. rei judic. Albert. Brun. in tract. de augment. conclus. 3. numer. 1. 2. & 3. hos, aliosq; plures referens Ludolph. Schrader. vol. 1. consil. 14 numer. 15. Denique ut maximè aliquid jus civile huic 43
contractui addiderit: attamen à potentiori (quod hoc loco est jus gentium) denominationem faciendam esse, in confesso est. *l. 2. & l. quæritur. 10. ff. de stat. homin. §. sed jus quidem civile 2. vers. sed quotiens. supr. de jur. nat. gent. & civ.* Stat ergo immota sententia: Emphyteusin esse contractum juris gentium, non verò juris civilis.

Nam collapsa ruunt subductis tecta columnis.

Eique subscripserunt haud inviti noviores quidam, non contemnendæ auctoritatis, Interpretes: *Cerasius lib. 1. Miscellan. jur. c. 21. & in tract. de juris arte, part. 2. c. 9. in fin. & in Comment. ad t. C. de jure emphyteut. sub capite, contractum emphyteusis, juris gentium, non civilis esse Cujac in paratit. C. d. t. Giphan. ad l. 2. C. eod. Connan. d. lib. 1. Comment. juris civ. c. 6. numer. 11. & lib. 7. c. 12. numer. 1. D. Collega Halbritterus in tr. manuscripto, de jure emphyt. c. 1. Hotoman. in §. jus autem gentium. f. de jure nat. gent. & civ. & idem in hoc §. nostro, enunciat. 2. Ritterhus. & Mynsinger. num. 5. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 79. edit. 2. Petrus Augustinus Morla in Emporio juris utriusq. part. 1. t. 10. de locate in præmissis. numer. 32. Arumæus Exercitat. Iustin. 14. th. 12 Schegk. Disp. 18. th. 66. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 13 cap. 22. lit. B. Schröter. diatrib. domesticar. decad. 8. quæst. 5. Andr. Gerhard. decad. 15. quæst. 4. Dn. Collega Beseld. disp. 3 pand. ad l. 5. th. 6. & Bachovius lib. 1. disputat. miscellan. cap. 6. pag. 219. cum seq. item in suis not. ad vol. 1. Treutler. disp. 29. th. 9. lit. B. pag 1124.* ubi inquit, absurdos meritò habendos esse eos, qui contractum hunc, tanquam à Zenone noviter constitutum, ad jus civile referunt. Eidem sententiæ quoque suffragatur Erasmus Vngepaus *exercit. Iustin. 12. quæst. 6. in nego. pag. 458. & seq edit. ult.* Licet communiter Dd. reclament. *Accurs. Faber, Ioan. de Plat. Cantiuncula, & alii in d. §. jus autem gentium. f. de jur. nat. gent. & civ. Bartol. & Alberic. de Rosate in d. l. ex hoc jure. 5. ff de just. & jur. Schilbock. Berchelt. Stephanus Bodeus, Schneidevvin. numer. 1. Vultejus. numer. 6. Heigius numer. 9. aliiq. in hoc nostro §. Wesenbec. in paratit. ff. si ager vectigalis, & c. numer. 2 Idem Berchelt. in tract. de feud. cap. 3. numer. 3. & part. 1. Disp. de jure emphyteut th. 2. pag 109. Guido de Suzaria in tract de jur. emphyteut. numer. 1. Gœdd. ad l. ager. 27. numer. 19. ff. de verb. sig. Ant. Fab. lib. 15 conject. jur. civ. cap. 4 Kubach. cent. 3. quæstion. illustr. politice-jurid. decur. 10. quæst. 1 pag. 907. cum seqq. D. Bocer. in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. numer. 79. edit. 2. & Class. 2. Disp.*

2.Disp.14.th.1.& 16.ad 2.item tract.de qualit.& differ.feud.c.1.numer.27.Valascus in d.tract.de jure emphyteut.q.3.n.1.& 7.Elbert.Leoninus ad rubr.C.de jure emphyteut.n.6.Treutler.d.disp.29.th.9.lit.b.vol.1. Forster.Iunior.lib.3.disp.18.th.9.D.Obrecht.Disp.36.th.32 & seq Wegner.Disp.12. ad Instit.th.5.Matth.Stephani cent.3 quaest.81.Stuckius part.1.Exercit.Iustin.decad.12.assert 6.lit.d.Feman.disp.5.th.21.lit.c. & th.24.lit.d.Timaeus Faber disp.anni versar.24.ad Instit.Imperial.th.7.lit.a. Hunnius lib.3.var.resolut.jur.civil.tract.7.part.2.quaest.9.Eggebrecht.d.synopsi juris emphyteutici.conclus.35.Maulius in tract.de emphyteusi.tit.1.numer.6.& Iustus Schütz exercitation.jur.disput.16.th.13.lit.b.pag.252.& seq.

44 Addo in definitione, *nominatus*. Tum quia proprium, certum,& elegans,alteri non conveniens, nomen habet, *hoc § l.1.2.& 3. C. de jure emphyteut.*
45 Tum quia innominati contractus reperiuntur tantùm quatuor: Do,ut des,seu(quod idem est) permutatio: do, ut facias: facio, ut des: & facio, ut facias. *l. naturalis.5.ff de praescript.verb.* Ast inter hos emphy-
46 teusis non reperitur. Tum quia ex nominatis contractibus propria & specialis actio competit. *l. juris gentium.7.§ 1.ff.de pact l.1.ff.de praescript.verbis,&c.*
47 Atqui ex contractu emphyteutico propria & specialis actio competit, nimirum emphyteutica vel emphyteuticaria *l.si finita.15.§ si de vectigalibus.26.ff. de dam.infecto.l si cùm venditor.66. in princ.ff. de evictionib.& uberius ostendetur infrà suo loco.num.* 576. Ergo emphyteusis est contractus nominatus. Tum denique quia nisi veteres emphyteusin pro contractu nominato habuissent,non tam anxiè disputassent,utrùm esset locatio-conductio, an emptio venditio. Idque communiter traditum esse,testatur *Wesenbec.in paratit. ff. si ager vectigalis, & c. numer. 2. Iul.Clar.in tract.de jur.emphyteut quaest.2. Angel & Iason in d.l.1.C.de jur emphyt.Idem Iason.& Bartol. in l un.ff.de condict.ex leg. Anton. Menes.in d. l. naturalis.5.ff.de praescript verb.Bocer d.class.2.disp.14.th. 18.lit.f.& in hoc §.numer. 72.& seq. pag. 435. Ioan. Ferrar.ad Rubr.tit.C.de jur.emphyt.Arumaeus Exercit.Iustin.14.th. 13. ad lit.b. Mynsinger.hic numer.6. Valascus in tract.de jur emphyteut.quaest.6.numer. 5. Haenonius quaestion. illustr.Disp.16.th.19. ubi allegat dissentientem Hedemannum in disp 17.th.48 lit.b.* Videatur Elbertus Leoninus *ad rubr. C. de jur. emphyt.numer.* 6. ubi ait,dissentire Baldum *in l. ult. C. quando liceat ab empt.reced.& in rubr.C. de rer.per-*
48 *mutat.* Istius autem rei disquisitio magni effectus est. Etenim in contractibus nominatis, re etiam integrâ,excluditur poenitentia. *l. sicut initio. 5. & ibi communiter Dd. C. de obligat. & act.* In contractibus verò innominatis, si res nondum intervenerit,& adhuc sit integra, poenitere licet. *l. si pecuniam. 5. in princ.ff.de condict.causa data,caus. non secut. Clarus d.quaest.2 Schneidewin, ad §. sequens. numer 13.& 14.f. de obligationib. ubi numer. 17. & nos hac de re disseruimus paulò copiosius.*
49 Ajo,emphyteusin esse contractum *bonae fidei.* Quoniam perpetua quaedā locatio ut plurimùm censetur. *hoc §.nostro; ibi, perpetuò quibusdā. & t. ubi Heigius numer.20.l.viam veritatis.10.C.de locato. Mynsinger.in rubr.hujus tit.numer.1 & hic initio. Cujac.in l.1. C. de locatione praedior.civilium vel fiscal. &c.* Iam verò *in §.actionum.28.infr.de actionib.* bonae fidei contractibus locatio generaliter sive indefinitè annumeratur. Quare ejus indefinitè factâ appellatione, haec quoq; locationis perpetuae species ut comprehendatur, necesse est. Deinde nihil in toto hoc contractu,ad substantiam ejus pertinens,esse videtur; quod non vel ex locationis,vel emtionis contractu acceperit. Est quippe ex utroque illo compositus. *hoc §. nostro.* Cùm igitur ea omnia, ex quibus consistit,ad bonae fidei contractus, emptionem & locationem,pertineant: perabsurdum esset, hunc contractum emphyteuticum, ex illis mixtum & conflatum, diversae naturae à simplicibus suis,ex quibus compositus est, censeri. Ideoque ad regu- 50
lam generalem,mixta sapere & assumere naturam suorum simplicium,meritò referendus est. *arg.l.1.ff.de aestimator.act.* Praeterea pacta huic contractui in continenti adjecta tam actionem, quàm exceptionem pariunt,*hoc §.nostro.vers.& siquidem aliquid pacti fuerit,& t.l.1. ibi, firma illibataq; perpetuâ stabilitate modis omnibus debeant custodiri. C. de jur. em-*
phyteut cùm tamen (secundùm veriorem sententi- 51
am) pacta contractibus stricti juris apposita, tantùm ad excipiendum prosint, non ad agendum. *l. juris gentium.7.§.quinimò.5.ubi Cujac.& Fortunius Garcias numer.26 ff.de pact. l.in bonae fidei.13.ibiq; Donell. C.eod.Decius,Curtius,Porcius,& alii in l.petens.27. C.d.t.Hotoman illustri quaest.36. & ad l.lecta.40. ff. de reb credit.Wesenbec.in paratit.ff.de pact. numer 9. Berchelt.in Commentar.de pact.cap.ult.numer. 46. & seqq. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 23. edit 1.* Quanquam alios circa hanc rem fluctuare,& aliter sentire me non latet. *Fachin.lib. 2. controversiar.jur.cap.99.Cent.lib.1. Disputat.cap.ult.Duaren. in d.l juris gentium.7.§.quinimo.ff.de pact. Goedd.in Commentar.de contrahen. & committ.stipulat.cap. 8.conclus.2.Guilhelm.Forster.in tractat. de pact. cap. 8.membr. 2. pag. 245. ubi plures citat.* Denique o- 52
mnes contractus, qui solo contrahentium consensu fiunt, bonae fidei sunt. Siquidem in iis alter alteri obligatur in id,quod alterum alteri ex bono & aequo praestare oportet,etiamsi linguâ non sit nuncupatum, vel verbis nominatim non expressum, *ut traditum est §. tit.de obligationib. ex consensu l. sed Celsus. 6. §. 1. vers.in emptis & venditis. &c. ff. de contrah. empt.l. 2 §.fin.ff.de obligat. & act.* Hunc autem contractū emphyteuticum solo consensu constare, mox audituri sumus. Eum ergo bonae fidei esse rectè statuimus.

Nec nobis adversatur, quòd vulgò objicitur, 53
omnes bonae fidei contractus recenseri *in d. §. actionum.28 infr.de actionib.* & inter illos emphyteusin non reperiri,adeòque bonae fidei contractum non esse. *Nam* omnes contractus bonae fidei vel verbis vel sententiâ dicti §. continentur. Verba emphyteu-

sin

ſin non exprimunt: ſententia utique; quoniam ſub
54 actione locati comprehenditur. At non tam quid verbis, quàm quid ſententiâ legis exprimitur, attendendum eſt. *l. nominis. 6. in fin. ff. de verb. ſignif. l. ſcire leges. 17. ff. de legib. l. non dubium. 5. C. eod. Donell. in d. §. actionum. numer. 34. infr. de actionib. Connan. lib. 7. Commentarior. jur. civil. cap. 12. Weſenbec. in hoc §. n. 8. D. Halbritter. in Comment. de jur. emphyteut. c. 1. & in elegante Diſput. de jure emphyteut. de Anno 1602. Reſpondente D. D. Samuele Bauſovie, theſ. 4. Arumaeus Exercitat. Inſtin. 14. theſ. 13. Althuſius lib. 1. Iuris Roman. c. 31 Forſter. Iunior. Diſput. 18. theſ. 10. Treutler. Diſput 29. theſ. 9. lit. c. vol. 1. & ibi Bachovius in ſuis not pag. 1124. nec non Hunnius quaſt 32. pag. 1786. & idem lib. 3. var. reſolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quaſt 10. Schegk. in delibatis jur. diſputat. 18. theſ. 66. lit. d. Hœnenius quaſtionum illuſtr. Diſput. 16 theſ. 19. lit. b.* Diſſentiunt tamen Dd. plerique omnes, *Bald. Iaſon in d. l. 1. num. 176. Salicet. ibid. in fin. & Sichard. numer. 6. & 46. C. de jur. emphyteut. D Bocer. d. claſſ. 2. Diſp. 14. theſ. 17. & d. tract. de qualit. & different. feuder. cap. 1. numer. 28. item in hoc §. numer. 63 cum ſeqq. pag. 433. & ſeqq. Guido de Suzaria in tract. de jur. emphyteut. numer. 3. Ioan. Ferrar. ad rubric. C d. t. Gœdd. de cent. & committ. ſtipul. d. cap. 8. concluſ. 2. numer. 53. Ioachimus Schepliz. in not. ad promptuar. tam juris civil. quàm feudal Balthaſari Klammeri tit. 10. de emphyteuſ. §. 1. numer 6. Alvar. Valaſcus in tract de jure emphyt. quaſt. 5. nu. 7. aliiq; ab eo allegati.* Quibus ſuffragantur *Stuckius d. part. 1. Exercit. Inſtin. decad. 12. aſſert. 6. lit. E. Cludius de ſequeſtrat. cap 1. numer. 30. Maulius d. tract. de emphytheuſi. cit. 1. numer. 8 Rutger. Ruland. in tract. de Commiſſar. & commiſſ. Camer. Imper. part. 3. lib. 5. numer. 9. cumq; citans Eggebrecht. d. ſynopſi juris emphyteut. concluſ. 37.* Cæterùm huc referenda ſunt, quæ annotavi *in addit. ad Iul. Clar. § emphyteuſis. quaſt. 2. num. 23. & ſeq.*

55 Adiicio in definitione, *ſolo conſenſu conſtans.* Quia emphyteuſis ad ſui perfectionem ſive ſubſtantiam, neque rei traditionem, neque verba, neque ſcripturam neceſſariò requirit: ſed ſola conventio de concedendo prædio fruendo, & præſtandâ annuâ penſione obligationem & vim illi tribuit, *arg. hujus §. & l. 1. C. de jure emphyteut. tot. tit. ſ. de obligat. ex conſenſu. l. 2. ff. de obligat. & act. l. qui ad certum. 14. ff. locati.* Quibus in locis habetur, emptionem & locationem ſolo conſenſu perfici. Ergo & hic contractus, utpote ex iis compoſitus, ſolo conſenſu abſque traditione
56 perficietur. Neque obeſt, quòd in hoc §. proponitur, prædium perpetuò fruendum alicui traditum fuiſſe. *verſ. ut ecce de prædiis, quæ perpetuò quibuſdam fruenda traduntur, &c.* Etſi enim in facto præmittitur, traditionem prædii interveniſſe: ex ſubſequenti tamen reſponſione tacitè evincitur, ad contractûs emphyteutici ſubſtantiam, traditionem non deſiderari. Is ſiquidem contractus antiquitùs putabatur eſſe vel emptio & venditio, vel locatio & conductio. Hi autem contractus rei traditionem ad ſui ſubſtantiam ſeu perfectionem minimè deſiderant, *ut arguit verſic. at nec dari quicquam. in d. t. ſuprà, de obligationib. ex conſenſ.* Sola igitur (*ut paulo antè dictum*) conventio & pactio validum firmumque hunc contractum efficit, obligationemque parit. Nec etiam rarum aut infrequens eſt, ut in facto plura, quàm ſubſtantia contractûs exigit, proponantur, *ut pateſcit ex l. naturalis. 5. §. 1. ff. de præſcriptis verb. & leg. fin. ff. de condict. cauſa datâ. &c.*

Quid ergò? an non ſcriptura ad ſubſtantiam 57
hujus contractûs præcisè requiritur? Id ſanè plurimi affirmant, *Accurſ. hic in verb. neque ad locationem. Angel. Aretin. numer. 8. Schneidevvin. numer. 7. Myñſinger numer. 23. & Heigius. numer. 24. Baldus, Salicet. Iaſon, Ceraſius numer. 8. & 12. Elbertus Leoninus numer. 3 & Sichard. numer 32. ad d. l. c. C. de jure emphyteut. Clarus lib. 4. ſentent. §. emphyteuſis. quaſt. 4. Vigel. lib. 5. jur. controverſ. c. 7. reg. 7. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civ. cap. 13. pag 445. Borcholt. in tractat. feud. cap. 3. numer. 7. & part. 1. diſput. de jure emphyteut. theſ. 4. pag. 118. Broncherſt. cent. e. ἐναντιοφανῶν. aſſert. 78. edit. 2. Forſter. Iunior. diſput. 18 theſ. 11. D. Obrecht. diſput. 36. th. 80. D. Bocer. in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. numer. 77. ed. 2. & dict. claſſ. 2. Diſput. 14 theſ. 3. 15. & 20. item in tract. de qualit. & different. feud. cap. 1. numer. 19. & ſeqq. & in hoc §. numer. 42. cum ſeqq. pag. 429. & ſeq. Octavian. Cacher. deciſ. Pedemont. 53. numer. 1. Afflict. deciſ. 72. numer. 7. Alexand. conſil. 117. numer. 4. vol. 1 & conſil. 50. numer. 4. vol. 5. Pariſ. conſil. 77. numer. 7. vol. 3 Cravet. conſi. 112. num. 8 Roland. à Valle conſil 87. numer. 9. vol. 1. Alvar. Valaſc. in tract. de jur. emphyteut. quaſt. 7. numer. 2. Maſcardus concluſ. 602. numer. 1. & 2. itemq; concluſ. 604. numer. 4. vol. 2. Schickhard. diſp. 14. ad Inſtit. theſ. 5. ſub lit. a. & reſolut. quaſt. 1. Paulus Berens. diſp. 11. ad Inſtit. them. 2. quaſt 5. Hunnius d. lib. 5. var. reſolut. jur civil. tract. 7. part. 2. quaſt. 11. Eggebrecht. d. ſynopſi jur. emphyteut. concluſ. 40. lit. C. Leonhard. Roſa in Diſp. 8. de jure emphyt. th. 11. vol. 3. Diſputationum Baſileenſ. Knipſchildt d. exercit. 9. quaſt. 5. pag. 328 Iuſtus Sebitz. d. diſput. 16. th. 14. pag. 251. aliiq; per illos relati.* Verum non pauci illud negant, *Accurſius, ſibi contrarius, & Bartol. in d. l. 1. C. de jur. emphyteut. Speculator. tit. de emphyteuſi. num. 5. Anton. de Butrio, & Panorm. in c. potuit. 4. de locato. Curt. Iun. & Alciat. in l. pactum, quod bona fide. 17. C. de pact. Lud. Roman. conſil. 103. num. 6. Molin in conſuetud. Pariſ. tit. 2 in princ. num. 38. & ſeq. Guido de Suzar. in tract. de jur. emphyteut. num. 4. Conrad. Ritterſhuſ lib. 1. partition. feudal. cap. 2. quaſt. 2 pag. 81 Franciſc. Sarmient. lib. 3. ſelectar. interpret. c. 2. num. 5. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civil. c. 12. n. 6. Fercatul. Necyomantia Dialog. 15. n. 9. Kirchov. commun. opin. cont. 2 concl. 6. Vulteius lib. 1. Iuriſpr. Roman. c. 36. in fin pag. mihi. 119 & in tract. de feud. lib. 1. c. 7. num. 42. pag. 177. Halbritter. in tractat. de jur. emphyteut. cap. 1 & in d. Diſp. de jur. emphyteut. de Anno 1602. theſ. 5. ad*

lit. b. Haekelman. Diſp. 11. theſ. 14. lit. b. Giphanius lib. 3. Diſp. 29. theſ. 22. & num. 25. Bachevius in notis ad Treutler. vol. 1. diſp. 29. th. 9. lit. D. pag. 1125. nec non nuperrimè Richter in tract. de contractib. diſput. 10. th.
58 *3 sub lit. e. pag. 312.* Hujusque negatæ ſententiæ, cui & ego, ceu veriori, meum addo ſuffragium, ratio multiplex redditur. I. Quia vulgata juris eſt regula: ſcripturam ad rei geſtæ ſubſtantiam aut fidem neceſſariò non requiri. *l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypothec. l. in re hypotheca. 4. ff. de fide inſtrumentor. l. in exercendis. 15. C. eod. l. qui ad certum. 14. ff. locati. d.*
59 *l. pactum, quod. 17. C. de pact.* At à regulâ, donec apertè demonſtretur exceptio, non recedendum eſt. *Bartol. in l. 2. num. 1. ff. ſi quis in jus voc. non ierit. Decius num. 7. & Sturcius num. 29. in l. 1. ff. de reg. jur. Menoch. conſil. 231. num. 52. conſil. 238. num. 17. conſil.*
60 *251. num. 35. & conſil. 272. num. 2.* II. Quia argumentum à feudo ad emphyteuſin procedere, indubitatum eſt, *ut docuit Iaſon in d. l. 1. C. de jur. emphyteut. Everhard. à Midelburg. in Top. legal. loco, ab emphyteuſi ad feud. Schrader. in tract. feud. part. 7. cap. 5. numer. 51.*
61 Atqui in contractu feudali ſcripturam non eſſe neceſſariam, feudique conceſſionem etiam per teſtes probari poſſe, conſtat, *cap. 1. quid ſit inveſtitura. lib. 2. feudor. tit. 2. ubi plerique Feudiſtæ. Hippolyt. de Marſil. in rubr. C. de probat. num. 31. Bald. conſ. 351. num. 3. vol. 1. Matth. de Afflict. in conſtitut. Neapol. libr. 2. rubr. 35. numer. 12. Maſcard. d. vol. 2. de probat. con-*
62 *cluſ. 768. & 769.* III. Quia in hoc §. noſtro ſcriptum extat; tantam eſſe inter contractum emphyteuticum & inter venditionem locationemque familiaritatem ſive ſimilitudinem, ut à veteribus dubitatum fuerit, num ille contractus venditioni, an locationi ſit aſſociandus. Jam verò ſi contractus emphyteuticus in ſcriptis præciſè eſſet conficiendus: inepta veterum fuiſſet dubitatio, utrùm venditio vel locatio eſſet: ſiquidem certiſſimi juris eſt, venditionem & locationem ſolo conſenſu, absque ſcripturâ, perfici. *1. tit. ſ. de obligat. ex conſenſ. l. contractus. 17. Cod. de fide inſtrumentor. & jurib. ſimilib. ſuperius allegatis.* IV. Quia Juſtinianus Imp in hoc ipſo §. omnia, quæ à Zenone *in d. l. 1. Cod. de jur. emphyteut.* conſtituta ſunt, ſummatim refert & explicat; & tamen nullius prorſus ſcripturæ meminit: ſed ſimpliciter aſſeverat, quòd ea, quæ pactionibus intervenientibus in contractu emphyteutico acta ſunt, ſervari & cuſtodiri debeant: proindeque vim ejus totam conventioni, ſine
63 ſcripturâ celebratæ, attribuit. V. Quia idem Juſtinianus *in l. 2. ibi, ſin autem nihil ſuper hoc capitulo fuerit pactum, &c. & in l. 3. ibi, ſin autem nullo modo hujusmodi pactio interpoſita eſt, &c. C. de jur. emphyteut.* non obſcurè innuit, quicquid in hoc contractu in pactionem conventionemve deductum eſt, obſervari debere: atque adeò omnem hujus contractûs vim in conventione, etiam ſine ſcriptis interpoſitâ, conſiſtere oſtendit. Etenim ſi ſcriptura ſeu inſtrumentum de ſubſtantiâ hujus contractûs eſſet, illo non interveniente, vel deperdito, ipſo jure nullus foret contractus: quod tamen falſum eſſe, cla-
64 reſcit *ex d. l. 3. in princ. C. eod.* VI. Quia idem Imperator Juſtin. *in Novell. 7. in præfat. §. 1. verſ. Anaſtaſius autem, &c.* refert: Imperatorem Anaſtaſium conſtituiſſe, quòd in perpetuâ rei Eccleſiaſticæ emphyteuſi ſcriptura ſit neceſſaria: in temporaneâ verò, quæ ſcilicet fit ad ſolam vitam accipientis, interponi illa neceſſariò non debeat. Jam ſi ex Zenonianâ conſtitutione generaliter ſcriptura ad hujus contractûs ſubſtantiam requireretur: fruſtratoria & ſupervacanea fuiſſet Anaſtaſii (qui 26. annis imperavit poſt Zenonem) conſtitutio, quâ per emphyteuſin res Eccleſiæ in perpetuum alienari, absque ſcripturæ interventu, non poſſe ſancivit. *Molin. in conſuetud. Pariſ. d. tit. 2. in princ. numer. 39.* Eſtque
manifeſtius, quàm ut negari à quoquam poſſit: Ana- 65
ſtaſium dicto in loco non extendiſſe aut ampliaſſe, ſed reſtrinxiſſe magis facultatem alienandarum rerum Eccleſiæ. Nam relata Imp. Leonis conſtitutione, Juſtinianus hæc ſubjicit verba: *Anaſtaſius autem piæ memoriæ, &c.* Ex quo verborum ordine apparet, Anaſtaſium coarctaſſe rerum Eccleſiæ in emphyteuſin conceſſionem, poſt Leonem conſtituendo, ut ſcriptura ad perpetuam Eccleſiaſticæ rei emphyteuſin adhibeatur. Ait enim Juſtinianus: *Anaſtaſius autem geſta monumentorum conſtituit fieri, &*
tempus certum, &c. Hoc cùm verè ita ſe habeat: 66
fruſtra conatur Cacheranus *d. deciſ. pedemont. 53. numer. 1.* hanc Molinei interpretationem, tanquam paradoxam, explodere. Etenim, *ut modò dictum,* Juſtinianus retulit Leonis conſtitutionem, & primò quidem ejus prohibitionem, quomodo interminatus ſit emptori, œconomo vendenti, tabellioni inſtrumentum venditionis conficienti, item judicibus: deinde quid permiſerit, &c. Nec movet, quòd in d. Nov. *7. in d. præfatione. verſ. ad hoc autem, &c.* hæc verba legantur: *Et tabellionem, qui talia confecit inſtrumenta, &c.* adeòque videatur ex eo, quòd tabellioni interminatus ſit pœnam, colligi poſſe: fuiſſe cautum à Leone Imperatore, qui Zenonem præceſſit, in alienationibus rerum Eccleſiaſticarum documenta requiri. Quandoquidem non minùs evidenti argumentatione evinci & hoc poteſt: Leonem hoc quoque conſtituiſſe, ut judices interveniant: cùm æquè eorum, ac tabellionum mentionem fecerit, *d. verſ. ad hoc autem. ibi, ipſos quoque maximos judices, &c.* Si dixeris: de judicibus quod affertur, eum habere ſenſum, ſi apud judices hic contractus fuerit initus; non quòd neceſſe ſit ſemper apud eos contrahere. Tunc ſanè idem de tabellione fuerit admittendum. Nec enim aliâ occaſione, aliòve reſpectu judicum, quàm tabellionis mentio
facta fuit. Sed & *in d. verſ. ad hoc. & in d. §. 1. verſ.* 67
quia verò didicimus, &c. ideo ſolùm de documentis ſive ſcripturâ facta fuit mentio: quòd ea frequenter adhiberi ſoleat in hoc contractu: ne fides aliâs, defunctis teſtibus, per temporis longinquitatem perimatur. Et quid multis? Anaſtaſium fuiſſe primum, qui ſcripturam hoc in contractu intervenire conſtituerit, clariſſimum eſt *ex d. verſ. Anaſtaſius autem, &c.* per hæc verba ibi expreſſa: *Anaſtaſius autem geſta monumentorum conſtituens*

fieri

fieri super alienationibus, &c. Id quod certè Justinianus de Anastasio falsò scripsisset, si ante ipsum Leo gesta monumentorum fieri constituisset. Hoc insuper perquàm absurdum est, quod Cacheranus *loco supra notato* ampliùs subjungit, & sentit: quòd Leo constituerit, requiri scripturam in alienatione rei Ecclesiasticæ, id Zenonem *in d. l. 1. C. de jure emphyt.* extendisse etiam ad res privatorum: sed Anastasio postea visum fuisse distinguere inter emphyteusin temporalem, & perpetuam: ut hæc cùm gestis, illa sine gestis fieret. Cùm enim Anastasius in rerum Ecclesiæ duntaxat, & non etiam privatorum alienatione distinctionem istam fecerit. *d. verf. Anastasius autem, &c.* sequeretur inde, eum faciliùs rei Ecclesiæ, quàm alicujus privati, in emphyteusin concessionem admisisse. Sic etenim, secundùm legem Zenonianam, res privatorum sine scripturâ generaliter non rectè in emphyteusin concederentur: Ecclesiæ verò res ad vitam accipientis solummodo, sine scripturâ ex Anastasii constitutione concedi possent. Hoc autem dictu perquàm absurdum esse, nemo non animadvertit.

68 Porrò nihil planè ad rhombum facit, quòd Dominus D. Bocerus *in d. tract. de qualit. & different. feudor. cap. 1. num. 26. pag. 109. & in hoc §. numer. 57. cum seq. pag. 412.* ad destructionem hujus fundamenti nostri, *ex d. Novell. in princ. § 1. sive ult. verf. Anastasius.* extructi; contendit: per *gesta monumentorum.* illic intelligendam esse scripturam publicam: adeòque in emphyteusi civili sive seculari privatam duntaxat desiderari scripturam: ast in emphyteusi ecclesiasticâ exigi monumentorum gesta, id est (ut ipse interpretatur) scripturam publicam. *Etenim* nullo evidenti textu juris demonstrari poterit, per *monumentorum gesta* scripturam tantùm publicam exaudiendam esse. Nam quod concernit textus, à Dn. D. Bocero allatos: ii non omnes simpliciter loquuntur de *monumentorum gestis*: sed addunt plerique verbum *insinuationis*: ex quo appareat, qualia monumenta in istis textibus intelligi debeant, nimirum illa, quæ ad insinuationem donationis, summam quingentorum solidorum excedentis, coram magistratu expediendam, requiruntur, sicque publicis actis insinuata & comprehensa sunt: ut videre est *in l. penult. § ult. C. de donat. & Novell. 119. in princ. & locis si-*
69 *milib.* Sed & exploratum est: generali *monumenti* appellatione comprehendi omne id, quod ad memoriam posteritatis spectat, ut Cicero *lib. 5. familiar. &*
70 *passim.* tradit. Eòque confert *l. census. 10. ff. de probationib.* ubi Marcellus ait: monumenta publica potiora esse testibus. Quibus utique verbis non obscurè indicat, esse quoque monumenta privata. Aliàs enim non addidisset verbum, *publica.* Idque latius confirmat Hugo Donellus *in tract. de fide instrument. cap. 2. pag. mihi 279.* Adhæc posito (sed citra veritatis præjudicium) *in jam d. Novell. 7.* per *monumentorum gesta* intelligendam esse tantummodò scripturam publicam: atque adeò in ecclesiasticâ emphyteusi requiri publicam scripturam: non tamen inde sequeretur, quod in civili seu seculari emphyteusi scri-

ptura privata exigeretur. Siquidem in eâ nullam planè, sive publicam, sive privatam scripturam esse necessariam, paulò antè fat firmis argumentis demonstratum est. Deniq; quia usu hæc sententia & consuetudine recepta est, *ut testantur Bart. in d. l. 1. numer. 6. C. de jur. emphyteut. Socin. senior. conf. 120. numer. 24. lib. 4. Ioan. Rimin. conf. 421. numer. 28. vol. 3. Dec. conf. 420. & conf. 540. Corn. consil. 187. col. fin. lib. 1. Paris de puteo in tract. de reintegr. feud. in cap. pone quod fuit, col. 2. numer. 7. fol. 86. hosq; referens Valascus d. tract. de jur. emph. quæst. 7. numer. 2. Idem firmat Mynsinger. Respons. 66. numer. 5. Decad. 7.* Consuetudo autem est optima legum interpres, *l. si de interpretatione. 37. ff. de legib. cap. cùm dilectus. 8. de consuetud.* & opinioni à consuetudine approbatæ standum est. *arg. l. minimè. 23. & l. de quibus. 32. ff. de legib. l. 1. verf. sanè crebrior. ff. de offic. quæstor. Dd. in l. dos à patre. 4. C. solute matrimon. & in l. 1. & Auth. ibi positâ. Cod. si secundo nupserit mulier, &c. Menoch. de præsumptionib. lib. 2. præsumpt. 71. num. 22 ubi plures citat.* Est igitur verissima sententia putantium; scripturam ad substantiam hujus contractus non requiri: nisi res Ecclesiæ in perpetuum in emphyteusin concedatur. *Quâ de re latiùs infra n. 104. & seqq.* 71 72

Huic tot rationibus jam relatis corroboratæ conclusioni non obstat *l. 1. C. de jure emphyt.* ubi Zeno 73 scripturæ meminit, & ablativis absolutis utitur, *Scripturâ interveniente*: quorum ea est natura, ut conditionem inducant. *l. ab emptione. 58. ff. de pact. l. si mandatu meo. 45. §. ult. ff. mandati. l. creditor. 13. in princ. ff. qui potior. in pigner. hab. l. evictis. 18. & l. lite contestata 35. ff. de usur. l. fructus. 7. §. divortio facto. ff. solut. matrim. l. à testatore. 109. ff. de condit. & demonstrat. l. acceptis. 93. ff. ad L. Falcid. l. facta. 63. §. rescripto. ff. ad SC. Trebell.* At conditionem 74 præcisè & ad unguem esse servandam, nec per æquipollens adimpleri debere, palàm est. *l. qui heredi. 44. §. contra 3. & l. Mævius. 55. ff. de condit. & demonstrat.* Lex, *inquam*, ista non obstat. *Etsi enim* in eâ (*ut & in l. 2. & 3. C. eod.*) fit mentio scripturæ sive instrumenti intervenientis: non tamen propterea sequitur, scripturam plane esse necessariam. Nam 75 etiam dos pacto nudo constituitur. *l. ad exactionem. 6. C. de dotis promissione, &c.* & tamen lex meminit instrumenti dotalis, *in l. fin. post princ. Cod. eod. tit.* Enimverò lex illa astruit, pactiones super emphyteusi, scripturâ interveniente, celebratas, firmas esse; non quòd scriptura necessariò requiratur: sed quòd (*ut jam superiùs dictum*) frequenter & plerunque hic contractus in scripturam redigi soleat: ut faciliùs, si forsassis ejus memoria periclitaretur, ex scripturâ in memoriam revocari, comprobarique posset. Deinde ex ipso *dictæ. l. 1.* contextu, si penitiùs introspiciatur, manifestè apparet; illis verbis, *scripturâ interveniente*, non significari, scripturam in contractu emphyteutico necessariam esse: siquidem Zeno ibidem hæc subjicit verba: *ita ut si interdum ea, quæ fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta, &c.* Quibus clarissimè indicat, 76 pactiones, quarum in præcedenti versiculo fecit mentionem,

tionem, non esse necessariò in scriptum redigendas: sed etiam absque scripturâ subsistere. Vult etenim omnino, sufficere pactorum conventionem. Hancq; ipsius fuisse mentem, constat *ex hoc §. nostro*, ubi Justinianus ex illâ ipsa Zenonianâ constitutione, ad contractûs emphyteutici perfectionem, nudam conventionem, sine scriptis initam sufficere, luculenter eo ipso ostendit, quòd nullius scripturæ mentionem injecerit. Adhæc ablativi isti, *scripturâ interveniente*, non ad hujus contractûs substantiam, sed ad pacta ei adjecta referuntur. Ait namq; Zeno, emphyteusin esse justum validumque contractum; in quo euncta, quæ inter utrasq; contrahentium partes super omnibus, vel etiã fortuitis casibus, pactionibus *scripturâ interveniente* habitis placuerint, firma illibataq; perpetuâ stabilitate modis omnibus debeant custodiri. Vbi certè priùs de contractu perfecto validoq; verba facit, & postea demum subnectit, pactiones scriptura interveniente illi appositas, esse modis omnibus custodiendas. Ideòque si per istos ablativos, *scripturâ interveniente*, aliqua scripturæ necessitas importaretur: sequeretur inde, non quidem contractum emphyteuticum, sed pa-

77 cta ei adjecta scripturam desiderare. Quod cùm pronunciatu absurdum sit: recipienda erit interpretatio nostra, quâ isthæc absurditas evitari possit, *arg. l. in ambigua. 19. ff. de legib. l. nam absurdum. 7. junctâ l. praced. ff. de bonis libertor. l. 1. §. & restituendi. vers.*

78 *est enim absurdum ff. de publican. & vectigalib.* Præterea non perpetuum est: ablativos absolutè positos conditionem inducere vel continere. Nam his ablativis interdum factum duntaxat intelligitur, & nulla conditio. *l. necessarium. 2. §. exactis deinde regibus. 16. ff. de orig. jur.* Deniq; argumentum *in d. l. 1. C. de jure emphyteut.* quâ vulgaris opinio fundatur, à contrario

79 sensu sumitur. Quod argumentum nullius momenti esse, si ex eo vel pravus & contra leges alias intellectus resultet, vel correctio communium regularum juris introducatur, notatur *in l. 1. in princ. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. & in l. 2. C. de condictionib. insertis, &c.* & docuit *Everhardus à Midelburg. in locis*

80 *suis legalib. loc. à contrario sensu. num. 4. & seqq.* Vtrumq; autem hîc, si isti argumentationi esset locus, accideret. Neque enim solum textus expressus evidenti demonstratione contrarium disponens *ex d. Novell. 7 in præfat. §. 1. vers. Anastasius, &c.* adduci potest: sed etiam trita regula juris est: scripturas fieri; ut, quod actum est, per eas faciliùs probari queat: sine his verò valere, qnod actum est, si probationem habeat. *d. l. in re hypotheca. 4. ff. de fide instrumentor. cum*

81 *concordantibus f. allatis. num. 58.* At dices: emphyteuticus contractus aliter, quàm scriptura, probari

82 non potest. *Quasi verò* testibus, aliòve modo commodè probari non possit. Annon ex solutione annui canonis perspicuè satis de re in emphyteusin concessâ constabit? Ac sanè ex præstatione canonis, per diuturnum tempus tanquam ab emphyteura factâ, contractum emphyteuticum præsumi, multorum auctoritatibus confirmat Menochius, *de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 108.* Nec obest, quod in contrarium affertur, contractum emphyteuticum requirere pro sui essentiâ scripturam: quæ non præsumitur ex cursu temporis, ubi pro essentiâ vel solennitate actûs exigitur. *Felin. in cap. sicut. colum. 17. de re judic. Ruin. consil. 69. colum. 6. vers. secundò respondetur. lib. 1. & cons. 49. num. 9. libr. 4.* Firmis enim ac invictis rationibus jam supra ostensum & decisum est: contractum emphyteuticum solo consensu absque scripturâ iniri. Reliqua, quæ à D. D. Bocero & Hunnio, *locis supra notatis*, objici huic assertioni solent argumenta, abundè refutata sunt *in additionib. meis ad Iul. Clar. §. emphyteusis, quæst. 4. num. 10 & seqq.*

Refutatis igitur omnibus D. Boceri argumentis, quibus ipse adductus scripturam de substantiâ hujus contractûs esse putabat; & quæ à quoquam *in æternum* refutati non posse, falsò sibi persuadebat, *in hoc §. sub num. 51. pag. 430.* illud porrò investigandum restat, quænam in re aliâ, differentia specifica & forma contractûs emphyteutici consistat & contineatur, si non scripturâ. Hoc etenim audire & scire percupit Dn. Collega Bocerus, *hic numer. 49. pag. 429.* Præmittendum itaque; differentiam specificam dici, quâ species sub eodem genere contentæ inter se distinguuntur. Ita enim inquit Porphyrius in suâ Isagog. cap. 3. *διαφορά ἐστι τὸ χωρίζειν πεφυκὸς τὰ ὑπὸ τὸ αὐτὸ γένος.* Et in fine: *Εἰσὶν οὖν αἱ εἰδοποιοὶ διαφοραί, ὅσαι ἕτερον εἶδος ποιοῦσι.* Cùm proinde emphyteusis sit sub genere contractuum ex consensu: dispiciendum, quomodo ab aliis ejusdem generis speciebus, puta emptione-venditione, locatione-conductione, societate, & mandato differat. Si quid igitur deprehensum fuerit in emphyteusi, quod idem non deprehendatur in reliquis contractibus ex consensu: in eo procul dubio differentiam specificam emphyteuseos consistere, dicendum. *Id autem est præstatio canonis*, sive potiùs conventio de præstando canone, quotannis in recognitionem dominii solvendo. Talis quippe præstatio in nullo reliquorum contractuum ex consensu reperitur, ut cuivis patet. Hæc ergo contractûs emphyteutici differentia specifica erit; neutiquam verò scriptura, ut erroneè sentit Dn. Collega Bocerus. Si enim scripturam statueremus differentiam specificam: sequeretur, quod & emptio-venditio, & locatio-conductio, & societas, & mandatum, in emphyteusin degenerarent, quoties scriptura intervenit. Posito namque genere & differentiâ specificâ; ponitur ipsa species. Sicuti posito animali, & rationali; ponitur homo. Cùm itaque posito contractu ex consensu, & scripturâ; non ponatur emphyteusis statim (cùm & alii contractus ex consensu in scripturam redigi possint) apparet utique, differentiam specificam hujus contractûs in scripturâ consistere, non nisi ineptè dici posse.

Atque ex hac decisione patet etiam resolutio 83 seu responsio ad istam quæstionem, quâ in dubium vocatur: utrùm in distractu, per quem ab emphyteusi

teusi constitutâ receditur, scriptura sit necessaria? Et eam quidem non minùs in distractu, quàm contractu emphyteutico desiderari, opinantur nonnulli, relati à Cachesano *d. decis. 53. numer. 10. & seqq.*
84 hac ratione permoti: Quia solennitas, quæ requiritur in contrahendo, requiritur quoque in dissolvendo, *Auth. econtra. Cod. de repudiis.* & ea, quæ requiruntur necessariò ad alicujus actûs constructionē, exiguntur pariter ad ejusdem destructionem. *l. prout quidque. 80. ff. de solutionibus l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur. Bartol. in l. actor. 9. numer. 9. ff. rem ratam haberi. Paul. de Castro in l. tria prædia. 31. numer. 5. ff. de servit. præd. rusticor. Dec. in cap. cùm etnuos. col. 5. vers. aut in primo actu. de constit. Iason in l. omnium 19. numer. 9. Cod. de testamentis. & consil. 142. numer. 2. vol. 4.* Verùm cum demonstratum sit abundè; contractum emphyteuticum nudo consensu sine scripturâ perfici: opinio hæc, utpote debili falsoque suffulta fundamento, per se absque ullâ refutatione corruit: & ex adverso plusquàm manifestum evadit, à contractu emphyteutico nudâ conventione, nullâ etiam interveniente scripturâ recedi posse. *Quam rem uberius persequitur D. Halbritter. d. tract. de jur. emphyteutic. cap. 5. circa finem.*

85 Sed ut ad definitionem regrediar, rectè in eâ sequitur, *quo dominus.* Dantem enim sive concedentem omnino dominum esse oportet: quoniam ab alio, quàm domino, emphyteusis non rectè constituitur. *hoc §. nostro. ibi, pro his domino. & versicul. sed talis. ibi, ad dominum, &c. Iason. in l. 1. numer. 38. & 39. Cod. de jure emphyteutic.* cùm nemo plus juris in re quaque in alterum transferre possit, quàm
86 ipse habet. *l. nemo plus. 54. ff. de reg. jur. Donell. lib.*
87 *9. Comment. de jur. civil. cap. 13.* Dominum autem intelligimus illum, quicunque rei in emphyteusin datæ dominium habet, *tradente Iohanne Borcholt. in tract. de feud. cap. 3. num. 4.*

88 Infero præterea definitioni hæc verba: *de dando prædio suo.* Quibus verbis nota sive differentia hujus contractûs propria continetur. Nam locum is tantùm habet in prædiis, hoc est, in rebus soli sive immobilibus. In mobilibus siquidem, quæ usu non meliorantur; sed aut utendo pereunt, aut deteriores fiunt, emphyteusis constitui, & utile dominium alteri concedi non potest. *l. 1. & rubric. tit. ff. si ager vectigal. id est, emphyteuticar. pet. hoc §. nostro, ibi, de prædiis. & ibi. id prædium, &c. Iason in d. l. 1. numer. 181. C. de jur. emphyteut. ibique Azo in summâ sua. num. 2. Decian. responso. 123. num. 44. vol. 3. Valascus de jur. emphyteut. quæst. 1. num. 4. & qu. 12. numer. 1. & 11.* Nec moveor, quòd ususfructus in rebus etiam mobilibus consistere queat. *§. constituitur. 2. supr. de usufruct. l. 3. §. 1. l. nomismatum.*
89 *28. l. statua. 41. ff. d. t.* Vsufructuarius enim non utile (quod vocant) dominium, sed utendi fruendique saltem facultatem, à jure dominii separatam, vel certe jus, quod in multis casibus similitudinem habet dominii, consequitur. *l. 1. & l. 4. ff. de usufr. &c.* Vnde passim agri vel fundi dicuntur vectigales sive emphyteuticarii, in quibus nimirum jus emphyteuticum constitutum est. *d. l. 1. & tot. t. ff. si ager vectigal. l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignor. act.* Atque ita agri vectigales, & agri vel prædia emphyteuticaria idem sunt: quoniam in Pand. 90
Florentinis ita titulus habet: *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.* ut etiam explicatur *in l. secundum. 15. in princ. ff. qui satisd. cog.* & quia utriusq; agri, puta vectigalis & emphyteuticarii, eadem est definitio. Etenim quæ definitio est agri vectigalis *in d. l. 1. ff. si ager vectigal. &c.* eadem est agri emphyteuticarii *in præsenti §.* Constat autem, definitionem id ipsum esse, quod res est, quæ definitur: ut, quorum definitiones eædem sunt, ea quoque inter se necesse sit esse eadem. *Donell. lib. 9. Comment. de jure civil. cap. 13. pag. 443. num. 40. & seq. D. Obrecht. disput.* 91
36. thes. 48. Borcholt. de feud. cap. 3. num. 26. Hœnonius quæstion. seu controvers. illustr. Disputat. 16. controversia 18. ubi dissentientem allegat Molinæum. in consuetud. Paris. tit. 2 in princ. numer. 25. & seqq. nec non Corasium in l. ei, qui. 16. in fin. ff. de servitutib. & ad tit. C. de jure emphyteut.

Subjicio item, *in perpetuum.* Est siquidem primæva hujus contractûs natura, ut sit perpetuus, *hoc nostro §. ibi, de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur. l. 1. ff. si ager vectigal. id est, emphyteuticar. pet. l. quicunque possessiones. 3. ibi, sed eas in perpetuum. C. de fundis patrimonialibus, &c. Novell. 7. cap. 1. vers. alienationis autem nomen, &c. Novell. 120. cap. 1. §. si verò quædam & cap. 6. §. 1. Menoch. libr. 3. de præsumptionibus. præsumpt. 109. numer. 12.* Atque inde est, quòd si non constiterit, 92 93
emphyteusin ad vitam vel certas generationes fuisse concessam, perpetua esse judicetur. *Angel. in d. Novell. 7. c. 3 Iason in l. 2. num. 160. C. de jure emphyteut. hosq; allegans Alvar. Valascus in tract. de jur. emphyteut. quæst. 1. num. 12.* Inde quoque hoc jus emphyteuticum sæpe dici solet jus perpetuarium, & interdum jus perpetuum, & nonnunquam locatio perpetua, & ipsi emphyteutæ coloni perpetuarii. *l. 1. C. de officio Comitis sacri Palatii l. 1. 3. & 5. C. de locat. prædior. civil. &c. l. viam veritatis. 10. C. de locato. Connan. lib. 7. Commentar. juris civil. cap. 12. num. 2. Tiraq. de retr. lignag. §. 1. gloss. 14. num. 84. Hoigtus hic num. 3.* Vide tamen Gasparum Schifordeghesum *lib. 1. ad Ant. Fabr. tract. 18. quæst. 1.* 94

Subjungo, *vel ad tempus.* Quamvis enim hic contractus sua naturâ sit perpetuus, *ut modo ostensum:* tamen etiam ad tempus, putâ ad 10. 20. 30. pluresve annos, vel ad vitam concedentis, seu ad duas, vel tres generationes (appellant quippe vulgariter generationem, vitam uniuscujusque emphyteutæ) pactis partium emphyteusin concedi posse, notum est *l ult. ff. si ager vectigal. &c. d. Novell. 120 c 5. in princ. ibi, ultra quinquennium volumus fieri. & d. cap. 6. §. 1. Cujac. in l. 1. C. de locat. prædior. civil. Iul Clar. de jure emphyteut. q. 28. num. 3. Giphan. libr. 3. disputation. juris civil. Disp 29. thes. 21. & ibi Olemannus numer. 24. Elbert. Leoninus ad l. 1. num. 5. C. de jure emphyt.* 95
Nec ideo vera & propria emphyteusis esse desinet: 96
quia

quia licèt naturalia contractûs mutentur: non tamen
nomen, vis & substantia ipsius contractûs subvertitur.
*Iason in l. cùm quid. 3. numer. 2. ff. de reb. credit. si cert.
pet. Ioan. Secarratis ad consuetud. Cathalo. pag. 122.
numer. 15. & fusiùs Valasc. d. quæst 1. num. 12.*

Quæri hic poterit: num locatio ad longum tem-
97 pus, sive ultra decennium facta, transferat utile domi-
niũ in conductorem, adeóque in emphyteusin trans-
eat & degeneret? Id quidem affirmant Doctores
plerique, *Ruin. consil 57. vol. 1. & consil. 61. colum. 1. Ti-
raquell. de retraict. lign. §. 1. gl. 14. numer 79. cum seqq.
Mezzius de locat. & conduct. cap. de divis. locat num.
7 & 8. Ioan. Petr. de Ferrar. in tit. forma libell. ad ficti
præstationem. gloss 1. in princip. Socen. consil. 167. non
utilis. colum. 2. lib. 2. & consil 156. num. 6. lib. 1. Raph.
Fulgos. consil. 240. Iason in l. 2 numer. 8. C. de jure em-
phyteut. Boër. decis. 234. Felin. consil 25 numer. 4. & 9.
Cujac. hic in Notis suis, Donell. lib. 9. Commentar. de
jur. civ. cap. 13. in fine pag. 447. Ioan. Gars. de expens.
& meliorat. cap. 14. Gutierrez. Canon. quæst. lib. 2. c.
8. numer. 21. Cavallos. in tract. commun. opin. contra
commun quæst. 99. aliįq; citati à Valasco in d. tract.
de jure emphyteut quæst. 27. num. 19.* Sed negativa
98 sententia veritati magis accedit. Tum quia non tem-
pus, sed conventio emphyteusin facit; adeóque non
temporis adjectione, sed propriâ conventionis formâ
contractus ab invicem distinguuntur, *arg. l. si procura-
torem. 8. ff. mandati. & l obligationum ferè. 44. ff. de
obligat. & actionib.* Tum quia locationis ea est natu-
99 ra, ut dominium non mutet, *per textus generaliter lo-
quentes in l non solet. 39. ff. locati conducti l. convenit.
65. & l. cùm manu. 80. § fin. ff. de contrah. empt.* cùm
nec possessionem transferat. *l. non solùm. 33. §. 1. vers.
cùm hæc igitur. ff. de usurpat & usucap. l. cùm in plu
res 60. §. 1. ff. locati. & monitum ad §. 2. numer. 8. supr.
hoc tit.* Quare secundùm hanc contractûs naturam,
contractus intelligi debet; nisi aliud expressè conven-
tum fuerit. *l. ex empto. 11. § 1. ff. de actionib. empti. l. si
stipulatus. 4. ff. de usuris, &c.*

100 Cui non adversatur *l. qui rem propriam. 20. C. de
locato.* ex quâ dicendum videtur, quòd si non rem
propriam, sed alienam quis conducat, dominium
transferatur, *arg. l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est ju-
risd.* Nam argumentum ex istâ lege à contrario sen-
su deductum, infirmum est: propterea quòd textus
expressi eidem repugnant. *d. l. non solet. 39. ff. locati.
cum similibus.* Deinde in lege illâ 20. dominium rei
conductæ haud ideò minùs transfertur, quia condu-
ctio rei propriæ non valuerit, quod aliàs, si valuisset
conductio, translatum esset: sed ideirco, quia hoc ipso,
quòd rem propriam quis sibi conductam volens, non
habuerit animum dominium dimittendi, illudque in
locatorem transferendi: cùm ignorarit, rem propri-
am esse, & alienam putaverit. *L. in omnibus rebus. 55 ff.
de obligat. & actionib.*

101 Nec item adversatur. *l. 1. §. quod ait. 3. ff. de su-
perficieb.* ubi Vlpianus in superficiario conductore di-
stinguit inter conductionem brevis, & conductionem
longi temporis, alteri negans, alteri concedens in rem
actionem: quæ ipsa concessio notissimos rationis ter-
minos, quæ non nisi personalem actionem producit,
egreditur. *Licèt* enim hæc actio, quam Vlpianus sim-
pliciter in rem actionem nominat, non possit esse di-
recta, sed utilis, *ut constat ex d. l. 1. §. in fine. & §. is
autem. 4. ff. d. tit. l. tutor. 16 in fine. ff. de pignorat. act.*
inde tamen minimè sequitur, quòd ex utili actione,
utile (quod appellitant Pragmatici) dominiũ protti-
nus inducatur. Siquidem utiles in rem actiones di- 102
cuntur non ratione ullius utilis dominii, sed ad diffe-
rentiam actionum directarum: quia cùm directæ non
competant: nisi ratione dominii; utiles è contrario
competunt, non ex causa dominii alicujus, sed ex eo
jure, quod quis in re alienâ obtinet; cùm jus tale est,
ut non possit ab eo invito auferri, non magis, quàm si
cum possessione dominium conjunctum inveniretur.
Tale autem jus habet superficiarius, & alii, si qui sunt
similes: quibus, quòd non sint domini, actio directa
denegatur: sed ita tamen, ut utilis iis, propter jus,
quod in re habent, domino quoque invito, conceda-
tur. Hucque pertinent, quæ annotavimus *ad prin- 103
cipium tit. supr de rer divis. numer 42. & seqq.* Porrò
ideo ex locatione, ad longum tempus factâ, potiùs,
quàm ex locatione, factâ ad tempus modicum, datur
in rem utilis actio: quoniam sic Prætori placuit, ad
impetrandam utilem in rem actionem, temporis lon-
gitudinem & possessionis accedere debere. Superfici-
em namque prætorio jure constitutam, ex conducti-
one longi temporis, utili in rem actione peti constat;
ideirco, quòd lõgæ possessionis prærogativa ex edicto
constabat, ex quo utiles actiones competebant: ut
proinde rectissimè asseratur, non aliter ex edicto, hac
in re utilem actionem dari potuisse, quàm si ad non
modicum tempus superficies conducta fuerit. Præ-
terea dum *in d l. 1 §. 3. ff. de superficieb.* dicitur actio
in rem à Prætore, & quidem causa cognitâ, dari: ma-
nifestum indicium est, longum tempus per se non
producere effectum vel dominium juris realis. A-
liàs enim actio non tam dari, quàm potiùs ex locati-
one hujusce modi nasci diceretur. Sed vide de hac
quæstione plenissimè dissertantem Gasparum Schi-
fordegherum *d. lib. 1. tract. 18. quæst. 2. 3. & 4.* Eà-
dem de quæstione videantur Franciscus Connan. *lib.
7. Commentar. jur. civ. cap. 12. numer. 2. cum seq. We-
senbec. in Paratit. ff. locati conduct. numer. 8. Pinelus
in l. 1. part. 3. numer. 66. C. de bonis mater. Fernand.
Vasq. de success. creat. lib. 1. §. 10. numer. 78. Sarmient.
libr. 3. selectar. interpretat. cap. 2. numer. 31. Gourrejus
ad l. 2. C. de rescind. vendit. pag. 120. Riemer. decad. 11.
quæst. illust. 2. Frantzkius exercit. 11. quæst. 5. pag. 355.
& seqq. Bronchorst. centur. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 67.
edit. 2. Hœnonius quæstion. seu controvers illustr. Di-
sput. 16. controvers. 17. Heigius hic numer. 4. & 5. item-
que Ant. Matthæus in suis* Notis, *Bachovius in suis*
Notis, *ad vol 1. Treutler. disp. 29. th. 4. lit. C. pag. 1111.
& Hunnius ibidem quæst. 2. pag. 1747. cum seq. item
lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 14.
pag. 1152. & seq.* Eandemque quæstionem & nos
attigimus *in addit. ad Iul. Clar. §. emphyteusis. quæst.
1. numer. 12. & seqq.*

Insu-

Insuper definitioni adhibeo verba illa: *pro pen-*
104 *sione annuâ.* Quandoquidem hæc annua pensio
(quæ aliàs vectigal dicitur. *l.1.& 2. ff. si ager vecti-*
gal.&c. l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypoth.
quandoque canon. *l. 3. §. necessitatem. C. de jur. em-*
phyteut. auth. qui rem. C. de sacrosanct. Eccles. l. priva-
ta. 10. C. de excusationib. muner. c potuit. 4. ibi, solutio-
ne canonis. ext. de locato. aliquando reditus, *hoc §.*
nostro, ibi, pensio sive reditus. nonnunquam emphy-
teuma, *ut in synopsi Basilicon. lib. 20. tit. de emphyteu-*
sib. constit. 2. interdum denique τέλος, hoc est, tribu-
tum, *ab Harmenop. lib. 3. Epitom. titul. 4. Borcholt. in*
Comment ar feud. cap. 3. numer. 6. Germanis, Erbzinß/
Pfacht. *Nicol. Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteuti-*
ci. conclus. 43.) præcipue hujus contractûs & juris
105 emphyteuticì propria est. Nam sine eâ aut erit ven-
ditio, si precium semel solvitur: aut erit permutatio,
si species cum specie commutatur: aut erit donatio, si
pro re nihil omnino præstatur. Et propterea annuâ
pensione contractus emphyteuticus, & jus ab eo de-
scendens, maximè ab aliis discernitur, *ut benè tradidit*
D. Obrecht. Disp. 36. thes. 133. & seqq. & eadem pen-
sione emphyteusis à feudo & usufructu distinguitur,
monente D. Bocero class. 2. Disp. 14. th. 4. ad lit. g. edit.
2. Vide Acacium Antonium de Ripoll. *variar. juris*
resolution. cap. 7. num. 41. & seqq. fol. 178.

106 Cæterùm valde perplexum est: utrùm pensio
emphyteutica in solâ numeratâ pecuniâ; an etiam in
re aliâ, putà vino, tritico, oleo, aut in gallinis, caponi-
bus, ovis, &c. consistat? Posterius communiter re-
ceptum est: siquidem pensio isthæc hodie non solùm
in pecuniâ numeratâ; sed etiam in fructibus solvitur,
argumento hujus §. nostri ibi, pensio sive reditus, &c.
l. 2. vers. sin autem ibi, neq; pecunias solverit. C. de jur.
emphyteut. l. licet. 8. & l. si olei. 21. C. de locato. & simi-
lium, s. ad §. 2. hoc tit. citatarum. numer. 3. & seqq.
Augustinus Berojus in d. c. potuit. 4. numer. 84. de lo
cato. Claudius Cantiuncula in paraphrasi Instituti-
onum. de locato. pag. 837. & alij. Quo ipso differt
107 emphyteusis ab emptione-venditione: in quâ preci-
um in pecuniâ tantùm numeratâ solvitur, *§ item pre-*
cium. 2. supr. de empt. & vendit. ubi id explicuimus
fusiùs.

Non resistit *l penult. C. de diversis prædiis ur-*
108 *banis & rusticis templor. &c.* in quâ Imp. Valenti-
nianus canonem emphyteuticum ærario inferri ju
bet: quod de numeratâ tantùm pecuniâ intelligi pos-
se videtur: cùm reditus vini, frumenti, aut olei, ærario
non inferantur. Lex, *inquam*, illa non resistit. Pri-
mùm enim licèt in eâ canon emphyteuticus in ærari-
um inferri dicatur: non tamen idcirco, alios reditus
posse dari alibi deponendos, negatur. *Deinde re-*
spondendum: textum istum accipiendum esse de em-
109 phyteusi rerum publicarum: cujus canonem in nu-
meratâ pecuniâ, Respublica magis optabat, ob bel-
lorum necessitatem: quoniam pecunia nervus belli
censetur *Alvar. Valasc. in tractat. de jure emphyt.*
Tom. III. *quæst. 1. numer. 7.* Idem tradidi *in addit. ad Iul. Clar.*
§. emphyteusis. quæst. 3. numer. 8. & 9.

Similiter dubitationis non expers est: si emphy- 110
teuta domino pro tribus aut quatuor annis futuris
pensionem solvere velit, an dominus eam recipere
cogatur, & si nolit, an emphyteuta illam restatò de-
ponere, sicque liberari possit? Quod non sine ratio-
ne negat Speculator *in tit. de emphyteusi. numer. 44.*
Etenim juxta legem hujus contractûs pensio est an- 111
nua, & singulis annis & quidem in fine cujusque anni
(nisi obstet consuetudo loci, vel conventio partium,
quæ servari debet) integra solvenda, *teste Iasone nu.*
180. post Salicet. numer. 24. & Guarnerum de Castell.
in l. 2. Cod. de jure emphyt. Itaque non licet emphy-
teutæ, reluctante domino, contra legem contractûs
solutionem pro futuris quoque annis facere. *arg. l. si*
soluturus. 39. ff. de solutionib. l. qui Romæ. 122. in princ.
ff. de verb. obligat. l. 1. C. de condict. ex lege. cap. unic.
ext. de plus petitionib. præsertim cùm domini intersit,
singulis annis pensionem accipere: quia pecunia uni-
versa semel accepta facilè manibus dilabitur. *D. O-*
brecht. d. Disput. 36. thes. 142. Idque multò magis
obtinet, si pensio non in pecuniâ numeratâ debea-
tur, sed in fructibus, qui cursu temporis possint dete-
riorari, *ut scribit Iulius Clarus lib. 4. recept. sent. §. em-*
phyteusis. quæst. 12. numer. 2. in fin. Eâdem de re, *post*
Alciatum in l. stipulatio ista. 38. §. inter incertam. 16.
numer. 17. ff. de verb. obligat. & Padillam in l. post
mortem. 12. numer. 19. C. de fideicommiss. videndus
est Petrus u Agustin. Morla, *in Emporio juris utriusque.* 112
part. 1. tit. 8. de reb. credit. quæst. 21. numer. 6. Porrò
emphyteutam canonem seu pensionem suis sumpti-
bus ad ædes domini, si eiusdem sint fori, portare te-
neri, tradunt *Bartolus in l item illa. 18. num. 9 ff. de con-*
stit. pecun. Iason in d. l. 2 num. 92. C. de jur. emphyteut.
Panormitan in c. significante. 7. ext. de pignorib. We-
senbec. in. Paratitl. ff si ager vectigal. in fine. Tametsi
secus sit de jure Saxonico, Landtrecht. *lib. 1. artic. 54.*
ubi Zobel. & Scheplitz. in not. ad promtuar. jur. civ.
& feud. Balthas Klammeri. tit. 10. de emphyteusi. §. 4.
num. 19. hosq; citans Eggebrecht. d synopsi jur. emphy-
teut. conclus. 185.

Pono in definitione & hæc verba: *in recognitio-* 113
nem dominii præstandâ. Emphyteuta quippe cano-
nem seu pensionem principaliter in dominii recogni-
tionem, & non propter rei usum præstat: quia regu-
lariter (*secundùm quorundam opinionem*) emphy-
teusis pro modicâ pensione conceditur; atque ita ma-
gis dominii, quàm fructuum, ratio habetur, *arg. d. l. 2.*
& 3 C. de jur. emphyteut Bartol in l. 1. nu. 4 & Iason
ibidem num. 87. C. eod. Alexand. consil. 112. vol. 1. quos
refert Andreas Gail lib. 2. observ. 23 num. 25. Hue-
que revocanda sunt, quæ annotavimus *infr. numer.*
245. & seqq.

Rursus subdo verbum, *colendo.* Is enim est fi- 114
nis emphyteuseos; ut agri inculti & steriles, per cul-
turam meliorentur: quod & nomen ipsum indicat.
Εμφύτευσις siquidem Latinis implantatio seu insitio; 115

&per Metaphoram melioratio, quòd sub meliora-
tionis lege constitui soleat, dicta est. *Wesenbec. in Pa-
ratit. ff. si ager vectigalis, &c. numer. 2. & expositum
est suprà in principio hujus §. num. 1.* Idemque si præ-
dium emphyteuticum non melius & cultius, sed de-
terius redditur; de eo emphyteuta ejici potest: cùm
contra legem contractûs aget. *Novell. 120. cap. 8. &
Auth. qui rem Cod. de SS. Eccles. Iul. Clar. lib. 4 sen-
116 tent. §. emphyteusis. quæst. 26.* Sicuti quoque constat,
conductorem, qui malè in re conductâ versatur, ex-
pelli posse. *l. ade. 3. Cod. de locato. & jam supr. ad prin-
cip. hujus titul. num. 64. explicatum.*

117 Annexo deinceps, *fruendo.* Quæ vox significat,
emphyteutam non dominum esse, sed potiùs fructu-
ario similem. Et licet emphyteuta re sibi in emphy-
teusin concessâ uti frui possit. *hoc §. nostro. ibi, qui-
busdam fruenda, &c. & l. 1. §. 1. ff. si ager vectigal. &c.*
non tamen hoc facit ratione juris ususfructûs: sed ra-
tione juris emphyteutici. Non quidem ratione juris
ususfructûs: quia ususfructus est personalis; at jus
emphyteuticum plerunque est perpetuum, *jurib. mo-
dò allegatis.* Sed ratinne juris emphyteutici: quia hoc
jure emphyteutico in re constituto, in emphyteutam
rei ususfructus transfertur; adeò, ut ipse & ejus succes-
sores re emphyteuticâ tamdiu uti frui possint, quam-
diu ex lege contractûs annuam pensionem solvunt.
*d. l. 1. & 2. ff. si ager vectigal. D. Obrecht. Disputat. 36.
thes. 153. & seqq.*

Annecto postremò, *cum aliquo paciscitur.* Quia
118 ad constitutionem hujus contractûs non rei traditio-
nem, aut scripturam necessariò desiderari; sed solam
inter dominum & emphyteutam futurum, de re in
emphyteusin dandâ pactionem & conventionem suf-
ficere, suprà demonstratum est. *numer. 55 & seqq &
idem luculenter docuit D. Collega Halbritter. in tract.
suo de jure emphyteut. cap. 1.* Et tantum de definiti-
one emphyteuseos. Sequitur, ut de ejusdem divisione,
& nonnullis aliis, ad perfectiorem cognitionem hujus
utilissimæ materiæ pertinentibus, videamus.

Dividitur emphyteusis in civilem sive secula-
119 rem, & ecclesiasticam. Civilis est, quando Princeps,
Civitas, Municipium, vel privatus aliquis rem suam in
120 emphyteusin concedit. *Giphanius & Schneidevvinus
numer. 8. in hoc nostro §. Cujacius in l. 1. C. de locat.
præd. civil. Borcholt part. 1. Disput. de jure emphyteut.
thes. 3 pag. 117. Althusius lit. b. 1. juris Romani. cap.
31. Vultejus lib. 1. Iurisprud. Roman. cap. 36. circa fi-
nem. Wesenbec. in paratit. ff. si ager vectigalis, &c. nu.
121 2. Treutler. Disput. 29. thes. 9. lit. i. vol. 1.* Ecclesiastica,
quando res Ecclesiarum, aliorumque Collegiorum,
aut domuum venerabilium, ab Oeconomo vel Præla-
to, causâ cognitâ, debitisque solennitatibus adhibi-
tis, etiam laico in emphyteusin dantur. *Novell. 7.
& 120. c. dudum. 1. vers. quia etiam tractatus solen-
nis, &c. cap. hoc consultissimo 2. circa princip. ibi, la-
icis submittere, absq; capituli sui consensu, & Aposto-
licæ sedis licentiâ speciali. ext. de reb. Eccles. non alien.
in 6. cap. sine exceptione. 51. ibi, cum totius Cleri tra-
ctatu atq; consensu. 12. quæst. 2. Covarr. fusiùs lib. 2.
122 var. resol. cap. 17. numer. 2.* Et eâ de re etiam nos ex-
plicatiùs acturi sumus *infr. numer. 164. & seqq.* V-
traque illa emphyteusis in novam & antiquam subdi-
vidi solet: ut nova dicatur, quæ originem habet in
personâ illius, qui vult de eâdem dispnnere; antiqua
verò, quæ ab alio ascendentium acquisita, in eum est
devoluta, qui hoc de jure facturus est dispositionem.
*Nicol. Eggebrecht. in synopsi juris emphyteutici. cõclus.
9 Iul. Clar. lib. 4. receptar. sentent. §. emphyteosis. quæst.
16. numer. 1.* ubi & tertiam divisionem tradit, quâ
emphyteusis distinguitur in hereditariam, non here-
ditariam, & mixtam. *Confer Ludovicum Molin. de
contract. disput. 472.*

Emphyteusin autem constituere potest non so-
lùm Civitas. *l. 1. in princip. & §. 1. ibi, à municipibus.* 123
ff. si ager vectigalis, &c. (Et quidem civitates & mu-
nicipia primò fundos publicos in emphyteusin de-
disse, verisimile est, *d. l. 1. ff. eod l. si domus. 71. §. ult. ff. de
legat. 1. & l. si finita. 15. §. si de vectigalib ff. de damn.
infect.* quòd res communes ut plurimùm geruntur
negligentiùs. Itaque fundos publicos in emphy-
teusin dederunt certis personis: ut & agricultione,
& calamitatum periculo, quæ multæ solent accidere,
liberarentur. At postea hoc passim etiam privati,
vel, *ut mox indicabitur,* in suis fundis quisque usur-
parunt; ut arandi, serendi, colligendi, servandique soli-
citudinem deponerent, *Connan. in Commentar. juris
civil. lib. 7. cap. 12. numer. 1.*) & Collegium Ecclesia-
sticum. *d. Novell. 7. & d. Novell 120. cap. 5. & 8.* ve-
rùm etiam quilibet dominus privatus, *hoc §. nostro.
ibi, pro his domino præstetur. & vers. sed talis. ibi, ad
dominum l. 1. ibi, sed rei domino. l. 2. ibi, si dominus vo-
luerit. item ibi, ne autem ex hac causa dominus facul-
tas oriatur. l. 3. ibi, cum domini voluntate. item ibi, si-
ne consensu domini, &c. C. de jure emphyteut. l. lex
vectigali. 31. ibi, ad dominum redeat. & ibi, domini es-
se. itemq; ibi, jure suo dominus usus esset. ff. de pignorib.
& hypothec.* Quibus in locis omnibus cùm simpli-
citer & indistinctè domini mentio fiat: quisque au-
tem privatus prædiorum suorum dominus sit: rectè
in iis jus emphyteuticum hodie constituere poterit.
Si enim rem suam jure dominii pro libitu potest alie-
nare. *l. sed & si. 25. §. consuluit. 11. ibi, dum re sua se abu-* 124
*ti putant. ff. de petit. heredit. l. in re mandata. 21. C.
mandati. l. nemo exterus. 9. C. de Iudæis.* multò magis 125
in eâ jus emphyteuticum alteri poterit concedere:
quia cui, quod majus est, licet: meritò & quod minus
est, licere debet. *l. non debet 21. ff. de reg. jur. Donell.
lib. 9. Commentar. de jure civil cap. 13. pag. 444. Cu-
jac. in lib. 21. Pauli ad edict. pag 334. in explicat. l. 24.
ff. de rei vindic.* Et propterea si cui rei suæ alienatio,
vel libera administratio est interdicta: etiam in em-
phyteusin illam non rectè dabit: quia prohibitâ alie-
natione, emphyteusis quoque prohibita intelligitur.
*l. ult. C. de reb. alien. non alienand. D. Obrecht. Disp. 36
th. 30. & D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 7. ad lit. d,
edit. 2.*

Hinc, cùm pupillus & minor 25. annis faculta- 126
te alienandi & administrandi res suas careant, *§. nunc
admonendi. 2. J. quib. alienare licet, vel non. l. jusjuran-
dum.*

dum.17.§.1.ff.de jurejurand.l.si curatorem.3.C.de in integr. restitut. minor. evidens evadit, eos absque tutoris vel curatoris sui auctoritate & Magistratûs decreto, prædia sua in emphyteusin alicui dare haud posse. *l.sed si pecunia.3.§.nec usufructus.5 ff.de reb.eor. qui sub tutela,&c.* ubi Vlpianus docet, pupillum vel minorem 25.annis usumfructum in fundo proprio alii constituere non posse. Quod luculento argumento est, nec emphyteusin in fundo suo illum posse constituere: quoniam plus juris in emphyteutam, 127 quàm usufructuarium, transferri palàm est. Eàdem ratione eùm *in d.§ nec usufructus. vers. simili modo.* responsum sit, fundo pupilli seu minoris non posse imponi servitutem: necessariâ consequentiâ efficitur, multò minùs istum fundum posse dari in emphyteusin. Plus siquidem est, fundum emphyteuticum facere, & majus ex eâ re præjudicium & incommodum exoriri potest, quàm in fundo servitutem constituere. Quò facit quoq; *l.non solùm.4.l etiam vectigale.15.& tot.tit.C.de præd.& aliis reb.minor.sine decr.non alienand.* Atque ita sensit, *post Menochium,consil.29 numer.17.lib 1.& Gomezium.tom 2.var.resolut.cap.14.numer 14.vers.septimò extendo.&c.aliosq; plures, quos citat,* Octavius Simoncellus *in tract. de decret. lib.2.tit.6.inspect.3.numer.31.& seq.*

128 Sed dubia & gravis quæstio est: An pubes, viginti quinque annis minor, curatorem habens, sine hujus consensu stipulanti emphyteusin, promittendo efficaciter obligetur? Et non obligari, est probabilius, *arg.l.5 C.de auctoritate præstandâ & l.neq; tutoru.7 C.de contrah.& committ. stipulat.* ubi refertibur, curatoris absentiam stipulationi, pro adulto habitæ, minimè nocere. Vnde à contrario sensu colligitur; si qua, absente curatore, contra adultum stipulatio cū ipso ineatur, hoc est, si minor stipulando promittat, 129 eam stipulationem neutiquam valere. Eandem sententiam non parùm confirmat *d.l. non solùm.4.C. de præd.& aliis reb.minor.sine decr. non alienand.* ubi expressè cautum extat; adolescentes neque venditione, neque transactione, neque permutatione, neque donatione, vel alio quoquo modo prædia sine decreto transferre à dominio suo posse. Quâ in lege diligenter ponderanda sunt hæc verba, *alio quoquo modo*: quibus haud dubiè omnis alienandi ratio, atque adeò stipulatio ipsa prohibita censetur. Eòdem pertinet 130 *d.l.si curatorem.3.C.de in integr. restitut. minor.* ubi Imperator Diocletianus & Maximianus rescripsesunt: venditionis contractū à minore 25. annis absq; curatoris sui auctoritate sive consensu celebratum, non servari aut valere debere; hac additâ ratione: quòd minor, curatorem habens, non absimilis sit ei, cui a prætore bonis interdictum est. Ex quâ ratione facilè evincitur: puberē, habentem curatorem, ad instar prodigi, ne quidem ex stipulatu sine curatoris sui consensu obligari. Quòd enim prodigus (cui minor, curatorem habens, similis judicatur) ex stipulatu non obligetur, expressum est *in l.is, cui bonis. 6.ff. de verb.obligationib.* Præterea si statueremus, minorem 25. annis cura curatoris sui consensum ex stipulatu obligari, leges ferè innumeræ, quibus sancitum est, puberem sine curatoris consensu bona sua vendere, permutare, vel alio quovis modo alienare non posse, elusoriæ redderentur: quippe cùm stipulatio omnibus omnino contractibus adhiberi possit & soleat. 131 *l.stipulationum.5.in princ. vers. conventionales. ff. eod.tit.* Ast omnis interpretatio, per quam leges redduntur elusoriæ, fugienda est. *l.si prætor.75 ff.de judiciis.l.ult.ff.ne quid in loco publ. vel itinere fiat.c.commissa.35.§.porrò.de electione.in 6.* Quapropter minorem, absque curatore suo emphyteusin per stipulationem promittentem, non obligari, firmiter est concludendum. 132

Neque hanc conclusionem infringit *vulgata l. puberes.101.ff.de verb.obligat.* ubi Modestinus disertè ait, puberes sine curatoribus suis posse ex stipulatu obligari. *Nam* IC.illic non absolutè dicit, puberes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari, sed ex stipulatu posse obligari. Quibus verbis significat, nō indistinctè & regulariter eos obligari, verùm in nonnullis tantum casibus id fieri, nimirùm in illis, qui ad eorum substantiæ imminutionem minimè vergant: putà si illa eorum pactio, aut stipulatio, quâ obstringantur, ad rei aut juris ipsorum conservationem imprimis spectet, & stipulando, vel transigendo, al terve paciscendo, ita quid promittant, & ad id dandum se obstringant, ut tantundem, vel plus consequantur, majusque ex eo commodum, quàm incommodum ad eos perventurum sit, atque adeò locupletiores fiant, *arg.l.contra juris.28.ff.de pactis.& l.civitas.27 ff. de reb. credit.* Et ita dictam *l. puberes.101.ff.de verb.obligat.* interpretatur Iohannes Robertus *lib.1. animadversion.juris civil.c.21.* quem referunt ac sequuntur D. Halbritterus *in tract.de jure emphyt.cap.2. Niellius disp.fund.2.th.4.sub lit.d.& novissimè Forsterus junior in tract.methodico,de pact.c.5.pag.108.* Tametsi alii aliter, & quidem variè istam legem exaudiant atque explicent, *Cujacius, Duarenus, Donellus, & reliqui Interpretes in suis Comment. ad eandem legem. Vultejus lib.1.disceptation.cap.16. Fachineus lib.3.controversiar.jur.c.9.Gœdd.ad l.Princeps.21 n.5.& seqq.ff.de verb.significat.& in tract. de contrah. stipulat.c.7.conclus.14.num.263.& seqq. Val. Francus in tract.de fidejussorib.cap.2. Bronchorst. cent.2. ἐναντιοφανῶν. assert.25 edit 1. Ioh. Mercer.lib.1.opin.c.6.& Robertus disp 5.ad Inst. thes. 4.* Hucq; referantur, quæ copiosius exposita sunt *ad § item in vits. 2. num.16.cum seqq supr.de curatorib.* 133

Non minus anceps ac difficilis est illa quæstio: Nunquid pupillus & minor 25. annis sine auctoritate tutoris, vel consensu curatoris, & judicis decreto, prædium aliquod in emphyteusin accipere queant? Quod licet quidam affirmandum censeant, *Alvar. Valascus in tractat. de jure emphyt. quæst. 36. numer. 5. Francisc. de Caldas in d. l. si curatorem. 3 C. de in integ.restitut.minor.in verb. contractum fecisti. numer. 3. Eggebrecht.in synopsi juris emphyteut. conclus 16.* negantem tamen ego opinionem amplecti nihil dubitaverim, *arg. l. 1. §. fin. & l 2.ff. de reb. eor. qui sub tutelâ, vel curâ sunt, sine decreto non alie-* 134

 nand.

nand. ubi minori non permittitur, sine debitâ solennitate prædia emere cum pacto, quòd sint pignorata usque ad pretii solutionem; quamvis cum dominio pignus quæsitum fuerit, & ab initio obligatio inhæserit, ut Paulus *in d. l. 2.* loquitur. Ex quo colligere promptum est: minorem etiam illi prædio, quod de novo acquirit, onus aliquod sine juris solennitatibus, hoc est, curatoris consensu & judicis decreto imponere, & consequenter prædium, eâ lege, ut id emphyteuticarius oneribus obnoxium faciat, accipere non posse. Confert etiam huc, quòd contractus emphyteuticus locationi & conductioni, itemque emptioni & venditioni (quam sine consensu curatoris minorem contrahere non posse notum est. *d. l. 3. Cod. de in integr. restit. minor.*) proximè accedit, *ut ex hoc nostro §. indubitatè apparet.*

135 Neque valde me moverit, quod objici solet, contractum emphyteuticum respectu accipientis esse causam lucrativam: proindeque eum, nullâ etiam adhibitâ juris solennitate, à minore celebrari posse, *arg. d. l. contra juris. 28. ff. de pactis. & princip. J. de autoritate tutor. vers. unde in his causis, &c.* Verius namque esse puto, emphyteusin intuitu accipientis non merum continere lucrum: cùm emphyteuta quotannis canonem ex emphyteuticâ præstare teneatur: quæ sanè præstatio non lucrosa, sed onerosa illi esse consuevit. Quinimò usu venire etiam potest, ut emphyteusis propter canonis solvendi magnitudinem plus damni & oneris, quàm commodi & lucri emphyteutæ adferat. Cùm itaque pupillus sive minor 25. annis emphyteusin accipiendo, & ad annuum canonem sese adstringendo sive obligando lædi possit: in propatulo est, hunc contractum perinde, ac venditionem, locationem, similesque contractus, tutoris curatorisvé auctoritatem, & judicis decretum desiderare.

136 Siquidem obligatio isthæc ad annuam tendit præstationem: quæ tam respectu recipientis, quàm solventis, inter immobilia computatur, *per Clement. exivi. vers. cùm annui reditus. de verb. signif. Parisius consil. 85. num. 10. lib. 3. Simonetell. in tract. de decret. d. lib. 2. tit. 6. num. 31.* Etsi verò contractus emphyteuticus, quo minor absque tutoris vel curatoris auctoritate & consensu fundum in emphyteusin accepit, in præjudicium ejus non subsistit; attamen hoc casu contractus emphyteuticus non

137 planè nullus est, sed tantùm claudicat. Ideòque permittitur minori post legitimam ætatem, vel curatore interveniente, ante legitimam ætatem hunc contractum approbare, etiam invito domino directo: qui perinde ex isto contractu obligatur, atque si ab initio legitimè celebratus fuisset, *arg. l. Julianus 13. §. si quis à pupillo. 29. ff. de act. empt. & vendit. l. si pupillus. 9. in princ. ff. de novat. & delegat. D. Halbritter. in tract. de jure emphyt. cap. 2. in fine.*

138. Res porrò, in quâ constituitur emphyteusis, vel quæ in emphyteusin potest dari, est prædium, ager, sive fundus, *hoc §. nostro. ibi, de prædiis. & ibi, id prædium, &c. l. 1. & rubr. tit. ff. si ager vectigalis, &c. l. 2. ibi, à prædiis emphyteuticariis. C. de jure emphyteut. & ostensum supra num. 8.* Et quanquam primitùs fundus tantùm incultus, sive sterilis & desertus, ut meliòr redderetur, in emphyteusin fuerit datus, *arg. d. l. 2. verb. nomine meliorationis. & l. 3. verb. suas meliorationes. C. eod. tit. ibiq. Cujac. in paratit.*

postea tamen ager, etiam cultus & fertilis in eandem 139 dari cœpit, *arg. hujus §. ibi, de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur. d. l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum ff. si ager vectigal. & l. 1. C. de jure emphyteut.* quæ lex generaliter concepta est de re in emphyteusin concessa; nec inter rem sterilem & fertilem distinguit. Consuetudo item declarat, agros quoque fertiles & excultos, sub annuâ aliquâ pensione, in emphyteusin concedi. *D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 12. lit. b. edit. 2. Elbert. Leoninus ad rubr. C. de jure emphyt. numer. 5. Rutger. Ruland. in tract. de commissar. & commiss. Cam. Imper. part. 3. lib. 5. cap. 9. numer. 23.* Et meritò quidem: quoniam tam cultæ & fertilis rei, quàm incultæ & sterilis dominium (quod vocant) utile transferri in alium eâ lege potest, ut is eam colat, & eâdem fruatur, atque in recognitionem dominii directi, certam annuam pensionem domino solvat. *Vide Dn. Collegam Besoldum in thesauro practico. lit. H. num. 43. pag. 415.*

Sed utrùm non tantùm prædia rustica, veluti agri; 140 sed etiam urbana, putà ædes, in emphyteusin deduci possint, dubitari solet? Donellus (cujus sententiam esse probabilem, dicit Bachovius *in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 20. th. 9. lit. E pag. 1126.* quamque ibidem sequitur etiam Hunnius *quæst. 34. pag. 1787. item D. Bocer. hic numer. 15. & seqq pag. 425.*) id apertè negat, *lib. 9. Commentar. de jure civ. cap. 13 pag. 444. num. 30.* dum ita scribit: *In emphyteusin dari non possunt res mobiles, ed. nec ex immobilibus ædes, &c.* Verùm contrarium jam probavimus *supra circa principium hujus §. numer. 2. & auctoritatibus & juribus, nempe Novell. 7. cap. 3. §. scire. 2. Novell. 120. cap. 1. in fin. Auth. si quas. C. de SS. Eccles. & l. si finita. 15. §. si de vectigalibus ædibus. 26. ff. de dam. infect.* ubi expressa vectigalium ædium reperitur mentio: sicque innuitur, illas quoque in emphyteusin concedi posse. Accedit *l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act.* ubi indefinitè prædium vectigale vocatur. At verbo prædii, etiam urbanum prædium, atque adeò ædes continentur. *l. urbana. 198. ff. de verbor. signif.* Præterea omnes emphyteuseos proprietates & requisita, supra in definitione ejus posita, non minùs exerceri possunt in prædio urbano, quàm rustico. Etenim ut agrum culturæ causâ, sic & domum alteri fruendam eâ lege concedere possumus: ut ipse eâ fruatur, fartam tectamque conservet, & augendo ædificia, ampliorem melioremque reddat, & in dominii recognitionem quotannis canonem præstet. Nec cum 141 Donello loco antè notato, rectè dicetur: ædes vectigales, *in d. l. si finita. 15. §. si de vectigalib. ff. de dam. infect.* abusivè pro superficiariis esse dictas: aut hoc verbo illas ædes designari, quæ sunt in prædio vectigali ædificatæ. Nam prius *per d. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act.* satis refutatur: cùm ibi prædium vectigale à superficiario perspicuè distinguatur. Posterius ex perpetuo hujus verbi usu refellitur:

tur: quia ut vectigalis ager, & vectigalis fundus, emphyteuticarium agrum & fundum denotat, *t. tit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petat. l. sciendum. 15. §. 1. ff. qui satisdare cogant. &c.* ita & non immeritò, vectigales ædes significare ædes emphy-
142 teuticarias, statuimus. Multò minùs cum Hunnio *loco praallegato* dicendum erit: ædes in emphyteusin dari non posse per se, sed per consequentiam, quatenus nempe fundus, in quo sunt istæ ædes, in emphyteusin datur. *Etenim* cùm isthæc responsio *dictæ auth. si quas. C. de SS. Eccles. & juribus simlib.* contrarietur (utpote quæ de istis ædibus, in emphyteusin datis, disertè loquantur) adeòque metam divinationem sapiat: eâdem facilitate rejicitur, quâ astruitur. Neque adversatur, quòd in locis plerisque, agri solummodo vectigalis fit mentio. *l. 1. & tot. tit. ff. si ager vectigalis, &c. l. lex vectigali. 31. ff. de pignoribus.* Hoc enim non ideo factum est, quòd emphyteusis in agris duntaxat, & non in ædibus constitui possit; sed propter frequentiorem usum: quoniam videlicet frequentiùs agri, quàm domus & ædificia urbana in emphyteusin dari consueverint. *D. D. Halbritter. in tract. de jure emphyt. cap. 3. in princip. & in disputat. de jure emphyt. de Anno 1602. Respond. D. D. Bansevio thes. 2. ad lit. e. D. Obrecht. Disput. 36. de jure emphyteut. thes. 49. & aliquot subseqq.* Prædictas rationes, & contrariorum refutationes, vel non omnes legit Dominius Collega Bocerus hic *d. numer. 15. cum seqq.* (nam *numer.* 18. allegavit solummodo meum *numerum.* 2. cùm tamen hoc loco *sub numer.* 140. & *seq.* hæc de re uberiùs disseruerim, ut ex dictis patet) vel non rectè ponderavit. Alioqui procul dubio erroneam suam opinionem mutâsset, utpote cujus nullum idoneum satis & solidum afferre possit fundamentum. Primum ipsius argumentum, *sub numer. 27. pag. 426. positum*, hoc est: quia passim legimus agrum vectigalem, fundum vectigalem, id est, emphyteuticarium. *d. l. 1. & tot. tit. ff. si ager vectigal. &c. d. l. sciendum. 15. vel penult. §. 1. ff. qui satisdare cogantur. & similibus.* At debilitas hujus argumenti ex iis, quæ modo diximus, evidentissima est. Et insuper non tantum agri aut fundi vectigalis; sed etiam ædium vectigalium, id est, emphyteuticariarum, in jure nostro fit mentio, *ut in d. l. si finita. 15. § si de vectigalibus ædibus. 26. ff. de dam. infect.* Nec admittenda est divinatio D. Boceri hic *sub numer. 22.* post Donellum (quem tamen ad hoc non allegat) putantis; eo loco per ædes vectigales significari ædificia in vectigalibus; id est, emphyteuticariis prædiis posita. Repugnat etenim isthuic divinationi perpetuus hujus vocabuli usus, sicuti paulò antè ostensum est, *numer.* 141. Alterum D. Boceri argumentum, *ex d. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act. petitum*, planè insulsum est. Haud enim sequitur: Prædium vectigale seu emphyteuticarium apertè distinguitur à superficiario prædio. Ergo emphyteusis non consistit in ædificio. Nam per prædium superficiarium non omne ædificium intelligitur: sed tantùm id, quod in solo alieno positum est. At si quis in ædibus, quas in suo solo positas habet, alicui emphyteusin constituere, easque hoc pacto fruendas concedere velit, ut quamdiu canonem præstiterit, tamdiu iis frui queat: hoc, *inquam*, quò minùs fieri possit, nulla juris ratio prohibet aut impedit. Postremum Boceri argumentum, *sub numer. 28. pag. 426.* consistit in eo, quòd vox ἐμφύτευσις Græcis significet cultutam, implantationem, insitionem. Hæc verò prædiis rusticis conveniant, non ædificiis. Ast hanc Boceri argumentationem frivolam, nulliusque momenti esse, vel ex eo patescit: quòd hinc sequeretur, agrum cultum & fertilem in emphyteusin dari non posse: quod tamen utique fieri posse, paulò antè probatum est. *numer.* 138. Proinde animadvertendum: ideo ἐμφυτεύσεως nomen huic contractui inditum esse, quòd primitùs (sicuti supra attigimus, *d. numer* 138.) fundus tantùm incultus sive sterilis & desertus, ut melior redderetur, in emphyteusin datus fuerit. Quemadmodum ergo vitiosa esset collectio, si quis inde concludere vellet, fundum cultum & fertilem in emphyteusin hodie dari non posse: ita quoque prorsus inconcinnum est, hinc argumentari velle, solos agros & fundos rusticos in emphyteusin dari, ædificia non item: maximè cùm pacta dent legem contractibus. *l. contractus. 23. in fine. ff. de regul. jur.*

Non solùm autem res immobiles; sed & res solo 143
cohærentes, una cum solo, cui cohærent, in emphyteusin concedi possunt, *arg. c. 1. §. sciendum. de feudi cognit. lib. 2. Feud. tit. 1. Alvar. Valasc. in tract. de jure emphyt. quæst. 12. numer. 3.* Cæterùm solo co- 144
hærere illæ res dicuntur, quæ rei immobili, vel solo affixæ, ita accedunt sive cohærent, ut vel pars ejus sint, vel [illegible] omnino non separari, vel saltem non utiliter [illegible] bonæ fidei intuitu, separari possint. *ut notat Schr[illegible] tract. feud. part. 3. cap. 2. numer. 55. ex sententiâ Ioannis Ferrar. Montan. in tract. feud lib. 2. cap. 3.* veluti sunt fructus pendentes. *l. fructus pendentes. 44. ff. de rei vindicat. l. si pendentes. 27. ff. de usufructu.* omnia ædificiis affixa. *l. Iulianus. 13. §. ult. cum 5. ll. sequentibus & l. si venditor. 38. §. fin. ff. de actionibus empti.* servus glebæ adscriptus, & mancipia rustica, *l. longa. 3. ff. de divers. & temp. præscripi. l. quemadmodum. 7. C. de agricol. & censit.* servitutes tam urbanorum, quàm rusticorum prædiorum. *§. adeò autem. 3. J. de servitutib. rusticor. & urb. præd. l. 1. ff communia prædior. &c.* annonæ civiles. *l. fin. §. præterea. 2. C. de jure dot. Novell. 7. cap. 3. in princ. vers. aliter autem, &c.* vectigalia omnia, sive sint pedagia, passagia, salinaria, sive alia quocunque nomine appellata. *Bartol. in l. si is, qui. 11. §. fin. ff. de pignorib. Bald. Matthæus de Afflict. & pleriq. Feudistæ in d. c. 1. § sciendum de feudi cognit.* item jurisdictiones. *juxta Bartol. Alexand. Iason & Dec. in l. 1. ff de jurisdict.* nec non jus venandi, aucupandi, piscandi, &c. Hæc, & similia solo cohærentia, quanquam per se in emphyteusin dari nequeunt: tamen cum ipso prædio, sive re, cui cohærent, atque ita per consequentiam, ut in feudum, ita & in emphyteusin rectè conceduntur. Multa enim accessoriè permittuntur, quæ per se 145

 sive

sive principaliter prohibentur. *l. 1. in fin. ff. de fundo
dotali. l. quadam. 62. ff. de acquir. rer. dom. & similib.
Zasius in Epitomi juris feud. part. 4 Molin. in consue-
tud. Paris. tit. 1. § 1. gloss. 8. numer. 18. & seq. Sont-
beccius in Commentariis ad usus feuder. part. 8. num.
21. & seqq. Schrader. d. part. 3. cap. 2. numer. 55. &
seqq.*

146 Sed quid de arboribus dicendum? Et eas cum so-
lo, cujus pars censentur, rerumque immobilium nu-
mero habentur, in emphyteusin dari posse, non ambi-
gitur. *d. l. fructus. 44. ff. de rei vindicat.* Ast illud du-
bio haud caret: an arbores absque solo, cui cohæ-
rent, in emphyteusin concedi possint? Quod asserit,
ex mente Baldi, Jason *in l. 1. numer. 103. C. de jure
emphyteut.* Verùm sententia contraria est verior:
quia arbores per se, sine solo consideratæ, sunt soli su-
147 perficies, *arg. §. sed si gregis. 38. f. de rer. divis.* Aliud
autem est jus emphyteuticum, aliud jus superficiariū:
aliud item prædium emphyteuticum, aliud superficia-
rium prædium. *l. 3 §. si quis ἐμφυτευτικὸν 4. ff. de reb.
eor. qui sub tutela, &c. d. l. inter. 16 § fin. ff. de pigne-
rat. act. D. Bocer. d. class. 2. disp. 14. th. 13. ad lit. b. Eg-
gebrecht. d. synopsi jur. emphyteutici. cap. conclus. 26.*
148 Porrò arboribus in emphyteusin datis, solum quoq;,
cui cohærent, datum intelligitur: quemadmodum
oliveto vel vinea in emphyteusin concessa, ipsum et-
iam solum concessum putatur, *arg. l. certo generi. 13.
in princ. ff. de servitutib. præd. rusticor.* Ideòque in
quamcunque formam fundus sive superficies mute-
tur: concessionem istam non expirare, certum est.
Schrader. d. tract. feud. part. 6. cap. 6. numer. 116. Va-
149 *laso. d. tract. de jure emphyteut. q 12. nu. 2.* Sed illud
non usque adeò est expeditum: num fundo simpli-
citer pro dimidiâ parte in emphyteusin dato, arbores
etiam partis dimidiæ contineantur? Jason, post Spe-
culatorem à se allegatum, id negare videtur *in d. l. 1.*
150 *num. 104. C. de jure emphyteut.* Egò verò id non sine
ratione affirmo: quoniam arbores sunt pars soli, *ut
suprà dictum. numer. 146.* proindeque solo pro dimi-
diâ parte concesso, ipsæ quoque arbores pro eâdem
parte concessæ meritò censentur. *d. l. fructus. 44 ff de
rei vindicat.*

151 Ecquid feudi in emphyteusin concessio tentat, non
injuriâ quispiam titubaret? Et (*minimè obstante con-
trariâ Ioannis Fabri hic num. 3. opinione*) inutilem
istam esse concessionem, nisi dominus consentiat,
Doctores plerique intrepidè statuunt, *Fridericus
Schenck in §. rursus. numer. 3. quib. mod. feud. amitt.
tit. 5. lib. 1. Feud. Gloss. Iacobus de Belvis. Baldus, Al-
varot. Ioan. Raynald. & alii in c. imperialem. in prin-
cip. de prohib. feudi alienat. per Frid. tit. 55. lib. 2. Feud.
quos refert & sequitur Curtius junior in tract. feud.*
152 *part. 4. num. 91.* Ejusque ratio non obscura est: quia
concessio in emphyteusin est alienatio. *Novell. 7. cap.
1. §. alienationis autem, &c. l. fin C. de reb. alienis non*
153 *alienand.* Sed omnis alienatio feudi prohibita est. *tit.
52. in princ. vers. hortatu itaq; & consilio. & d. tit. 55.*
154 *in princ. vers. habito ergo consilio. lib. 2. feud.* Idque
non tantùm in proprio feudo, sed & improprio pro-
cedere verisimile est: propterea quòd feudum impro-
prium in omnibus & per omnia sequitur naturā feu-
di proprii, præterquam in iis, in quibus feudi proprii
naturæ vel regulis per investituram expressim est de-
rogatum *c. 1. de feudo non habente propriam feudi na-
turam. t. 48. lib 2. F. D. Bocer. d. class. 2. disp. 15. th. 14.*
Nec obstat, quòd sicut subinfeudatio sine consensu 155
domini licita est: ita & permissa sit datio in emphy-
teusin. *c. un. §. si verò. qualiter olim poterat feud. alie-
nari tit. 9. lib. 2. & c. 1. §. similiter. 2. de lege Corradi. tit.
34. lib. 2. Feud.* Nam magna subest diversitatis ratio.
Siquidem vasallus non potest, nisi æquali, & bonâ fide,
atq; eodem planè modo, quo ipse feudum possidet,
subinfeudationem facere, *d. cap. 1. §. similiter de lege
Corradi.* Atqui feudum tali modo in emphyteusin
dari nequit. Alias enim non emphyteusis, sed feu-
dum concessum censeretur. *Clar. lib 4. sent. § feudum.
q. 32. num. 4 Sontbecc. in Commentar. ad usus feud.
part. 12. num. 94. Curt. jun. d. part 4 num. 91. in fine.*
ubi ex traditione Fabri *in hoc §.* & Raynaldi *in d. c. im-
perialem. de prohib. feud. alienat. per Frid.* subdit,
quicquid sit de stricto jure; de generali tamen con-
suetudine vasallum res feudales incultas sine licentiâ
domini in emphyteusin tradere non prohiberi. Quin- 156
imò vasallus etiam res cultas feudales proximo agna-
to, qui alioqui successurus esset, in emphyteusin dare
absque consensu domini potest. *§. si verò. de aliena-
tione feudi. tit. 13. lib 1. F. Schenck. in d §. rursus. num.
5. quib. mod. feud. amitt. tit. 5. lib 1. F.* Fit enim eo casu
magis refutatio, quàm alienatio. *cap. 1. post princip. ibi,
non est libellus, sed quasi refutatio. de alienat. paterni
feud. tit. 39. lib. 2. F.* Et hoc in feudo antiquo locum
habet, non in novo: quia agnati & collaterales in novo
non succedunt. *cap 1. de success. f. utrā. tit. 11. & c. 1. de
fratrib. de novo benefic. investiris. tit. 12. lib. 2. F.* De-
scendentibus verò feudum indistinctè, sive novum, si-
ve antiquum fuerit, (quia utrobiq; succedunt) in em-
phyteusin dari poterit. *d. c. 1. de alienat. paterni feud.
Sontbecc. d. part. 12 num. 94.* De ista quæstione vide
quoq; Dn. Bocerum *in tract. de jure & commodes-
sioris. lib. 2. c. 6. num. 129. & seqq. pag. 348. cum seq.*

At quid dicendum, si vasallus rem feudalem in em- 157
phyteusin eâ lege concedat, ut dominium utile in reci-
pientem non transeat: num hoc casu concessio em-
phyteutica valebit? Et verius videtur, ne isto quidem
modo feudum in emphyteusin dari posse: quando-
quidem emphyteusis ex venditionis naturâ id habet,
& in eo prorsus similis est venditioni, quòd per eam
dominium utile transferatur in accipientem: sicuti in
venditione fieri solet dominii translatio, *argumento
hujus § nostri.* Venditio autem, quâ disertè id agitur, 158
ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit.
l. cum manu 8 § ult. ff. de contrah. empt. Ergo & con-
tractus emphyteuticus, cui addita est pactio de utili
dominio non transferendo, nullius momenti erit.
Quid? quod commoditas fructuum, quæ ad longum 159
tempus transfertur, pro verâ alienatione in materiâ
prohibitivâ, ad evitandum fraudem, habetur, *per no-
tata Baldi in Auth. hoc jus porrectum. col. 1. vers. sextò.
C. de SS. Eccles. Fabiani de monte sancti Savini in
tract. de empt. & vendit. in 4. quæst. principali. quæst.
nlt.*

ult. verf. circa tertium. Molinei in confuetud. Parifienf. tit. 1. §. 41. quaft. 8. num. 36. prope finem. & Didaci Covarruv. lib. 2. variar. refolut. cap. 16. num. 5. Eadem à nobis tradita funt *in addit. ad Iul. Clar. §. emphyteufis. quaſt. 5.*

160 De bonis majoratûs, hoc eſt, perpetuò ad familiam pertinentibus (vulgo Stammgüter) controvertitur, utrùm in emphyteufin à poſſeſſore concedi poſſint? Sed veriſſima eſt ſententia exiſtimantium: eum, qui ejuſmodi bona majoratûs poſſidet, non niſi quoad
161 vixerit, illa in emphyteuſin extraneo dare poſſe. Cùm etenim jus in illis bonis, morte poſſeſſoris dantis tollatur: meritò quoque accipientis jus ſimul extinguitur, per vulgatam regulam, quâ traditur. Quòd reſoluto jure datoris, reſolvatur etiam jus accepronis, *l. lex vectigali. 31. ubi gl. in verb. evanuiſſe ff. de pignorib. & hypoth. & l. ſi quis demum. 9. §. 1. ff. locati. ubi Paulus Caſtrenſ. num. 3. & ll. ſimilibus, allegatis in princip. ſ. hoc tit. num. 34.* Nec enim is, qui poſſidet bona majoratûs, contra præceptum ac voluntatem primi diſponentis, aliis de familiâ ſucceſſoribus præjudicare poteſt. *arg. l. eum, qui. 3. ubi Bart. ff. de interdict. & relegat. l. unum ex familia. 67. §. 1. ff. de legat. 2. Decius conſ. 445. num. 23. Gozadin. conſil. 75. Pinel. in l. 1. part. 3. num. 65. C. de bonis mater. pag. mihi 356. aliiq. ab eo relati.* Quibus accedit Ludovic. Molin. *de contract. diſp. 470. num. 1.* hujuſque agnatus Ludovicus de Molina *lib. 1. de Hiſpanor. primogenis. cap. 21. ubi*
162 *hanc quaſtionem pleniùs executit.* An autem ejuſcemodi bonorum in perpetuum emphyteuſin facta conceſſio, pro eo ſaltem tempore valeat, in quod fieri poterat; an verò in totum ſit inutilis, ſententiis variatum
163 eſt? Probabilius ego putaverim: conceſſionem iſtam valere, quoad concedens vixerit: ne utile per inutile in ſeparabilibus vel dividuis vitietur. *l. 1. §. ſed ſi mihi. 5. ff. de verbor. obligat. l. ſancimus. 34. circa princip. & l. ſeq. § ſin autem. C. de donationib. c. utile. 37. de regul. jur. in 6. Bald. in Auth. ſi quas ruinas. C. de ſacroſanct. Eccleſ. latiùs, poſt alios ab ipſis citatos, Molineus in conſuetud. Pariſ. d. tit. 1. §. 41. quaſt. 10. nu. 40. & Covarruvias d. lib. 2. var. reſol. c. 16. num. 5.*

164 Ad res Eccleſiæ quod attinet: eæ, non interveniente juſtâ causâ, itemque ſcripturâ, & totius cleri ſive capituli tractatu ac conſenſu, aliiſque legitimis ſolennitatibus (quas, poſt alios, recenſet Covarruvias *d. lib. 2. var. reſol. cap 17. Weſenbec. conſil. 59 per totum, D. Becer. claſſ. 2. Diſput. 14. theſ. 21. edit. 2. Lud. Molina tom. 2. de juſtit. & jur. tract. 2. diſp. 468. num. 3. & ſeqq.*) non adhibitis, in emphyteuſin, etiam bene de Eccleſiâ merito, in perpetuum tradi nequeunt. *Novell. 7. in princ § 1. verſ. ult. & c. 3. § ſcire autem. verſ non enim in illa, &c. Novell. 120. cap. 5. & 6. §. licentiam igitur. & §. in venerabilibus vero, &c. cap. 1. verſ. quia etiam tractat us ſolennis. & cap. 2. de reb. Eccleſ. non alienand. in 6. c. ſine exceptione. 51. cauſ. 12. qu. 2. c. 3. c. tua nuper. 8. de his, qua fiunt à Prælatis, &c. Panormitan. in c. 2. num. 5. de donat. Ludolphus Schrader. in tract.*
165 *feud. part. 4. cap. 2. num. 13.* Atque iſtæ ſolennitates requiruntur, etiamſi fundus ſterilis, vel ſaxoſus, vel peſtilens in emphyteuſin concedatur, *l. ſi fundus. 13. in princip. ff. de rebus eor. qui ſub tutela, &c. cap. ut ſuper. 8. §. ult. de rebus Eccleſ. alienand. vel non.* niſi exiguus & anguſtus ſit locus. *can. terrulas 52. cauſ. 12. quaſt. 2. arg. l. ſcio. 4. ff. de in integr. reſtitut. l. 1. §. proinde. 8. ff. de adilit. edict. & l. 1. §. fin. ff. de ventre inſpic. Albertus Brunus in tract. ſtatut. art. 9. numer. 96. cum ſeq. huncq. referens. Andreas Gail. lib 1. obſervat. 151. numer. 13.* vel ultra hominum memoriam incultus fuerit, *arg. cap. ad aures. 7. ubi Panormitan. & cateri Canoniſta. de reb. Eccleſ. alienand. vel non cap. 2. ibi, conditionem Eccleſia meliorare poteſt, facere verò deteriorem non debet. de donationibus Matth. de Afflict. ad tit. 1. in princip. numer. 42. libr. 1. Feudor. Schrader. d. part. 4. cap. 2. numer. 15. ad finem.*

Sed magni momenti quæſtio eſt: An rei eccleſiaſticæ in emphyteuſin conceſſio, ſine debitis ſolennitatibus facta, jure ſubſiſtat, ſi ea cum Eccleſiæ utilitate conjuncta ſit? Et nec tum eam jure ſubſiſtere arbitror. 166
l. obligari. 9. §. hereditatem adire. 3. ff. de auctorit. & conſenſu tutor. & curat. & §. neq; tamen. 1. ſ. de auctoritate tutor. quibus in locis dicitur, pupillum ſine 167
tutoris auctoritate hereditatem adire non poſſe: quamvis lucroſa ſit, nec ullum habeat damnum. Huc quoque confert *d. can. ſine exceptione. 51 cauſ. 12. qu. 2. & d. cap. tua nuper. 8. de his, qua fiunt à Prælatis, &c. &c. 1. tit. 4. de rebus Eccleſ. non alienand. in Clementin. cum ſimilibus:* in quibus præter utilitatem Eccleſiæ, legitima ſolennitas in alienatione rei eccleſiaſticæ apertè exigitur. Vide Camillum Borellum *in ſumma Decif. tit. 33. de emphyteeſi. num. 127.* huncque allegantem Nicolaum Eggebrecht. *d. ſynopſi jur. emphyt. concluſ. 54.*

Huic ſententiæ non obſtat *l. non eò minùs. 14. C. de procuratorib.* ubi ſententia pro minore lata valet, tametſi abſque curatore judicium agitatum fuerit. 168
Nam quando quæritur, utrùm actus ab Eccleſiâ vel minore ſine ſolennitatibus utiliter geſtus valeat, necne: diligenter inquirendum & diſpiciendum eſt; num actus ſive contractus iſte ſit talis, ex quo Eccleſia vel minor non obligetur, ſed alium ſibi obliget: vel ut ſi ſtipuletur, aliquid ſibi dari vel donari. Hujuſmodi ſanè contractus à minore, Eccleſiave, ſolennitatibus legitimis neglectis, celebratus ſuſtinetur: ſi modò minori aut Eccleſiæ utilis exiſtat. Nec enim hoc caſu aliqua ſpecialis ſolennitas introducta reperitur, *per princ. tit. ſuper. de auctorit. tutor. §. pupillus. 9. ſupr. de inutilib. ſtipulationib. l. contra juris. 28. ff. de pactis. l. obligari 9. ff. de auctoritat. tutor. &c.* ex quibus liquet, quòd pupillus alium ſine tutoris auctoritate ſibi obligare poſſit. Et de hac ſpecie exaudiendus eſt textus *in d. l. non eò minus 14. C. de procurator.* ubi ſententia pro minore, non legitimè defenſo, ideo ſubſiſtit: quòd per eam non minor alii, ſed alius minori obligatur. Quâ ratione acceptilatio quoque, 169
cum pupillo ſine tutoris auctoritate facta, valet: quòd pupillus faciens, ſibi acceptum ferri, non obligatur; ſed obligatione eximitur; adeòque ejus conditio melior redditur. *l. 2. ibiq; Gothofred. ff. de acceptilat.*

Simi-

Similiter non adversatur *l. cùm hi, quibus. 8. §.*
170 *eam transactionem. 6. ff. de transactionib.* ubi actus si-
ne solennitate est validus: si expediat ei, cujus gratiâ
solennitas ista introducta est. *Nam* & ibi nihil age-
batur, quo alimentarius obligaretur: sed ipse alium
meliore modo, quàm ex legato obligatus esset, sibi
obligavit. Nec movet, quòd cùm in specie *d. §. eam*
transactionem. alimentarius transigendo à lite discef-
ferit: videatur quoque ex ipsius parte aliquid remissū
esse. Hæc siquidem à lite discessio in nihilo obligat
alimentarium: quippe cùm ea sit necessaria potius,
quàm voluntaria. Fit enim eam ob causam; quòd he
res, à quo relicta fuerant alimenta, nō solùm id ipsū,
ad quod tenebatur, sed plus etiam *(ut ex textu pate-*
scit) alimentario præstet, eâque præstatione ab obli-
gatione sese liberet. *l. si reus paratus. 73. ff. de procura*
torib. l. si debitori. 21. ff de judic. l. ult. §. ult. ff. de reb.
credit si cert. pet. Id ipsium docui etiam *in addit. ad*
Iul. Clar. §. emphyteusis. quæst 6. num. 7.

Verùm enim verò si constitutio emphyteuseos
1 ob defectum consensus Capituli, aut Papæ sive sedis
Apostolicæ (cujus licentiam in alienatione rei eccle-
siasticæ etiam desiderari, manifestum est *ex d. cap. 2.*
in princip de reb. Eccles. non alienand. in 6.) irrita di-
catur: ratihabitione Pontificis vel Capituli valida ef-
ficitur. *c. cùm nos. 3. de iis, quæ fiunt à Prælatis, & c. c.*
172 *cura pastoralis. 11 de jurepatronatus.* An autem Pon-
tifex, vel Capitulum suâ ratificatione emphyteuti-
cam concessionem in tantum roborare queat, ut em-
phyteuta nolens volens habere emphyteusin coga-
tur, quæri solet? Et emphyteutam non esse cogen-
173 dum, ut invitus emphyteusin possideat, verius cense-
tur, *arg. l. si absente. 48. & l. cùm fructuarius 64. ff. de*
usufructu. ubi respondetur, quòd usufructuarius
invito domino usumfructum derelinquere possit.
174 Quo facit, quòd vasallus etiam sine domini vo-
luntate rectè feudum refutare potest, *per textum*
in cap. 1. de vasallo, qui contra constitutionem
175 *Lotharii, &c. tit. 38. lib. 2. F.* quia favori & lucris
suis renunciare cuilibet permittitur, *vulgatâ l. si quis*
in conscribendo. 29. C. de pact. latè Zasius in Epitom.
feud. part 10. num. 81 & seq. Cujac. ad tit. 14. lib. 2. F.
Duaren de feud. cap. 12. num. 18. & Wesenbec de feud.
cap. 9. & 10. num. 3 quos citat, probatque D. Bocerus
176 *class. 2. Disp 14. thes. 24 ed 2.*

Planè, interpositâ canonicâ, justâque solennita-
te ad veram alienationem necessariâ, res Ecclesiæ in
emphyteusin eâ conditione dari possunt: ut non mo-
dò ad filios & nepotes emphyteuticarii, sed ad extra-
neos etiam heredes, emphyteusis ista transeat. Certi
namque juris est, solennitatibus legitimis observatis,
res ecclesiasticas omninò alienari posse. *Clement. 1.*
& 2. de reb. Eccles. non alienand. Multò itaque ma-
gis isthac conditione in emphyteusin dari poterunt:
cum earum proprietas hoc casu retineatur. Cui
sententiæ suffragatur non parùm *Novell. 120 c. 6. § 1.*
ubi Justinianus in hæc verba scripsit: *Licentiam igi-*
tur damus, prædictis venerabilibus domibus, non so-
lùm ad tempus emphyteusin facere immobilium re-
rum sibi competentium, sed & perpetuò hac eis em-
phyteutico jure volentibus dari, &c. Cùm ergo em-
phyteusis rerum ecclesiasticarum in perpetuum ali-
cui tribui possit: consequens est, eam non tantùm ad
filios nepotesquè, sed & ad extraneos heredes em-
phyteuticarii per conventionem extendi posse. Ei-
dem assertioni robur addit textus *in c. ad aures. 7. de*
rebus Eccles. alienand. vel non. ubi traditur, quòd
Ecclesia jure hereditario fundos suos in emphyteusin
concedere alicui valeat. Dicuntur autem hereditario
jure concedi, quæ ad quoscunque heredes, sicque eti-
am extraneos, transmittuntur.

Non obstat *Novell. 7. c 3 in princ.* ubi Justinia- 177
nus disertè sancivit; emphyteusin ecclesiasticam in
accipientis personâ, & in duobus ejusdem personæ
heredibus deinceps, filiis tantùm solis masculis, aut
fœminis, aut nepotibus utriusque naturæ, permitti:
adeòque ad extraneos heredes non deferri. *Nam*
aut id, quod *in d. Novell. 7. cap. 3.* dicitur, res Ecclesi-
arum in emphyteusin datas, ad filios & nepotes, non
etiam ad ulteriores descendentes, vel extraneos, tran-
sire debere, correctum est *per d. Novell. 120. c. 6. §. 1.*
ubi res Ecclesiæ in perpetuum dari in emphyteusin
possunt: aut certè *de Novell. 7. cap. 3.* eo de casu est
accipienda, quando res Ecclesiæ dantur in emphyteu-
sin, juxta peculiarem consuetudinem absque canoni-
câ & debita solennitate, quo casu non transit in here-
des extraneos, nec ultra tertiam generationem:
quemadmodum sentire videtur. Covarr lib. 2. vari-
ar. resol. cap. 17 numer. 5. allegans ad hoc glossam, Bar-
tolum, & Alexand. in l. etiam filios. 18. ff. soluto ma-
trim. Anton. de Butr. Imol. Panor. Felin. & Decium.
in cap. præsentia 8. de probationib. & Ludovicum Go-
zadinum consil 39. numer. 6. & 12. Eandem decisio-
nem probant *D. Halbritter. in tract. de jure emphyt.*
c. 3. & D. Bocer. d. class 2. Disp 14. thes. 34. Vide Treut-
lerum *disput. 29 vol. 1 th. 10. lit. A.* & ibi Bachovium
in suis not. pag. 1228. & seq. item Hunnium. *quæst. 36.*
pag. 1789.

Cùm igitur ex his, quæ modò exposita sunt, 178
constet: res Ecclesiæ dari in emphyteusin eâ conditi-
one posse, ut ad extraneos etiam heredes transeat:
paucis nunc declarandum erit, quibùsnam verbis id
actum esse censeatur. Dubium autem non est ullum,
quin emphyteusis ecclesiastica ad extraneos heredes
descendat, si data sit Titio, & quibuscunque ejus he-
redibus. Particula enim, *quibuscunque*, generalis est; 179
& ambitu suo omnes omninò complectitur. *cap. solli-*
ta. 6. in fin. ibi, nihil excipiens, qui dixit, quodcunque.
de majoritate & obedient. cap. super quæstionum. 27.
§. nos autem statuimus. ibi, vel judex quicunque. de
offic & potest. judic deleg. cap. 1. ibi, personis quibus-
cunque. ubi gloss. tit. 1. de judiciis. lib. 2. Clementinar.
Anton. Gabrielius Roman lib. 6 commun. conclus. tit.
de verborum significat. conclus. 4. Roland. à Valle, cons.
96. numer. 28 vol. 1. Iul. Clar. libr. 4. sentent. §. emphy-
teosis. quæst. 28 num. 5. & 9. Borcholt. in Commentar.
de feud. cap. 3. num. 17.

Nunquid verò rei ecclesiasticæ emphyteusis 180
(Nam de emphyteusi civili minimè dubitatur aut con
trovertitur) Titio, ejusque heredibus, simpliciter
con-

concessa, non tantùm ad filios vel descendentes, sed &
extraneos Titii heredes devolvatur, multùm contro-
versa quæstio est? Et licet negativam sequantur ple-
riq; omnes, quorum latam densamque sylvam allegat
Julius Clarus *in d §. emphyteosis. quæst. 28. num. 6.* &
Ioannes Aloysius Riccius *in praxi rer. criminal. de-
cis. 132. num. 1. pag. 126.* affirmativam tamen ego *cum
eodem Claro d. num. 6. ad finem, & Covarruv. d. lib. 2.
var. resolut. cap. 17. num. 5. vers. quarta conclusio. &c.*
in puncto juris veriorem esse pronuncio. Tum quia
181 heredis nomen generale est, etiam extraneos heredes
continens. *per princip. & § in extraneis. 4 supr. de he-
182 redum qualit. & different.* Tum quia generaliter is,
qui paciscitur, quibuscunque suis heredibus, atque
adeò etiam extraneis, pacisci intelligitur, tametsi eo-
rum nullam mentionem faciat. *l. juris gentium. 7. §.
pactorum. 8. & l. sale pactum. 40. in princ. ff. de pact. l.
si pactum. 9. ff. de probationib. l. sicut re. 8. §. si debitori.
16. ff quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. l. veteris 13. C.
183 de contrah. & committend. stipulat.* Tum quia si
servatis debitis solennitatibus res ecclesiastica, quoad
utile, & directum (quod ajunt) dominium, alienari
potest, sicque alienata ad extraneos heredes transit. *c.
sine exceptione. 12. quæst. 2. arg c. 1. 2. & 3. de his, quæ
fiunt à prælat.* cur non etiam emphyteusis ecclesia-
stica Titio, ejusque heredibus concessa, ad extraneos
heredes derivaretur, si Titius nullos descendentes re-
liquerit? Hanc sententiam novissimè suo calculo
comprobavit Christophorus Philipp. Richter *in d.
tract. de contractib. disp. 10. th. 4. sub lit. A. pag. 318.*

184 Nec adversatur, quòd vulgò obiicitur, emphy-
teuseos ecclesiasticæ hanc esse genuinam naturam, ut
ad tertiam solummodo generationem, non autem ex-
traneos heredes porrigatur. *d. Novell. 7. c. 3. in prin-
cip.* Nam contrarium verius esse opinor: quòd vide-
licet emphyteusis ecclesiastica, inspectâ suâ naturâ ad
185 quoscunque heredes transeat. Quælibet enim em-
phyteusis regulariter sui naturâ intelligitur esse per-
petua, atque ita ad quosvis heredes transitoria. *l. 1. in
princ. ubi Bald. & Angel. ff. si ager vectigalis, id est,
emphyt. pet. Iason in l 2. numer. 160. C. de jure emphy-
teut. Socin. sen. consil. 50. num. 15. lib. 4. Ruin. consil. 3.
num. 18. & consil. 160 numer. 10. libr. 1. & consil 151. n.
14. lib. 4. Balb. in tract. de præscriptionib. in 1. part. ter-
tiæ partis principal. quæst. 10. n. 35. Alciat. in tractat.
de præsumptionib. regul. 2 præsumpt. ult. hisq; referens
& sequens Menochius de præsumptionib. lib. 3. præ-
sumpt. 109. n. 7 & seqq.* A quâ regulâ cùm emphy-
teusis Ecclesiastica excepta non inveniatur; meritò
illi standum & adhærendum est, *juxta gl. in l. omnis
definitio. 202. ff. de reg. jur. ibiq; Cagnol. n. 57.*

186 Nec resistit *d. Novell 7. c. 3. emphyteusin. &c.*
Etenim quòd ibi emphyteusis Ecclesiastica ad heredes
extraneos non defertur; non fit secundùm, sed potius
contra naturam emphyteuseos ecclesiasticæ. Est si-
quidem hoc introductum ex prohibitione singulari,
in favorem Ecclesiæ Constantinopolitanæ majoris
(*ut Gothofred. ibidem annotavit*) & reliquarum ve-
nerabilium domuum ad eam pertinentium, contra
hujus contractûs naturam & conditionem. Quod
vel ex eo manifestum efficitur. Si enim hæc contra-
ctûs emphyteutici per Prælatum & capitulum cele-
brati fuisset natura, ut ad extraneos heredes devolvi
non posset: prohibitione dictæ Nov. 7. c. 3. desuper fa- 187
ctâ haud opus fuisset: quoniam naturalia cujusvis rei,
etiamsi de iis dispositio vel mentio nulla fiat, per se
tamen inesse creduntur. *arg. l. pacta conventa. 72. ff.
de contrahen. empt.* Adde, quòd prohibitio *dictæ. c. 3.* 188
jure novissimo sublata est, & constitutum: quòd em-
phyteusis ecclesiastica in perpetuum, atque adeò
omnibus, etiam extraneis heredibus concedi possit,
*prædictâ Novell. 120. c. 6. § 1. licentiam igitur, &c. &
jam suprà mentum. num. 176.*

Hisce ita cognitis & explicatis, dijudicare cui- 189
vis facile erit: an veritati consentaneum sit, quod
communiter statuitur, emphyteusin ecclesiasticam
simpliciter absque mentione heredum datam, præsu-
mi usque ad tertiam generationem solùm concessam.
*Bald. in d. l. 2. colum 2. C. de jure emphyteut. ibidemq;
Iason numer. 160. vers. istam conclusionem, &c. Ale-
xan. in l. qui in aliena. 6. in princip. numer. 7. ff. de ac-
quir. vel omitt. heredit. Cravett. in tractat. de anti-
quit. temper. in quarta parte princip. in initio. num. 70
Trentacinquius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de jur.
emphyteut. numer. 6. aliiq; adducti à Menochio d. lib.
3. de præsumptionibus, præsumpt. 209. num. 15.* Isthæc
namque communis opinio ex falso illo fluit princi-
pio: quòd emphyteusis ecclesiastica sui naturâ non
sit perpetua; nec ad extraneos heredes, sed tertiam
duntaxat accipientis generationem, transitoria. Ve-
rùm hoc pronunciatum cùm satis jam refutatum sit:
intelligere promptum est, opinionem istam commu-
nem, utpote ruinoso fundamento subnixam, subsiste-
re neutiquam posse: præsertim cùm emphyteusin
Ecclesiæ à Prælato recipiens, nullâ etiam heredum
mentione factâ, præsumatur non suo tantùm; sed 190
omnium heredum, sicque extraneorum quoque no-
mine illam recepisse. *d. l. si pactum. 9. ff. de probationib.*
propterea quòd heres una quodammodo, eademque
persona cum defuncto, qui contraxit, reputetur, *per
Novell. 48. in fine principij.*

Sanè si res ecclesiastica, in emphyteusin dari soli- 191
ta, ad Ecclesiam fuerit reversa, quin Prælatus absque
legitimis solennitatibus eam alicui in emphyteusin
concedere possit, si ejus conditionem non reddat de-
teriorem, nequaquam ambigitur. *c 2. extr. de feud. in
fine princip. & tit 26. §. in clericorum. lib. 1 F & tit. 35.
in fin. lib. 2 F. c. 2. ibi, conditionem Ecclesiæ meliorare
potest, &c. extr. de donationib & tit. 91. de invest. ve-
ter. & nov. benefic. §. à Prælatis. ibi, dum tamen dissipa-
tor videri non possit. in extraord. cc. libr. 2. F. Schrader.
in tractat. Feud. part 4. cap. 2. numer. 20.* Huic con- 192
sequens est, quòd si emphyteusis priùs data sit singu-
lari personæ: civitati aut collegio, vel potentiori, dari ne-
queat, *per t. 34. de lege Corradi. § similiter. a. ibi. si secū-
da persona sit talis, &c. lib. 2. F.* Cùm enim civitas aut 193
collegiū nunquā mori intelligatur: spes nulla est fore,

ut emphyteusis aliquando ad Ecclesiam redeat. *l. an usufruct°, 56 ff. de usufruct. l. si usufructus. 8. ff. de u-*
194 *su, & usufruct. legat.* & difficilius est litem intendere potentiori, quàm inferioris sortis homini plebejo. *l. 1. in fin. cum l seq ff de alienat. jud. mut. caus. fact. & tot. tit. Cod. ne liceat potentiorib. patrocin. litigantibus*
195 *praestare, &c.* Praeterea si emphyteusis solita sit dari usque ad certam generationem; non poterit Praelatus hanc concessionis formam immutando, in perpetuum emphyteusin illam concedere. *d. tit. 34. de lege Corradi § similiter. in princ. versic. profectò ille. ibi, non debet alia lege dari, &c. lib 2. F. Curt. Iun. in tract. de feud. part. 2. quaest. 6. D. Collega Becer. class. 2. Disput. 14. thes. 25. lit. d. edit. 2.*

196 Caeterùm de eo valde controversantur Interpretes: annè Praelatus rem emphyteuticam, ad Ecclesiam reversam, etiam consanguineis suis denuò in emphyteusin tradere valeat? Et quicquid dicant alii, *quos refert & sequitur Nicolaus Everhard in Topic. legal. in loco, à feudo ad emphyteus. numer. 20. itemq; D. Becerus d. disp 14. th. 27.* negantem ego sententiam veriorem esse judico, motus expresso textu *in Novel. 120. cap 5. §. oeconomis. 1. & hinc sumptâ Auth. quibuscunque. C. de SS. Eccles.* Verba d. Novellae ita habent: *oeconomis verò & orphanotrophis, & reliquis venerabilium domorum ordinatoribus, nec non omnibus chartulariis, & parentibus eorum, & filijs, & aliis, qui per genus eis, vel nuptiarum jure conjuncti sunt, interdicimus emphyteusin & locationes sive hypothecas rerum, ipsis venerabilibus domib. competentium, aut per semetipsos, aut per interpositam personam accipere, &c.* Quibus verbis apertè sancit Iustinianus: non tantùm oeconomos, sed & reliquos venerabilium domorum ordinatores, hoc est, administratores, eorumquè cognatos aut affines, in emphy-
197 teusin capere non posse res ecclesiasticas. Vnde errare videtur Abbas Panormitan. *consil. 41. numer. 3. lib. 1.* qui hanc Iustiniani sanctionem de oeconomis solummodò, qui non habent ita pingue jus, sicut Praelati, exaudiendam opinatur, negans Praelatos (quos tamē non dubium est ordinatores seu administratores Ecclesiarum esse, de quibus constitutio discretè loquitur) sub eâdem constitutione comprehendi. Huic enim Abbatis interpretationi tam verba, quàm mens relatae constitutionis repugnant. Eadem siquidem est ratio in Praelato, quae est in oeconomo: quòd videlicet alienatio & ab oeconomo, & à Praelato in favorem consanguineorum interposita, ad fraudandam Ecclesiam facta praesumatur. *can. decenter. 6. distinct. 89. Bartol. Bald. & Alberic. in d. Auth. quibuscunque. C. de SS. Eccles. Alciat. in tractat. de praesumpt. regul. 1. praesumpt. 29. & Menoch. de praesumptionib. lib. 3. praesumpt. 54. num. 4. & aliquot seqq.*

198 Hanc sententiam non turbat *c. relatum est auribus. 12. § licèt autem extr. de testamentis.* ubi quae Clericus sive Praelatus relinquere valet extraneis, etiam consanguineis suis concedere non prohibetur. *Nam* agitur eo in loco de bonis mobilibus. jure dominii ad Praelatum vel clericum spectantibus, quamvis per Ecclesiam sive intuitu Ecclesiae acquisitis, *per text. ibi, mobilia per Ecclesiam acquisita, &c.* De his sanè Praelato, ut cuivis clerico, per ultimam voluntatem tam in sanguine junctos, quàm extraneos, benè de se meritos, liberalitatem exercere suam permittitur. Ast in propositâ quaestione Praelatus non sua, 199
sed Ecclesiae bona, alicui ex cognatis suis emphyteusin concedendo, alienat: cùm is rerum ecclesiasticarū non dominus, sed duntaxat usuarius sive usufructuarius esse censeatur; *ut, post alios, responderunt Socinus Sen. consil. 32. col. 2. lib. 1 & Bellon. consil. 3. hosq; citans Menochius dict. lib. 3. praesumpt. 54. numer. 9.* Quin & illud probabiliter dici poterit: facultatem disponendi de bonis mobilibus, clerico per Ecclesiam acquisitis, non ex jure communi, sed ex consuetudine quadam speciali descendere; ad quam consuetudinem respexisse Pontificem, liquet *ex ipsius verbis dicti c. relatū. 12. ibi, consuetudinis tamen non est improbanda. de testament.* Consuetudinem autem strictì juris, nec de 200
casu ad casum extendendam esse, notum est. *c. 1. de feudi cognit. §. strenuus. ibi, qui consuetudine feudi non sit comprehensus tit. 1. lib. 2. F.*

Nec etiam obstat *c. dilecto filio. 25. in princ. ext.* 201
de praebendis. ubi Praelatus praebendam nepoti suo concessisse dicitur. *Praebendarum* etenim collatio non est prohibita, sed jure permissa, *tot tit. de concessione praebenda, &c.* cùm eam ipsam ob causam illae 202
sint inventae, ut clericis pro sustentatione liberaliter conferantur. *c. relatum. 9. de praebendis &c. relatum. 3. de concess. praebenda.* Atqui in nostro themate tractatur de bonorum ecclesiasticorum alienatione, quam regulariter prohibitam esse constat. *c. nulli liceat. 5. & tot. tit. de rebus Eccles. alienand. vel non & similib.* Deinde Praelatus alicui conferendo praebendam, nihil ex bonis ecclesiasticis alienat: quoniā praebenda, post mortem vel resignationem illius, qui eâ fruitur, vacare dicitur: proindequè praebenda vacans, quae confertur, in dominio Ecclesiae esse non intelligitur. *c. 2. 3. 11. & passim. de concessione praebenda.* Hic autem de bonis ipsius Ecclesiae, in emphyteusin concedendis, sicque de eorundem alienatione disceptatur.

Nihil quoq; movet, quòd secundùm naturam sit, 203
ut unusquisque proprium sanguinem extraneae personae praeferat. *l. cùm acutissimi. 30. circa finem. C. de fideicommissis.* & quòd prima liberalitas circa proximos operari debeat. *can. non satis. 14. §. 1 Distinct. 86.* Isthaec namq; & similia axiomata loquuntur & exaudienda sunt de eo, qui de bonis suis propriis disponit: non verò de eo, qui bona ecclesiastica alienare, sive in emphyteusin dare praesumit, ut in propositâ quaestione. Haec igitur cùm diversa censeantur: ex iis nihil infertur. *l Papinianus. 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib.*

Non item adversatur textus *in c. 1 de investitura* 204
veteris & novi benefic. vers. ult. tit. 91. lib. 2. F. ubi habetur, quòd si Praelatus conjunctae personae gratiâ, vel etiam alicui alteri tale dedit feudum, quod duos consimiles vasallos acquirere posset, inutile esse beneficium. Igitur consequens esse videtur: si Praelatus feudum concesserit, & ex illâ concessione talis gra-

tia

tia vel fraus evidenter non appareret, beneficium illud
205 valere. Hoc, *inquam*, non adversatur. Argumentum
enim ex illo c. petitum, à contrario sensu proficisci-
tur: quod genus argumentandi non admittitur, quo-
ties in sensu contrario eadem ratio intervenit, quæ in
206 sensu directo. Identitas quippe rationis fortior est
argumento à contrario sensu, *ut tradidit Bald. in l.
qui testamento. 20. §. mulier. 6. ff. de testament. Ale-
xand. in l. 1. in quarto notab. ff. de officio ejus, cui, &c.
Iason in l. si extraneus. 6. in tertio notab per illum text.
ff. de condict causa data, &c. Decius cons. 232. col. fin.
circa med. Corne cons 173. lib. 1 consil. 22. col. quarta.
consil. 80. lib. 2 & cons. 150. col. final. lib. 4. quos omnes
citat & approbat Cravetta consil. 460. numer. 10.*
Sed ratio, ob quam *in d. c. feudali* disponitur, non va-
lere investituram, conjunctæ personæ factam de feu-
do, quo potuerunt duo vasalli acquiri, hæc est: quòd
talis investitura intelligitur in fraudem Ecclesiæ facta
esse. Quæ quidem ratio militat, etiamsi Prælatus nō
207 tale, sed aliud quodvis feudum concesserit. Nam alie-
natio bonorum Ecclesiæ, à Prælato in consangvineum
facta, præsumitur in dubio ad fraudandam Ecclesiam
interpositã esse. *d can. decenter. 6. distinct. 89. Bartol.
& alii in d. Auth. quibuscunq; C. de SS. Eccles. Bar-
bat. consil. 17. col. 2. lib. 4. Iohan. Iacob. de Leonardis in-
ter consilia Bruni. consil. 114. num. 117. Iason consil. 183
col. ult. vers. non obstat. lib. 2. & alii superiùs adducti.
num. 197.* Nisi luculenter constet, eam fuisse factam
in Ecclesiæ utilitatem, & observatas fuisse solennita-
tes à lege requisitas. Hoc namque casu omnem præ-
sumptionem & suspicionem fraudis cessare, atque
adeò alienationem ipsam æquè valere, ac si cuivis ex
traneo facta fuisset, multorum auctoritatibus evincit
Menochius *d. lib. 3. præsumpt. 54. num. 1. & consil. 79.
num 19. & 20. lib. 1.* Quòd si verò hæc resolutio ali-
cui minùs arrideat: is hanc responsionem fortassis nō
incommodam, ferat: dispositionem *dict. c. feudalis.*
tanquam specialem, ad feuda solùm pertinere: nec ad
bona Ecclesiæ de quibus contrarium cautum esse in
jure communi reperitur, porrigendam esse, *arg. d. c.
1. de feudi cognit. tit. 1. lib. 2. Feud. D. D. Halbritter.
Collega & Compater meus peramandus in tr. de jure
emphyt cap. 3. post medium.* Eandem sententiam no-
vissimè defendit Nicolaus Eggebrecht. *in disput. in-
augurali. conclus. 59. Præside memorato D Halbritte
ro.* Eandem quoque attigi *in addit. ad Iul. Clar. §. em-
phyteusis. quæst. 6. num. 18. & seqq.*
208 Difficilis quoque & perplexa hæc quæstio est:
Num Prælatus, sive dominus etiam privatus, emphy-
teusin ad certam generationem datam, eâ finitâ, pro-
ximis emphyteutæ cognatis deferre & renovare te-
neatur: an potiùs, cuicunque velit, eam concedere
possit? Et quidem non desunt, qui autumant, domi-
num in propositâ specie teneri, proximiores emphy-
teutæ consangvineos extraneis præferre, illisque em-
phyteusin restituere. *Bartol. in d. l. §. permittitur. 41.
ff. de aq. quotid. & æst. Iason in l. 2. numer. 22. C. de ju-
re emphyt. Decius consil. 131. Ripa in l. 1. ff. de privileg.
creditor. Mynsinger. cent. 5. obs. 16. & cent. 6. obs. 79.
Fichard. in addit ad Villalob. lit. V. num. 8. vers. vasallo
mortuo. Horat. Mandos. in addit. ad Roman. consil. 22.
& alii quos commemorat. Antonius Gabrielius com-
mun. conclus. lib. 7. tit. de jure emphyteutico. conclus. 1.*
Sed ego contrariam in sententiam, utpote longè pro-
babiliorem, sum proclivior. Moveor primò *Novell.
7. c. 3. §. neq; illud. 3.* ubi dicitur, pactum non valere,
quo cavetur, ut Ecclesia teneatur, finitâ generatione,
proximioribus ultimi emphyteutæ consangvineis re-
novare emphyteusin. Si enim Ecclesia id facere tene-
retur: nulla esset ratio, cur pactum non valeret, *arg. l.
non impossibile. 50. ff. de pactis.* Deinde conducit huc, 209
quòd jure nemo compelli possit, ut certo alicui, & nō
alteri locet, vel vendat. *l. invitos 11. C. de locato. l. invi-
tum. 11 & l. dudum. 14. C. de contrah. empt.* Prætcrea
res in emphyteusin concessa usque ad certam genera-
tionem, extinctâ eâ generatione, ad dominum rever-
titur. Ergo domino integrum est eam pro se retine-
re; vel, cui maluerit, concedere: cùm suæ quisque rei
moderator sit & arbiter. *l. in re mandata. 21. C. man-* 210
dati. & nemini injuriam faciat, qui jure suo utitur. *l.
injuriarũ. 13. § 1. ff. de injur. l. nullus. 55. ff. de reg. jur.*
Nihil huic conclusioni obstat *l. 1. in fine. C. de Me-* 211
tallariis. & metallis, &c. ubi conductor, qui jus effo-
diendi metallum à fisco conductum habet, tenetur
fisco præ aliis omnibus metallum collectum vendere,
si id distrahere velit. *Quandoquidem* illic speciali ra-
tione est constitutum; quòd illi, qui beneficio Princi-
pis, jure effodiendi metallum fruuntur, fisco potiùs,
quàm aliis, metallum, quod congesserunt, vendere co-
gantur. Ratio specialitatis hæc dari poterit: quòd
Reipublicæ multis de causis intersit; metalla, præset-
tim auri & argenti, penes fiscum constituta esse.
Nec magis resistit. *l. si in emptionem. 35. ff. de* 212
minorib. ubi Hermogenianus in hæc verba respondit:
*Si in emptionem penes se collocatam minor adjectione
ab alio superetur: implorans in integrum restitutio-
nem audietur, si ejus interesse, emptam ab eo rem fuis-
se, approbetur: veluti quòd majorum ejus fuisset, &c.*
Quoniam loquitur de minore in integrum restituen-
do, ut rem, quæ erat suorum majorum, recuperet.
Quod, tanquam dissimile, huc non pertinet, *arg. l. in-
ter stipulantem. 83. § sacrã. ibi, sed hæc dissimilia sunt.
ff. de verb obligat.*
Neq; ad rem facit *l. congruit. 4. C. de locat. prædi-
orum civilium vel fiscal, &c.* ubi veteres conducto- 213
res præferuntur novis conductoribus, si modò aug-
mentum pretii, ab altero novo conductore oblatum,
ipsi præstare parati sint. *Quia* ibi primi conductores,
non verò consangvinei eorum, extraneis sivi novis
conductoribus præferuntur: & sic beneficium illud
speciali favore personæ veteris alicujus conductoris
indultum, ad ejus consangvineos porrigi non de-
bet. *l. in omnibus causis id observatur. 68. ff. de reg.
jur.* Dein iste textus, non de omnibus, sed publi-
carum seu fiscalium duntaxat rerum conductoribus
loquitur: à quibus ad aliarum rerum conductores
argumentari non licet: quoniam illis hoc jus, ut præ-
ferantur extraneis conductoribus, singulari concessũ

est ratione, quæ in privatis conductoribus locum non
214 habet. Ratio autem hujus concessionis hæc est: quia conductores rerum fiscalium, deficientibus aliis conductoribus post finitam conductionem, de novo conducere compelluntur, si lucrum aliquod ex priori conductione fecerint. *l. cotem.* 11. §. *ult. ff. de publicanis, & vectigalib.* Quare æquissimum visum est, pro hoc, quod sustinere coguntur, onere & incommodo, ipsis alio modo succurri, quòd nimirum finita conductione aliis conducere volentibus præponantur. *argum. l. secundùm naturam.* 10. *ff. de regul. jur.*

215 Nihil quoq; negocii facessit *d. l.* 1. §. *permittitur.* 41. *cum seqq. ff. de aquâ quotid. & æst.* ubi respondetur, quod quando æquæductus concessus est personis, non transeat ad heredem vel emptorem: si tamen eis petentibus non concedatur, injuria fit. *Nam* agit JCtus ibi de servitute aquæ ducendæ, & ostendit, quòd is illam indubitatè impetrare queat, ad quem fundus pervenit, si ejus domino priori servitus debeatur. Longè verò alia est ratio rei in emphyteusin datæ, quæ majoris est momenti: nec proximior agnatus docere potest, eam sibi deberi ideò, quòd aliarum rerum dominium ad se transierit.

216 Rursus non refragatur *l.* 1. *ff. de privileg. creditor.* (*in Gothofredi corpore est l. cùm bona.* 16. *ff. de reb. auctorit. judic. possidend.*) *& l. Imperator* 60. *ff. de pactis.* ubi in emptione bonorum debitoris cognati anteferuntur extraneis emptoribus. Vnde dicendum videtur, quòd & in emphyteusi cognati extraneis sint præponendi: siquidem emphyteusis magnam similitudinem cum emptione & venditione habeat, *per hunc §. nostrum.* Non, *inquam,* leges istæ refragantur. Loquuntur enim in speciali casu: quando scilicet bona debitoris obærati, auctore judice, possidentur & venduntur. Tunc sanè cognati & creditores in venditione bonorum extraneis præferuntur: modò eandem conditionem, quam extranei, præstent: quod cum præsenti quæstione nihil commune habet.

217 Deniq; nihil prorsus movet *l. jubemus.* 3. §. *filios advocatorum* 5. *C. de advocatis diversor. judicum.* ubi dicitur, quòd si officium advocatorum, per eorum mortem fuerit finitum, ipsorum liberi & propinqui ad idem officium accedere cupientes, extraneis sint anteponendi. *Etenim* loquitur de officiis publicis, in quibus distribuendis ubique præ cæteris habenda est ratio filiorum, quorum parentes in eodem genere officii de Repub. optime sunt meriti; quia filii sperantur similes futuri suis parentibus, si deprehendantur ad illud officium idonei. Sed in proposita quæstione disputatur de jure privato, quod cujusvis domini arbitrio ac potestati subjectum est. *d. l. in re mandata.* 21. *C. mandati.* Reliqua, quæ decisioni nostræ opponi solent, leviora sunt: & ex hactenus adductis facile dilui possunt. Eam autem comprobant & defendunt, post alios, quos allegant, *Franciscus Sarmient. lib. 3. selectar. interpretat. cap. 7 num. 2. Fachineus lib. 1. controvers. jur. cap. 100. Gail. lib. 2. observat.* 148. *num. 2. Zas. consil.* 11. *num.* 8. *Broncherst. cent.* 1. *Miscellanear. controvers. assert.* 41. *Hackelman. Disput.* 11. *thes.* 56. *lit. b. & Hunnius in resolut. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 29. *quæst. ult. pag.* 1803. *& seq.*

Præcedenti non dissimilis, nec minus ardua, usuque 218 forensi tritissima illa est quæstio: Vtrùm rei ecclesiasticæ, in emphyteusin concedi solitæ concessio, non planè consueto modo interposita, in totum censeatur inutilis, an verò valeat, quatenus secundùm morem consuetum fieri potuit? *Et* (*non obstante contrariâ Bartoli in Auth. qui rem, num.* 7. *Cod. de SS. Eccles. & sequatium opinione, quam veriorem existimat Didacus Covarruv. lib.* 2. *var. resolut. cap.* 16. *num.* 5. *vers. tandem ut liberè, &c.*) frequentioribus Doctorum calculis recepta, adeòque in praxi tenenda conclusio est: quòd emphyteusis à Prælato ultra legitimam solitamque metam concessa, ob largientem hanc concessionem non omnino corruat: sed potiùs, quatenus facta est intra solitam formam, subsistat. *Bald. in Auth. si quas ruinas. num.* 2. *C. de SS. Eccles. Paulus Castrens. & Philipp. Dec. in d. Auth. qui rem. C. eod. Alexand. consil.* 38. *vers. non obstat. & vers. seq. vol.* 2. *Franc. Curt. jun. in tract. feud. part.* 1. *quæst.* 6. *num.* 51. *Tiraquell. de tractatu convent. ad finem tituli.* §. 36. *gl.* 2. *num.* 146. *Clarus in* §. *emphyteusis. quæst.* 6. *num.* 2. *Gail. d. lib.* 2. *obs.* 4. *num.* 14. *Molinæus in consuetud. Paris. tit.* 1. §. 41. *num.* 43. *& seqq. Bocer. class.* 1. *Disp.* 15. *thes.* 28. *& alii ab illo relati.*
Hæcque conclusio probatur ex regulâ illâ generali: 219 quòd in omnibus dispositionibus utile non vitiatur per inutile, quoties aliqua separationis vel divisionis ratio iniri potest. *c. utile* 38. *ibiq. gloss. de reg. jur. in* 6. *l.* 1. §. *sed si mihi* 5. *ff. de verb. obligat. l. sed et si.* 12. *ff. de constit. pecun. l. pecunia* 9. *l. placuit.* 29. *ff. de usur. l.* 1. §. *sed Pomponius. & §§. seqq. ff. quod fals. tut. auctor. gest. esse dic. l. sed si sibi.* 11. *ff. de stipulat. server. l. proprium.* 5. *ff. communia prædior. & c. l. sancimus* 34 *in princip. & l. seq. §. sin autem. C. de donat. l. donationes, quas parentes.* 25. *C. de donationib. int. vir. & uxor. cum simil. lib.* Eadem sententia luculentius confirmatur *ex Novell.* 7. *c.* 3. §. 3. ex quo apparet, si res Ecclesiæ, quæ ultra secundam generationem concedi non potest, ad tertiam vel ulteriorem data sit, concessionem valere usque ad generationem secundam, tanquam solitam, sicque jure factam. Tot e- 220 nim censentur esse concessiones, quot sunt generationes: ut sic una non vitietur per aliam. Sed & huic conclusioni patrocinatur *tit.* 34. *de lege Corradi.* §. *similiter.* 2. *vers. profectò. lib.* 2. *Feud.* ubi dicitur, si 221 vasallus feudum, quod possidet, aliâ lege, quàm ipse habet, alii concesserit; puta si pro masculis tantùm concessum, ipse pro masculis & fœminis dederit: quibusdam placuisse, eum amittere beneficium: alios verò dixisse, id tunc domino aperiri, cùm masculi defecerint. Et horum opinio, ceu ultimo loco relata, 222 approbata esse intelligitur, *per notata gloss. in l. qui filium.* 74. *in fine, super verb. & alia. ff. ad Senatusconsult. Trebellian.* Constat ergo, infeudationem istam non penitus esse inutilem, sed eo valere modo, quo potest. Quare & emphyteusis à Prælato ultra legitimam metam concessa, non tota vitiabitur; sed intra terminos consuetos, jureque permissos, consistet.

Neque

223 Neque obstat *cap. un. in extravagantib. communibus. tit. de reb. Ecclesiæ non alienand. incipiens, Ambitiosa, &c. §. si quis autem, &c.* ubi in emphyteusin concessio aliter, quàm ab antiquo fieri solita est, facta, nullius omnino roboris vel momenti esse dicitur. *Nam textus illius c.* hunc habet sensum: ut quatenus concessio aliter, quàm ab antiquo fieri solita sit, facta fuerit, nullius omnino roboris & momenti sit: & consequenter quatenus secundùm motem antiquum sit facta, eatenus valeat.

224 Sic non multùm stringit *Novell. 7. cap. 3. in fine principii. ibi, neq; quod fit, habere aliquod penitus robur sinimus. & c. 7.* ubi statuitur; contra legis observationem, accipientem emphyteusin statim cadere ab emphyteusi; adeòque etiam ab eo jure, quod licitè ei concedi potuit. *Respondetur* enim, ista *dicti cap. 3.* verba non referri ad totam concessionem, sed solummodo ad excessum insolitum ac prohibitum: ut ejus sententia hæc sit: rem Ecclesiæ non posse dari in emphyteusin, nisi usque ad metam ibi taxatam; & quod aliter fit, id est, ultra metam taxatam, id nihil penitus habere roboris: sed propterea non tolli, quò minùs id, quod intra metam licitam contractũ est, vires habeat; cùm illud non aliter sit factum. Eâdem etiam ratione verba *in d. c. 7.* non eum recipiunt intellectum, quem Covarruvias *loco supra adducto* tradit. Manifestum namq; est, in eo textu hoc dici, contrahentes cadere ab eo contractu, qui nullus fit. Ait enim: *Si verè & perpetuã quispiam emphyteusin accipere præsumpserit, quod non licet: etiam sic cadat ab emphyteusi.* Annon ex his verbis clarè patescit; dictionem, *cadat*, etiam referri ad emphyteusin planè illicitam? Et ideo corruere Didaci Covarruv. argumentationem, non dubium est. Quin & hoc dici poterit: Imp. Justinianum istis verbis (*aut temporalem quidem, non tamen secundùm hujus nostræ legis observationem*) loqui de observatione formæ, quæ divisionem non accipiat.

225 Et sic quoque non urget textus in *Clement. 1. vers. si quis autem. ibi, nec ex concessione ipsius, recipienti jus aliquod acquiratur. de reb. Eccles. non alienand.* Siquidem ad illum eodem modo rectè respondetur, ut nunc breviter *ad d. Novell. 7. c. 3.* est responsum. Nec movet, quod objicitur, *in d. Clement. 1.* negativam dictionem cum voculâ *aliquod* conjunctam, in minimâ etiam parte effectum habere; ut ex istorum significatione verborum concessio facta, in totum dicenda inutilis existimetur. Nam hoc non ita perpetuò dici posse, evincitur haud obscurè ex textu *d. Nov. 7. cap. 3.* ubi similiter negatio verbo *aliquod* juncta invenitur: nec tamen negationem illam, ad minimam quoque partem posse ac debere referri, censuerunt *Molinæus d. tit. 1. §. 41. numer. 46. Decius in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. Alciat. in d. l. 2. §. sed si mihi. ff. de verb. oblig. & alii.*

226 Præterea cõclusioni nostræ minimè resistit *l. si non sortem. 26. §. si centum. 4. ff. de condict. indeb.* ubi si res majoris pretii in solutum per errorem data fuerit, datio isthæc in totum vitiatur: non autem valet in eo, quod est debitum. Hujus enim juris ratio in illâ lege manifestè hæc exprimitur: quòd qui fundum ducentorum per errorem solvit, cùm centum deberet, invitus non compellitur ad communionem; ut fundum pro parte dimidiâ cum eo, cui solvit, habere communem cogatur. Cæterùm si res alia, cujus communio non induceretur, soluta fuisset: eo sanè casu totius soluti condictio non fuisset concessa, *per ea, quæ ibidem tradit Bartol. & Curtius junior de feud. d. part. 1. q. 6. num. 14.*

Enimverò sententia hactenus defensa restringitur, 227 ut locum sibi non vendicet, si probabiliter appareat, concessionem aliter, quàm facta sit, unum aut alterum contrahentium subsistere sive valere noluisse: idque ex causis, quarum illi mentionem faciunt. Tunc etenim separatio utilis ab inutili fieri non potest: sed perpetuò utile per inutile vitiatur & impeditur: quoniam scil. utile per se stare contrahentes noluisse, verisimiliter constat. *l. Pedius. 7. in fine. ff. de receptis, qui arbitrium, &c.*

Tribus porrò modis emphyteusis constitui potest: 228 ultimâ voluntate, præscriptione, & pactionibus. Vltimâ voluntate rectè constituitur, duobus principaliter concurrentibus. Primum est, si quis per testa- 229 mentum, vel codicillum, vel per mortis causâ donationem, cuipiam rem immobilem, sub annuâ pensione, heredi præstandâ, utendam fruendam concedat. *arg. l. 3. in princ. & l. usufructus. 6. in princ. cum l. seq. ff. de usufruct. l. ult. C. de codicill. l. 1. §. sed & 7. ff. de superfic. l. ult. C. de donat. caus. mort.* Alterum, si legatarius dixerit, sibi legatum & pensionem constitutam placere: quia nemo invitus potest obligari. *l. qui in aliena. 6. in princip. ff. de acquir. vel amittend. heredit. latiùs Donellus lib. 9. Commentar. de jure civ. cap. 13. pag. 444. numer. 50. D. Obrechtus Disput. 36. th. 58. cum seqq. & D. Bocer. class. 2. Disput. 14. thes. 45. & seq. edit. 2.* Cæterùm patrem uni ex filiis emphyteusin suam testamento relin- 230 quere posse, communiter placuit. *arg. hujus §. nostri. ibi. cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliòve quocunque modo alienaverit, &c. Iason ad l. 2. num. 207. & seqq. C. de jure emphyteut.* qui hanc rem plenè excutit, & tandem *numer. 211.* distinguendo Doctorum discrepantes opiniones conciliat & exponit. Circa istum modum quæri poterit: quânam 231 actione emphyteusis, testamento relicta, petenda sit ab herede constituentis? Et breviter dicendum: eam petendam esse vel actione in personam, nempe ex testamento, vel in rem. *§. 2. vers. nostra autem constitutio. supr. de legat. l. 2. ff. de Public. in rem act. Dn. Collega Bocer. d. disput. 14 thes. 45. lit. b. Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteut. conclus. 33.* Præscriptione 232 acquiritur emphyteusis, si quis fundum quendam à non domino in emphyteusin acceperit: vel licèt non acceperit, tamen illum ut emphyteuticum (præstando scilicet quotannis ipsi domino fundi canonem) per triginta vel 40. annos possederit, *arg. l. 3. 4. & 6. ubi Bartol. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & arg. tit. 26. §. si quis per triginta. libr. 2. F.* ubi feu- 233 dum, cui emphyteusis similis est, triginta annis præscribitur. *& l. agricolarum. 18. C. de agricol. & censit.*

censit. ubi possessio longissimi temporis, triginta scilicet annorum, facit adscriptitium colonum, cui emphyteuta assimilatur. Et ita Doctores communiter tenent, *Angel. in l. Prætor. 4. §. 1. ff. de edendo. Iason in l. 2. numer. 155. C. de jure emphyt. Ioan. Franc. Balb. in tract. de præscript. part. 2. partis tertiæ principal. qu. 10. n. 36. & part. 4. quartæ principalis. q. 10. Paulus Picus à monte Pico, ad tit. ult. nu. 1. lib. 1. feud. Chassenæus consil. 18. colum. 1. Ruin. cons. 151. num. 5 lib. 4. Paris. cons. 23. num. 5. lib. 4. Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteosis. q. 7. Menochius de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 108. n. 4. Ferrar. in rubr. C. de jure emphyteut. Wegner. Disp. 12. th. 5. sub lit. g. Borcholt. in tract. de feud. c. 7. n. 4. & seqq. pag. mihi 172. Broncherst. cent. 1. consilior. assert. 52. edit. 1. & cæteri, quos isti citant.* Quamvis alii ad hanc præscriptionem tempus longum sufficere contendant: *Bald. in l. 1. num. 15. C. de fideicommiss. Becer. d. class. 2. disp. 14. th. 43. lit. b. Bachovius in suis not. ad Treutler. disp. 29. vol. 1. th. 11. lit. B. pag. 1132. Egbrecht. d. synopsi. conclus. 105. Mascard. in tract. de probationib. vol. 1. conclus. 337. num. 2. ubi plures enumerat.*

234 Pactionibus denique jus emphyteuticum constituitur, si de re in emphyteusin danda, inter dominum & emphyteutam convenit: ut nimirum prædiũ emphyteuta ad tempus, vel in perpetuum, ad fruendum acciperet, idque excoleret, & domino quotannis certam pensionem solveret. Atque pactiones istæ, quantumvis contra naturam contractûs interpositæ, firmæ, illibatæque perpetua stabilitate modis omnibus custodiendæ sunt. *l. 1. C. de jure emphyteut. & hoc §. nostro. ibi, & si quidem aliquid pactum fuerit, &c.*

235 Utrùm autem pactio seu conventio de certo pretio, ultra pensionem, ab initio hujus contractûs emphyteutici domino præstando, necessaria sit, non immeritò hoc loco quæritur? Sunt sanè Interpretes non pauci, qui dicunt, de substantiâ hujus contractûs esse, ut ultra pensionem certa quantitas pro ingressu seu introitu contractûs, ab emphyteuta domino solvatur. *Iacob. de Aren. & Alberic. de Ros. Raphael Fulgos. & Guarnerius de Castel. in d. l. 1. C. de jure emphyt. Hostiens. in summa. de locato. nu. 11. Ioan. Baptista Ferret. consil. 81. num. 3. Dec. in cap. in præsentia. numer. 48. de probationib. & alii, quos refert Stephanus Bertrand. cons. 34. incip. principalis difficultas. num. 5. lib. 7.* Cæterùm alii, & quidem numero plures, contrariam amplectuntur sententiam: quòd nimirum in contractu emphyteutico celebrando conventio, de certo precio ab initio domino annumerando, necessaria non sit. *Cynus. Salicet. Bald. & Iason. numer. 3. in d. l. 1. C. de jur. emphyt. Corasius ibidem in Rubr. num. 11. Natta cons. 49. Paris. cons. 77. num. 13. libr. 3. Alex. cons. 117. viso processu, num. 13. lib. 4. Clarus d. §. emphyteosis. quæst. 3. Alvar. Valasc. in tract. de jur. emphyt. quæst. 10. Ioannes Orescius Hispanus ad l. juris gentium. 7. ff. de pactis. aliiq; ab his designati.* Et hæc sententia suo non destituitur fundamento: quia nullis legibus, etiam accuratè & ex professo de substantiâ atque naturâ contractûs emphyteutici tractantibus, cautum reperitur; quod ad perfectionem sive substantiam hujus contractûs ab initio certum precium requiratur, *sicut videre est ex præsenti §. & l. 1. & tot. tit. ff. si ager vectigal. idemq; d. l. 1. & 2. C. de jure emphyt.* Non debemus autem plus ad formam seu substantiam alicujus actûs exigere, quàm lex ipsa exigit, *arg. l. illam meritò. 19. vers. superstitibus quidem. C. de collationib. & Novell. 18. cap. 5.* Præterea vana & insipida veterum fuisset dubitatio, an contractus emphyteuticus locationi & conductioni adscribendus esset, si is contractus ad sui perfectionem, certum ab initio precium requireret: quoniam omnibus, etiam tyronibus, notum est; quòd locatio ad sui substantiam seu perfectionem, ab initio certum precium præstandum non requirat. 236

Nec obstat huic decisioni nostræ, quòd emptio-venditio & contractus emphyteuticus magnâ inter se familiaritate ac similitudine conjuncti sint, *per hunc §. nostrum.* Nulla verò emptio sine precio consistat. *§. precium autem. Inst. tit. proximo. l. 2. §. 1. l. cùm in venditione. 36. l. nuda 55. & l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt.* Nam non in omnibus contractus emphyteuticus & venditio inter se conveniunt: alioqui non similes contractus, sed idem penitùs essent, *contra d. l. 1. C. de jure emphyteut.* Convenit autem emptioni & venditioni cum contractu emphyteutico potissimùm in eo: quemadmodum per emptionem & venditionem dominium in emptorem transfertur, venditore domino existente. *l. ex empto. 11. §. & in primis. 2. ff. de actionib. empt.* adeò, ut non valeat contraria conventio de dominio non transferendo. *l. cùm manu sata. 80. §. ult. ff. de contrah. empt.* ita & per contractum emphyteuticum jus aliquod dominio simile (quod dominium utile vulgò indigitant) in emphyteutam transfertur. *d. l. 1. ubi Dd. ff. si ager vectigalis. &c. & jam ostensum supra, num. 11. & seqq. ubi inter emptionem & hunc contractum aliquot exposuimus differentias.* 237 238

Non etiam resistit textus *in l. fin. vers. penult. C. de jure emphyt.* ubi dum traditur, quinquagesimam partem precii ab emptore fundi emphyteutici, pro impetrandâ investiturâ, domino præstandam esse: ex eo necessariò sequi videtur, certum precium ab initio & in ipso limine contractûs emphyteutici, ab emphyteuta ipsi domino esse exponendum: cùm quinquagesima precii pars pro investiturâ obtinendâ in considerationem venire nequeat, nisi precium in ipso contractu certum fuerit constitutum. Quomodo enim pars precii esse potest, si nullum precium constitutum est? Textus, *inquam,* ille non resistit. Justinianus namque in eo non loquitur de precio, ab initio hujus contractûs domino fundi numerando: sed de quinquagesimâ parte precii illius, quod emphyteutæ venditori, pro fundo emphyteutico vendito, ab emptore ex conventione præstandum est. Cujus precii, à contrahentibus in conventionem deducti, quinquagesima pars ab emptore, sive emphyteuta novo, pro inductione in possessionem, & signo novæ acquisitionis (*quam investituram vocan.*) domino præstari debet. Neque verò illius quinquagesimæ partis præstatio ad substantiam hujus 239

con-

contractûs referri potest: cùm is, etiam antequàm ea præstetur, indubitatè subsistat.

240 Pariter non refragatur textus *in Auth. qui res. C. de SS. Eccles.* ubi ratione contractûs emphyteutici aliquid datum fuisse, certum est. *Nam* etsi ex eo appatet, posse fundum non gratuitò, sed aliquo accepto, in emphyteusin dari: haud tamen propterea consequens est, de substantiâ contractûs emphyteutici esse, ut aliter, nisi precio à principio soluto, initi non possit.

241 Sic quoq; nihil obest *l. privata. 10. ibi, præter primum delegationis canonem. C. de excusationib. mun.* ubi etiam in ipso limine contractûs quippiam datum fuisse videtur. *Quandoquidem* lex ista accipienda est de annuo canone, in recognitionem directi dominii præstando: non verò de precio, à principio contractûs emphyteutici per emphyteutam domino numerando. Quòd si verò pro introitu quid numeretur: id ex consuetudine potiùs, aut pacto, quàm ex naturâ contractûs fieri, notat Baldus *in d. l. 1. num. 3. C. de jur. emphyteut.* Si tamen quantitas soluta pro ingressu valorem pensionis excedat: venditionis potiùs, quàm emphyteuseos contractum censeri, tradit Valascus *d. quæst. 10. num. 7.* cumque novissimè sequens Nicol. Eggebrecht. *in synopsi juris emphyteut. conclus. 42.*

242 Etsi autem conventio de precio certo, ab initio hujus contractûs domino solvendo, necessaria non est, *ut modò explicatum:* pletisque omnibus tamen ita confessò est, de substantiâ ejusdem contractûs esse, ut de canone seu pensione, in recognitionem dominii ab emphyteuta quotannis exolvendâ, conventio celebretur; *quemadmodum supra circa definitionem nu. 40. 82. 104. & seqq. docuimus.* Cùm igitur pars substantiæ sit, de pensione conventio: inde sequitur, contrahentes pacisci non posse, ne domino pensionem emphyteuta solvere teneatur. *l. 1. in princip. ibi, hac lege, ut tamdiu pro his vectigal. solvatur ff. si ag. vectigalis, &c. & hoc §. nostro. ibi, ut quamdiu pensio, &c. Coras. in l. 2. n. 4. vers. unde nec in specie & ibid. Ferra-*

243 *rius in principio. C. de jure emphyteut.* Pacta siquidem contra substantiâ contractûs inita, ipso jure nulla & inutilia putantur, *arg. l. cùm precariò. 12. in princ. ff. de precario. & l. si donationis. 3. C. de contrah. empt. & vend.*

244 *Sichard. ad l. 2. n. 14. C. de jure emphyt.* Sanè ex postfacto pensionis remissionè à domino fieri posse, emphyteusi nihilominus durante, probabilius est. *argumento l. cùm satis. 23. C. de agricol. & censit. §. itē pretium. 2. supr. de empt. & vendit junctâ l. precii. 9. C. de rescind. vendit. Eggebrecht. d. synops. conclus. 47.* Non possum hic silentio prætetire insignem errorem Johannis-Ulrici Wolffii, à Todten Wardt/&c. aliquot ante annos hac in Academiâ summis juridicæ laureæ honoribus à me condecorati. Is *in suo prodromo responsor. & consilier. jur. consil. 1. numer. 311.* ita scribit: *Quartò faciat, quòd pensionis præstatio de substantiâ & formâ emphyteuseos non sit, quidquid etiam statuat Ioannes Harpprecht. &c.* Equidem, mi Wolffi, non sum ex eorum numero, qui nefas esse arbitrantur, si juvenis contra senem, aut discipulus contra Præceptorem statuat; sed tamen hoc exigo, ut dissensio illa modesta sit, & vetis ex fundamentis extructa. Neutrum à te factum videtur. Non prius: quia verba illa (*quidquid etiam statuat Iohan. Harpprecht.*) quid aliud, quàm inflatum & tumentem animum præ se ferunt? Verùm hoc tantoperè non curo. Et posset utique condonari aliquid fervori tuo, si modò posterius rectè se haberet: & rationes illæ, quibus me oppugnatum ire satagis, non tam prodigiosè & intolerabiliter ineptæ falsæque essent: ut mox videbis & fateberis. Primò igitur in eo hallucinatis: quòd putas, me statuere, ipsam pensionis præstationem de substantiâ & formâ emphyteuseos esse: cùm tamen apertè hîc scripserim *sub num. 242.* (*in primâ editione, numer. 223.*) de substantiâ hujus contractûs esse, ut de canone seu pensione, in recognitionem dominii ab emphyteuta quotannis exolvendâ, conventio celebretur, &c. Et quanquam supra *numer. 40.* (*in priori edit. numer. 36.*) dixi; de substantiâ emphyteuseos esse consensum, rem immobilem, & pensionem annuam domino præstandam: attamen illa verba ideo saltem addita sunt, ut declaretur, qualis debeat esse ille consensus, qui emphyteusin efficit; nempe quòd debeat interponi de re immobili fruendâ, pro pensione annuâ, domino in recognitionem dominii præstandâ; neutiquam verò, quòd putem, ipsam pensionis præstationem de substantiâ emphyteuseos esse: cùm certum sit, eam ad effectum emphyteuseos jam constitutæ pertinere; nullatenus verò ad formam & substantiam emphyteuseos constituendæ requiri. Quò respexi quoque in definitione emphyteuseos *supra num. 4.* asserens: emphyteusin esse contractum, *solo consensu* constantem, &c. Nam emphyteusis est contractus ex consensu. At contractum ex consensu ad sui substantiam præter consensum nihil aliud desiderare, tyronibus juris notum est, *ex toto tit. supr. de obligationibus ex consensu.* Sic, *verbi gratiâ,* de formâ & substantiâ emptionis-venditionis est solus consensus, de re certo pretio habendâ, non ipsa rei traditio & pretii numeratio. *§. cùm autem emptio 3. supr. de empt. & vendit.* Ita quoque in locatione-conductione, ut substantiam capiat obligatio, nihil aliud requiritur, quàm consensus de re certâ mercede facienda vel utendâ; non ipsa mercedis, vel facti, vel usus præstatio. *in princip. supra hoc tit.* Nec quenquam hîc turbet, quòd ibidem *num. 12.* à me dictum est: tria ad hujus contractûs substantiam esse necessaria: consensum, mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur. Etenim solo quidem consensu initur hic contractus; sicuti apparet ex definitione, *in d. princ. num. 3.* positâ; ibi, *solo consensu initus:* attamen hic consensus duo alia includit, nempe mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur: non quidem, quòd ante præstitam mercedem, vel ante facti, quod locatum est, implementum, vel ante præstationem usus rei locatæ, hic contractus non subsistat (etenim ut ad horum quid agi possit, præcedere oportet locationem-conductionem) sed tantùm, quòd consensus de his interponi debeat; nec perfecta dici possit locatio-conductio: nisi de re, certâ mercede, utendâ vel faciendâ, conventio celebrata fuerit. Eodem igi-

igitur modo de substantiâ & formâ emphyteuseos est solus consensus de prædio perpetuò fruendo, sub annuo canone, in recognitionem directi domini præstando. Hac ratione corruunt ultrò omnia argumenta Wolffii, quibus id solummodo evincere conatur, præstationem canonis de substantiâ & formâ emphyteuseos non esse. Veruntamen si penitiùs inspeximus ipsius argumenta: manifestissimum evadet, quòd ne hoc quidem efficere valeant. Nam primò inquit: Emphyteusis pro uno nummo fieri potest, & in re minimâ consistere. Ergo pensionis præstatio non est de substantiâ emphyteuseos. Sed vanitatem argumenti quis non videt & ridet? Quomodo enim sequitur: canon emphyteuticus etiam in re minimâ consistere potest. Ergo nullus omnino canon requiritur? Plus nempe est in conclusione, quàm in præmissis: quæ id duntaxat efficiunt, magni canonis præstationem non requiri ad emphyteusin: sed sufficere etiam modicam pensionem: cum per ejus præstationem æque, ac per magnæ pensionis solutionem, dominium recognosci; adeòque finis, ob quem exigitur pensio, perinde haberi queat, *per dicta ad num. 247. infrà hoc §.* At nullam omninò requiri pensionem, hinc nemo rectè intulerit. Deinde, prioris argumenti debilitatem proculdubio ipsemet antagonista animadvertit: proindeque pergit, & ait: imò planè sine interventu pensionis (emphyteusis) valere potest, §. *quia verò Leonis. Auth. de non alienand. aut permutand. reb. ecclesiastic. hoc est, Novell. 7. cap. 3. §. 1.* Hic verò, mi Wolffi, moneo atque hortor te amanter: ut posthac in allegandis textibus, quos nondum bene intelligis, pareior sis & cautior. Etenim *in illa Nov. 7. c. 3. §. quia verò Leonis. 1. vers. si verò alicujus. &c.* quam pro adstruendo tuo paradoxo adduxisti, plurimùm invenio, quod meæ sententiæ patrocinetur: quod obstet, nihil. Verba ita habent: *Si verò alicujus ecclesiastici prædii suburbani emphyteusis detur: qualia plurima maximè in hac novimus felicissimâ consistere Civitate, multo quidem digna pretio, parvas verò reddentia pensiones, aut nihil pensionum omnino: nō ex reditibus metiri emphyteusim, sed æstimari suburbanum subtiliter, & reputari ex pretio collecto reditus possibiles in viginti annis computari: & in reditibus ex hoc computatis agi emphyteusim; non perpetuo, sed in eum, qui percepit, & duas ex eo successiones, & viro & uxori, sicut prædiximus faciendam.* Wolffius itaque, ut apparet, in errorem seductus fuit ob illa verba: *nihil pensionum omnino.* Quasi hic esset sensus: Imperatorem multa novisse prædia ecclesiastica suburbana, in emphyteusin data, ex quibus nulla pensio ab emphyteuta præstetur. Quid verò, mi Wolffi, potuisses dicere inscitius? Non enim loquitur Imperator de prædio ecclesiastico suburbano, quod jam datum sit in emphyteusin: sed ostendit, qualis pensio, & quomodo sit constituenda, si tale prædium in emphyteusin detur: ut ipsa verba planissimè evincunt. Ideóq; nec vocabulum (*pensionum*) de emphyteuticâ pensione exaudiri potest. Quod ipsum etiam ex vocabulo (*reddentia*) magis perspicuum fit. Haud etenim ipsa prædia emphyteutica pensionem seu canonem emphyteuticum præstant, sed emphyteuta. Ex quo vel solo errorem tuum videre potuisses: nisi à temerariâ contra Promotorem insurgendi libidine occæcatus, prorsus excutiisses. Verùm agè, mi Wolffi, tute in me fuisti temerarius: ego in te ero beneficus: malumq; bono pensabo: & verum intellectum tibi dabo illius textûs, quem tu non bene intellectum malè allegâsti. Hoc igitur vult Imperator: Si prædium aliquod ecclesiasticum, pretiosissimum quidem, sed tamen vilissimum, aut nullum omnino habens reditum, in emphyteusim detur: tunc canonem emphyteuticum non esse metiendum ex quantitate reditûs (alioquin etiam canon vilis foret, cum detrimento Ecclesiæ) sed prædium illud æstimandum esse, & vicesimam partem pretii, canonis nomine constituendam, & quotannis ab emphyteuta præstandam. *Verbi gratiâ:* Si prædium ecclesiasticum suburbanum sit M. tunc canon constituendus erit L. ita ut canon cumulatus in spatium 20. annorum, accedat ad veram prædii illius æstimationem & valorem. Huncque verissimum intellectum colligere possumus ex Juliano Patritio & Antecessore Urbis Constantinopolitanæ, integerrimo Novellarum Justinianearum Interprete. Eundemque intellectum haud obscurè probant Guilielmus Rodeanus *in suo tract. de reb. Eccles. non alienand. quæst. 19. numer. 3.* Speculator *in tit. de emphyteusi. num. 14. & seq.* Corneus *consil. 265. part. 1. & consil. 201. & 285. part. 3.* nec non ipse Accursius *in d. Novell. 7. cap. 3. §. 1. ad verb. computari.* cumq; communiter Interpretes sequuntur: ut mirum sit, Matthiam Colerum, aliàs Jureconsultum non incelebrem, quem refert & sequitur incautè Wolffius, hac in re errasse, *consil. 5. num. 33.* Et hæc de illâ Novellâ: in quâ anchoram suam posuit Wolffius. Adducit tandem idem Wolffius pro stabiliendo errore suo quædam alia; sed leviora & puerilia: adeòque sibilis, quàm refutatione, digniora. *Si (inquit) pensionis præstatio de substantiâ emphyteuseos non est: sequitur, quòd si præstatur, eo ipso emphyteusis non possit indui. Aliàs enim necessariò inferretur: Pensio præstatur. Ergo est emphyteusis: & contrà: Pensio non præstatur. Ergo non est emphyteusis. Sed hoc juri communi, præsertim verò allegato §. quia verò tàm est adversum, quàm quod adversissimum.* Pessimè argumentaris, mi Wolffi: teque, ut in juridicis, ita quoque in Logicis ridiculum præbes. Etenim si maximè statuamus: pensionis præstationem esse de substantiâ emphyteuseos: tamen non sequitur, nec rectè, multò minus necessariò infertur: Pensio præstatur. Ergò est emphyteusis. Contrà verò optimè colligitur, & necessariò sequitur: Pensio non præstatur. Ergo non est emphyteusis: utcunque tu id ex falso præsupposito & sinistro intellectu *dict. Novell. 7. cap. 3.* juri communi adversissimum esse putes. Ipse admodum facili, utar exemplo non difficili. Notum est; ad substantiam hominis requiri, animal & rationale. Nec tamen necess[illegible] infertur: Rationalis est. Ergo homo est. Nam potest esse Angelus. Nec etiam sequitur:

Animal est. Ergo homo est. Namque potest esse leo aut lupus. Contra verò optimè concluditur: Non est rationalis. Ergo non est homo. Item non est animal. Ergo non est homo. Cur ita? Nempe quia à positione unius partis substantialis, non rectè argumentamur ad positionem totius substantiæ: contra verò à remotione unius partis substantialis, necessariò infertur ad remotionem substantiæ. Verum hæc Bacealaureis nota sunt. Eodem ergo modo positâ pensionis præstatione, non ponitur emphyteusis: at remotâ pensionis præstatione, removetur etiam emphyteusis. Nam est quidem pensionis præstatio de substantia emphyteuseos: at non sola; cum etiam requiratur, ut conventio celebretur de prædio fruendo, itemque de pensione in recognitionem directi dominii præstanda. Refutatis itaque omnibus argumentis Wolffii: verum relinquitur, præstationem pensionis, seu (ut apertius mentem meam explicem) conventionem de præstanda pensione, esse de forma & substantia emphyteuseos: *quicquid etiam statuat Doctor Wolffius, contra Iurisconsultum Harppreehtum.*

245 Et quid verò pensio sive canon iste, ab emphyteuta quotannis præstandus, in nummo uno, vel re alia quavis minima constitui possit, scrupulo non caret? Et posse, rectè à plerisque affirmatur. Nam in em-
246 ptione quoque precium, & in locatione (cum quibus contractibus emphyteusis maximam habet familiaritatem, *per hunc §. n.*) merces uno nummo constitui potest: dummodo id non donandi, sed vendendi & locandi animo fiat. *l. si. quis donationis. 38. ff. de contrah. empt. & arg. l. si quis conduxerit. 46. ff. locati.* ubi Ulpianus respondit, conductionem uno nummo factam, ipso jure nullam esse, ea subjecta ratione: quia hoc donationis instar inducit. Si ergo ex conductione, nummo uno facta, non elucescit mera donatio: sed constat, hanc exiguam mercedem conductionis causâ à contrahentibus fuisse appositam: conductionem valere dicendum est. Idem erit judicium, si de pretio minimo in emptione & venditione contrahentes, non animo donandi, inter se convenerint. Quid enim, si quis rem uno saltem nummo dignam tanti vendiderit? Nemo profectò sanus hanc venditionem, donationis causa contractam, adeoque inutilem fuisse dixerit. Proinde & canon emphyteuticus ex placito partium uno defi-
247 niti nummo poterit. Idque ex eo apparet luculentius: quod canon ex origine proprioque fine hujus contractus, quatenus domini utilitatem respicit, ad dominium solummodo recognoscendum requiritur, *ut monitum suprà num. 113.* Sed dominium per unius nummi, reive levissimæ præstationem æquè, ac per solutionem rei magnæ recognosci posse, in propatulo est. Atque ita sentiunt *Bald. in Rubr. C. de jur emphyteut. Iason. in l. 1. n. 4. C. eod. Connan. lib. 6. Commentar. c. 12. n. 6. vers. similiter conductiones, &c. Mynsing. resp 66. n 6. & resp. 78. n. 11. Valascus in tract. de jur. emphyteut. qu. 1. num. 11. 19. vers. tu advertte, &c. Knipschildt d. exercitat. Acad. 9. quæst. 6. pag. 329. & seq.* Quanquam contrarium, ut verius, placeat *D. Bocero class. 2. Disp. 14. thes. 32. edit. 2.*

Nec nostram turbat sententiam *l. si quis antè. 10. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. sicut 20. §. 1. & d. l. si quis conduxerit. 46 ff. locati & d. l. si quis donationis. 38. versic. totiens enim dicimus, &c. ff. de contrah. empt.* ex quibus locis evincitur, quod conductio sive emptio, quæ celebratur uno nummo, minimè valeat. *Iste* namque leges eo de casu intelligendæ sunt, quo manifestum est, mercedem vel precium vilissimum, nimisque exiguum, non quidem vendendi vel locandi, sed mero donandi animo inter contrahentes constitutum fuisse. Hoc sanè casu venditionem vel locationem non esse contractam, palam est, *ut etiam expositum est in §. 1. supr. hoc tit. num. 9.* Ast in contractu emphyteutico canon, quantumvis exiguus, nunquam donationis causa, sed ob id semper constitutus esse censetur, ut per præstationem illius directum (quod ajunt) dominium recognoscatur. Ex quo fit, ut contractus ille semper subsistat, etiamsi de vilissimi canonis præstatione in eo actum fuerit. 248

Unde contractus emphyteuticus ita perfici posse videtur; si inter partes conveniat, ut canonis sive pensionis nomine tantum emphyteuta præstet, quantum justum fuerit. Canon siquidem (*ut & antè dictum*) hoc in contractu ratione ejus originis & finis, duntaxat ad recognitionem dominii directi desideratur. Jam vero si conventum sit, ut emphyteuta pensionis nomine solvat tantum, quantum ipsi placuerit, vel justum fuerit: unius solutione nummi recognitionem dominii æquè præstat, ac si certam aliquam magnam pensionem solvat: ut nihil prorsus substantiæ hujus contractus ex modicitate seu parvitate canonis decedat. Et quamvis in venditione certum ac determinatum exigatur precium. *§. sed & certum. sup. de empt. & vendit. l. ult. C. de contrah. empt. latè, post alios, Fachineus lib. 2. controvers. jur. c. 1.* aliud tamen in contractu emphyteutico obtinet: propterea quòd venditio rei æstimandæ causa celebratur. Nulla autem est æstimatio rei, cujus precium non est definitum. Cæterum in emphyteusi, ex proprio ejus fine, quatenus utilitatem domini concernit, hoc agitur: ut per solutionem canonis directum dominium recognoscatur: quæ quidem recognitio etiam vilissimi canonis præstatione expeditur, *ut sæpius jam inculcatum.* 249 250

Porrò si exculti ac fertiles agri, non solùm pro recognitione directi dominii, in emphyteusin dentur: sed etiam, ut fructuum contemplatione pensio solvatur, ut hodie plerunque fieri assolet: hoc casu canonem non minus certum esse debere dicimus, quam in locatione pensionem sive mercedem, & in emptione precium, propter eandem juris rationem. Ideoque tunc sicut in locatione mercedis, & in emptione precii definitio in certæ personæ arbitrium confertur, *l. si merces 25. ff. locati. l. ult. C. de con-* 251

contrah. empt. ita quoque hoc casu canon sive pensio in certi hominis arbitrium conferri poterit. Quicquid enim in emptione & locatione constitutũ est: etiam ad hunc ferè contractum emphyteuticum pertinet, canone fructuum contemplatione constituto. *Faciunt huc notata Valasci. d. tract. de jure emphyt. qu. 11. nu. 10. cum seqq. & Sichardi ad l. 1. n. 28. C. de jur. emphyt. & Gail. lib. 2. obs. 23. num. 34. & seq.*

252 Constituta & acquisita ritè emphyteusi, videndum est: quod commodum emphyteuta ex jure constituto percipiat: quod item onus vicissim pro eo præstet & subeat. Imprimis autem emphyteutæ competit facultas habendæ & possidendæ rei emphyteuticæ. Ita enim hæc res illi tradita est, ut eam habere & possidere liceat, *hoc §. nostro vers. ut ecce de*
253 *prædiis, &c. l. 1 ff. si ager vectigal. &c.* Et quamvis prædii emphyteuta dominus non sit. *d. l. 1. §. 1. ff. d. tit.* tamen quasi dominus, & in jure nostro simpliciter fundi dominus (licet minus propriè) appellitatur. *l. possessores. 12. in fine. C. de fund. patrimonial. & simil. lib. allegatis in princ. tit. supr. de rer. divis. nu. 44. ubi ea de re notlatius.* Unde ei res emphyteutica, ne quidem ab ipso domino auferri potest, quamdiu pensionem sive canonem debitum exolvit. *hoc §. & d. l. 1. in princip. ff. si ager. vectigalis, &c.*

254 Quæri hic potest an emphyteuta verè & civiliter, an verò tantum naturaliter prædium emphyteuticarium possideat? Et communis Dd. resolutio est: dominum directum civiliter, emphyteutam autem, ut & vasallum (cum uterque sciat, dominium rei emphyteuticæ & feudisticæ suum non esse) naturaliter tantum possidere. Ita tenent Bartolus, *Alexand. Iason. & alii in l. possideri. 3. §. ex contrario. & in l. naturaliter. 12. in princ. ff. de acquir. vel amitt. possess. Menoch. de retinenda possess. remed. 3. num. 82. 83. & 85. & idem de recuper. possess. remed. 1. num. 68. Fulgos. consil. 1. num. 3.* pluresque alii, quos refert & tandem post longam disputationem probat Valascus *in tract. de jure emphyt. quæst. 18. nu. 1. & 6. sub finem.* Confer Dn. Andream Dinnerum *in explicat. tit. ff. si ager vectigalis, &c. quæst. 5.* eumque laudantem Nicolaum Eggebrecht. *d. synopsi juris emphyteutici. conclus. 116. & seq.*
255 Cæterum possessio naturalis perhibetur, quando quis rem possidet justè vel injustè corpore & animo: sed non animo, opinione, cogitatione domini, sive non jure dominii. Civilis pos-
256 sessio dicitur, quando quis rem ex justa causa possidet corpore & animo, opinione, aut cogitatione domini; sive, quod idem est, quando quis rem possidet jure dominii. Hocque jus dominii, quod quis cogitat in re possessa, civilem possessionem facit. Nam qui alio quodam, quam dominii jure
257 rem detinet, civiliter non possidet. Argumento & exemplo sit creditor, qui rem pignori accepit. Hic jure quidem rem detinet: at non jure dominii, sed jure pignoris, *l. quæcunque. 13. § 1. ff. de Publ. in rem act.* Scit enim, rem, quam pignori accepit, non suam, sed debitoris sui esse: ideirco civiliter non possidet, sed naturaliter. *l. in hac actione. 3. §. fin. ff. ad exhibend. l. cum & sortis. 35. §. ult. & l. debit. 40. §. fin.*
pignorat. act. Sic & is, qui precario rem rogavit, jure 258
rem detinet: verum non jure Dominii, sed jure precarii, *d. l. quæcunque. 13. §. 1. ff. de Public. in rem act.* Haud siquidem & ipse ignotat; rem, quam precario accepit, suam non esse, sed ejus à quo precario accepit: & ideo civiliter non possidet, sed naturaliter. *l. in rebus. 4. §. 1. & §. ult. l. & habet. 15. §. eum, qui. 4. ff. de precario.* Quod planius & explicatius prosequitur Johannes Borcholt. *in Commentar. de acquirend. vel amitt. possess. cap. 2. num. 12. & 13.*

Deinde competit emphyteutæ jus utendi fruendi 259
re, in emphyteusin concessa, *hoc §. nostro. ibi, quibusdam fruenda traduntur. d. l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum conduxerunt. ff. si ager vectigal.* juxta legem conventionis: quoniam contractus ex conventione
legem accipiunt. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. l. contractus. 23. ibi, legem enim contractus dedit. ff. de reg. jur.* nihilque tam congruum est fidei humanæ, quam ea, quæ inter aliquos placuerunt, servare. *l. 1. in princ. ff. de pact. & l. 1. in pr. ff. de constit. pecun.* 260
Quod si igitur in fundo emphyteutico inveniantur
fodinæ sive secturæ auri, argenti, plumbi, ferri, arenæ, lapidis, calcis, cretæ, sulphuris, picis, &c. iis emphyteuta, ut bonus paterfamilias, uti frui poterit *l. item si fundi. 9. §. sed si lapidicinas. 2. & §. seq. l. si cujus. 13. §. inde est quæsitum. 5. ff. de usufr.* Ejusmodi e- 261
nim lapidicinæ, argenti & aurifodinæ fructus prædiorum censentur: si modò lapides & metalla, hisque similia, post separationem à solo factam, renascantur: *uti arguit disertè textus in l. fructus. 7. §. si vir. 13. & §. seq. ff. solut. matrim. & l. ult. in fine principii. ff. de fundo dotali.* 262

Hinc meritò dubitatur: an etiam illæ res, quæ 263
effossæ & separatæ à solo, non renascuntur, emphyteutæ cedant? Et affirmantem ego sententiam probabiliorem esse judico, *idque per textum in d. l. fructus. 7. (in quibusdam exemplaribus est l. divortio.) §. si vir. 13. ff. soluto matrim. Si vir*, inquit ibi Papinianus, *in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit, & fundum fructuosiorem fecerit: marmor, quod cæsum, neque exportatum, est mariti: & impensa non est ei præstanda: quia nec in fructu est marmor; nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur.* Hic Papi- 264
nianus, fundo per lapidicinæ inventionem fructuosiore facto, denegat marito impensam. Ex quo apertissimè cognoscitur, quod etiam in casu, quo lapis non renascitur, maritus lapidibus excisis frui debeat. Alias enim textus non diceret, quod hoc casu non essent marito impensæ præstandæ. Injustissimum namque esset; maritum, qui ex inventione lapidicinæ fundum reddidit fructuosiorem, lapidum cæsorum commodo privare, ipsumque simul expensarum solutione gravare. Ideoque non malè totum

totum istum §. Paulus de Castro, Raphael Fulgosius & Duarenus genericè procedere scribunt: non solum quando maritus reddit fundum dotalem utiliorem ex inventione lapidis, qui excisus renasci solet: sed etiam quando renasci non solet, verum alia ex causa fundus utilior & fructuosior redditur: veluti si propter lapides in eo existentes antea inutilis erat, colique aut seminari non poterat: lapidibus autem excisis factus fuit ad colendum ac seminandum utilis. Nec movet, quòd textus *in d. §. si vir. circa finem.* innuere videtur, lapides non renascentes in fructu non esse. Nam etsi propriè ac strictè loquendo, lapides, metalla, & similia, quæ non renascuntur, in fructu non sunt: tamen loco fructuum, obventionum, atque commoditatum habentur: ut proinde ejusmodi lapides & metalla ad eum, qui jus fruendi habet, jure spectent: quamvis propriè loquendo fructus non sint. *l. usufructu legato. 7. & d. l. item si fundi. 9. ff. de usufructu Ludovicus de Molina lib. 1. de Hispanor. primogeniis. cap. 23. num. 9.*

265 Nihil etiam adversatur *d. l. fin. ff de funde dotali.* ubi Javolenus respondit: fundum non reddi deteriorem, si tales lapidicinæ sint inventæ, in quibus lapis crescere possit. Licet enim ibi hoc dicatur; non tamen ex eo colligendum est, aperta lapidicina, & cæso lapide fundum semper deteriorem reddi, nisi lapis renascatur. Hoc namque planè falsum esse, quotidiana experientia testatur; & omnibus non tantum Jureconsultis, sed etiam rusticis notum esse potest, *ut rectè tradit Duarenus ad d. l. fructus 7. §. si vir. ff. soluto matrim.*

266 Similiter non obstat *l. si ex lapidicinis. 32. ff. de jure dotium.* ubi lapides ex lapidicinis, in fundo dotali inventis, à marito excisi, si non renascuntur, nec in fructu sunt, non cedunt marito, sed dotem augent. Etenim maritus in specie istius legis aperiendo lapidicinam, fundum procul dubio non fructuosiorem, sed deteriorem fecit: quæ causa est, ut lapides separatos à solo suos non faciat, *arg. dicta l. fructus. 7. §. si vir. 13. ff. solut. matrim.*

267 Denique non refragatur textus *in tit. 56. quæ sint regalia. lib. 2. feudor.* ubi argentariæ, id est, argentifodinæ (idem generaliter etiam de auri, & cujusvis alterius pretiosi metalli fodinis exaudiendum est) regalibus simpliciter connumerantur, & consequenter ad emphyteutam, vel quemcunque alium privatum spectare nullo modo (sive metalla renascantur, sive non renascantur) possunt. Quandoquidem eo in tit. exemplum istud de argentariis seu argentifodinis nequaquam accipiendum aut interpretandum est de proprietate argentifodinarum, quæ ad ipsos privatos, tanquam fructus prædiorum, pertinent. *d. l. fructus. 7. §. si vir. 13. & §. seq. ff. solut. matrim. l. 3. in fin. ff. de rebus eor. qui sub tutel. vel cura sunt. d. l. item si 9. §. sed si lapidicinæ. 2. & §. seq. ff. de usufr.* sed de tributo & vectigali quodam, quod ipsi privati ex argentifodinis, quas suis in prædiis habent, fisco Imperatoris præstare tenentur, *per textum in l. inter publica. 17. §. ultim. ff. de verb. signif. l. 2. & 3. C. de metallariis & metallis. & l. si quis. 11. C. d. vectigalibus.* Sic sentiunt, *Bossius in tit. de metall. & argentifod. num. 3. Petr. Gregor. in Syntag. jur. lib. 3. c. 3. n. 1. Afflict. decis. 32. n. 5. & 14. Henning. Gœd. consil. 2. & 3. Schneidevvin. in §. constituitur. n. 6. supr. de usufruct. Ferrar. de feud. libr. 5. cap. 7. Mynsinger. respons. 39. n. 10. & seq. Rosenthal. in synopsi totius jur. feud. cap. 5. conclus. 86. aliique, quos recenset & sequitur D. Collega Bocer. in tractat. de regalib. c. 3. n. 166. pag. 357.* Nec huic interpretationi quicquam detrahit, quod *in d. tit. quæ sint regal.* ipsæ argentariæ simpliciter, sineque ulla distinctione regalibus accensentur. Cum enim eo loco 268
non ipsa nominatim proprietas argentariarum, in prædiis privatorum repertarum, regalibus adscribatur: certè novam illam legem trahere jubemur ad priores leges, & has ad illam; atque novam hanc posteriorem constitutionem explicare ex legibus prioribus: ut scilicet & antiquiores illæ leges salvæ maneant, & nova hæc legislatio suam quoque vim obtineat. *l. non est novum. 26. & duab. ll. seqq. ff. de legib.* Nam quicquid nova lege specialiter ac nominatim expressum non est: id veterum legum con- 269
stitutionumque regulis relictum intelligitur. *l. præcipimus. 32. §. ult. C. de appellat.* & constitutio noviter edita non censetur in aliquo veteri derogare legi, nisi id expressè in ea caveatur. *c. 1. in fin de constitutionib. in 6.* Quare cum quædam leges veteres Iustinianeæ testentur, quod argentifodinæ in privato- 270
rum prædiis inventæ, ut fructus ipsorum prædiorum naturales (siquidem sua sponte proveniant metalla, absque opera & labore hominum) pertineant ad dominos prædiorum: quædam etiam leges velint, quòd reditum sive vectigal aliquod ipsi prædiorum domini ex argentifodinis suis pendere Imperatoris fisco cogantur: utique ad has leges priores pertinebit quoque lex Friderici Imperatoris, *in d. tit. Quæ sint regalia. per textum in l. sed & posteriores. 28. ff de legib. Bocer. in tractat. de regalib. c. 3. nu. 166. pag. 358.* Contrariis itaque argumentis refutatis, omnino tenendum est; emphyteutam lapides vel metalla, & similia, ex fundo emphyteutico effossa atque eruta acquirere, sive renascantur, sive non renascantur. Huicque pronuntiatio novissimè subscripsit Nicolaus Eggebrecht. *d. synopsi juris emphyteutici. conclus. 122.* Quod tamen temperandum est, ut 271
non procedat, si ex venæ lapideæ, quæ renasci non solet, inventione fundus non fructuosior, sed deterior effectus sit. Tunc etenim lapides ex eo cæsi emphyteutæ non acquiruntur. Id namque in marito, cujus in fundo dotali vena lapidea hujusmodi inventa est, omnes Dd. indifferenter probant, *per dict. l. fin. ff. de fund. dotal. & d. l. fructus. 7. (alias est l. divortio.) §. si vir. ff. solut. matrim.* ut testis est Ludov. de Molin. *d. lib. 1. de Hispanor. primogen. c. 23. n. 10. vers. secunda conclusio, &c.*

271 De thesauro quæstio elegans movetur: an ille, in fundo emphyteutico inventus, ad emphyteutam, an verò ad dominum proprietatis pertineat? Et illum ad proprietatis dominum pertinere, non sine luculentis rationibus statuitur: dummodo inventori, sive is emphyteuta, sive quis alius sit, pars dimidia relinquatur. I. Quia thesaurus in loco alieno, non datâ operâ repertus, ex semisse domini soli est, ex altero semisse inventori cedit. *§. thesaures. 39. vers. at si quis in alieno, &c. sup. de rer. divis. l. si is, qui, 63. in princip. ff. de acquir. rer. dom. l. unic. vers. ult. C. de thesaur.* Atqui prædii emphyteutici dominus non est emphyteuta: sed ille, à quo prædium in emphyteusin ipse habet. *leg. 1 §. ult. ff. si ager vectigalis, &c.* Non ergo ad emphyteutam, sed ad proprietarium pars dimidia thesauri, in solo emphyteutico à tertio quodam inventi, spectat. II. Quia thesaurus, quem usufructuarius, vel tertius aliquis in fundo fructuario invenit, in fructu non computatur: ac proinde pro parte dimidiâ lucro domini cedit, ad quem proprietas fundi fructuarii pertinet. *l. fructus. 7. §. si fundum. 12. vers. non magis. ff. solut. matrimon.* Cùm igitur emphyteuta in prædio emphyteutico usumfructum saltem habeat. *d. l. 1. §. ult. ibi, fundum fruendum conduxerunt. ff. si ager vectigalis, &c.* certè thesaurus, quem vel ipse, vel alius aliquis in ejusmodi prædio invenit, ex semisse domino, ad quem fundi pertinet proprietas, acquiritur. III. Quia actus agentium ultra eorum intentionem nihil operatur. *l. non omnis. 19. in princip. & ibi Bartol. ff. de rebus credit. & l. obligationum. 3. §. 1. ff. de oblig. & act. Covarruv. lib. 1. variar. resolut. c. 2. num. 2.* Sed inter emphyteutam & dominum concedentem fundum suum in emphyteusin, id agitur tantùm, ut is, qui fundum in emphyteusin accipit, eo duntaxat utatur. *d. l. 1. §. ult. ibi, fundum fruendum conduxerunt. ff. si ager vectigalis, &c.* Ergo ultra usumfructum emphyteuta in prædio emphyteutico nihil habet. Ideoque thesaurus, quem in prædio istiusmodi invenit, ex semisse domini est; ex altero semisse eũ sibi vindicat emphyteuta, non quidem propter emphyteusin, sed ob solam inventionem: quippe cum pars dimidia etiam extranei inventoris lucro cederet. IV. Quia Paulus JC. respondit: ante omnia animadvertendum esse, ne conventio in una re facta, noceat in re alia. *l. si unus. 27. §. pacta, quæ turpem. 4. vers. ante omnia. ff. de pactis.* Quapropter cum inter dominum & emphyteutam conventio facta sit in prædii usufructu: sanè isthæc conventio domino concedenti, in thesauro invento nocere non debet. Atque hanc ita defendunt sententiam, *post Placentinum in d. §. thesauros. 39. supr. de rer. divis.* Alvarus Valascus *in tract. de jur. emphyt. qu. 35. n. 1. vers. sunt tamen aliqui, &c. D. Beterus class. 2. Disp. 14. thes. 51. & edit. 2. item in tract. de regalib. c. 3. n. 181. Eggebrecht. d. synopsi juris emphyt. conclus. 126.* aliique nonnulli, quos memoravimus *in d. §. thesauros. supr. de rer. divis. num.* 18. ubi communem Dd. Scholam aliter sentire simul ostendimus.

272 Nostram autem decisionem non imminuit *l. possessores. 12. in fin. C. de fund. patrimonialib.* ubi emphyteutæ simpliciter domini appellantur. *Tum quia* eo loco emphyteuticarii fundorum domini dicuntur, non quod revera domini sint effecti, sed quod pro dominis habeantur, *ut ibidem sentit Cujacius.* Tum quia illic emphyteutæ impropriè & καταχρηστικῶς domini vocantur, *tradente Ioanne Borcholt. in Commentar. de feud. c. 1. num. 15.* Tum quia locus ille accipiendus est non de omni emphyteuta, sed de eo, qui fundum patrimonialem, id est, fiscalem, primò quidem in emphyteusin accepit, postea autem jure privato seu proprio eum sibi comparavit, salvo tamen ipsi fisco annuo canone. Quod vero fundi patrimoniales, ex jussu Principis, fieri alicujus possint, canone salvo, arguit etiam *l. servum. 39. §. ult. ff. de legat. 1. l. qui fundos. 9. C. de omni agro deserto. l. universi. 9. & l. fundos. 10. C. de fundis patrimonialib.*

Nihil item decerpit nostro pronunciato, quod 278 emphyteutæ plenius tributum est jus in fundo emphyteutico, quam usufructuario in solo fructuario: cum emphyteusis regulariter ad heredes transeat, *hoc §. nostro l. 1. ff. si ager vectigal. & similib. s. nu. 92. adductis*: usufructus autem morte fructuarii extinguatur. *§. finitur. s. de usufruct. l. 3. ult. ff. quib. mod. ususfruct. amitt. l. corruptionem. 16. C. de usufruct.* Quamvis enim in quibusdam plenius sit jus emphy- 279 teutæ, quam usufructuarii: inde tamen necessario non colligitur, similiter in thesauro illi plenius jus competere, quam huic: tum quia thesauri jus à jure veri dominii pendet, *arg. d. §. thesauros. 39. §. de rer. divis. & d. l. fructus. 7. §. si fundum. 12. vers. non magis. ff. solut. matrimon.* tum quia successio in emphyteusin, est quippiam diversum & separatum à thesauro: ut illa concessa, hic similiter concessus dici non possit, *arg. l. penult. vers. neque enim sicut illud receptum. ff. de reb. credit. l. duobus. 25. ff. de testament. tutel. & l. inter stipulantem. 83. §. sacram. vers. sed hae dissimilia sunt. ff. de verb. obligat.* Quinimò argumenti istius 280 nullum esse robur, ex eo etiam liquet: quod similiter usufructuario in quibusdam jus plenius tributum est, quam emphyteutæ. Hic siquidem jus suum emphyteuticum vendendi aut alienandi liberam potestatem non habet. *l. 3. C. de jure emphyteut. & latius explicabitur infra suo loco.* Ille verò jus suum percipiendi fructus aliis liberè vendere, locare, aut gratis concedere potest. *§. 1. in fin. s. de usu & habitat. l. arboribus. 12. §. 2. l. non utitur. 38. ff. de usufructu. l. necessario. 8. §. ult. ff. de peric. & commod. rei vendit.* Præterea emphyteuta, non item usufructuarius, do- 281 mino suo quotannis canonem emphyteuticum præstare cogitur, *hoc §. nost. l. 2. & 3. C. de jur. emphyt. & explicatum s. n. 104. & aliquot seqq. Reliqua argumenta, quæ nostræ traditioni adversari videntur, refutata sunt tum à nobis, in d. §. thesauros. 39. n. 21. & seqq. s. de rer. divis. tum à D. Becero d. tract. de regalib. c. 3. num. 182. & seqq.*

Illud quoque notatu dignum est: quod, si in præ- 282 dio

dio emphyteutico sit vivarium, in quo feræ capi solent; emphyteuta in eodem venari possit: dummodò ferarum numerus, qui fuit eo tempore, quo emphyteusis fuit concessa, per singula genera conservetur. Quod in usufructuario disertè respondit Triphoninus *in l. usufructuarium.62. §. si vivariis.1.ff. de usufructu.* & in eo, qui emit cum pacto redimendi, probavit Cagnolus *in l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. quæst. ult. huncque referens Tiraquellus in tract. de retract. convent. §. 3. gl. 1. num. 23. in fine.* Si item

283 in fundo emphyteutico sit lacus, stagnum vel piscina, in quibus pisces, ut ibi multiplicentur & crescunt, habeantur: tediurus piscationum ad emphyteutam pertinere non dubium est, *arg. l. item si fundi. 9. § aucupiorum. 5. vers. ergo & piscationum. ff. de usufruct. & l. quid tamen. 10. §. sed & si stagni. 3. ff. quib. mod. usufruct. vel usus amittit.* Ejusque ratio est

284 perspicua: quia pisces, qui in stagno sunt, ut ibidem multiplicentur & crescant, ad instar fructuum pendentium pars fundi dicuntur: ideoque usufructuarius, emphyteuta, vasallus, & similes, piscando iis frui possunt: ita tamen, ut piscium numerus subinde per substitutionem conservetur. Tametsi pisces, custodiæ duntaxat causa in stagno vel piscina repositi, pars fundi esse non dicantur, sed quid ab ipso fundo, fructibusque fundi separatum ac diversum. *l. lines & labra. 15. in fin. ff. de actionib. empti. ibique Bartol. & Gothofredus.* Siquidem per surrogationem corporum, fructus stagni perpetui efficiuntur. *l. eum debere. 31. ff. de servitutib. præd urbanor.*

285 Et licet spacio temporis singula corpora mutentur: mediante tamen surrogatione, semper eadem res dicitur. *l. proponebatur. 76. ff. de judiciis. l. sicut.7 §. in decurionibus. ff. quod cujuscunque universitatis nomine, &c. d. l. quid tamen. 10. §. in navis. 7. ff. quib. mod. usufr. vel us. amitt. l. servitutes. 20. §. si sublatum. 2. ff. de servitutib. prædior. urban. l. si grege. 22. & l. si ita legatum. 65. §. ult. ff. de legat. 1.* Et hac de re videantur *Guido Papa decis. 91. num. 4. Chassen. ad consuetud. Burgund. tit. 4. §. 2. gloss. pen. col. fin. Molinæus ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 8. num. 18. & 19. & seq. Cepoll. de servitut. prædior. rust. cap. 42. num. 6. Zas. in Epitom. jur. feud. part. 4. num. 2. & 3. Hartman. Pistor. lib. 1. quæstion. juris. qu. 24. nu. 65. & seq. Schradev. in tract. feud. part. 3. cap. 4. num. 7. & 2. part. nona part. princ. sect. 4. num. 10. Boecer. class. 2. Disp. 14. th. 53. edit. 2. & d. tract. de regalib. cap. 3. nu. 150.*

286 Similiter si inter alia bona emphyteutica sit sylva cædua, id est, quæ succisa rursus ex stirpibus vel radicibus nascitur. *l. sylva cædua. 30. in princ. ff. de verb. signif.* emphyteutæ ex ea arbores & ligna excidere licet: si modò frugiferis & grandibus arboribus parcat, cædendoq; consuetum usum non excedat. *l. ex sylva. 10. & l. seq. l. si cujus. 13. §. fructuarius. ibi, & non debet nunc arbores frugiferas excidere, &c. & l. si absente. 48. ff. de usufruct. l. fructus. 7. §. si fundum. 12. ff. solut. matrim.*

Ecquid verò emphyteuta ejusmodi sylvam cædere queat, quæ non brevi, sed longo temporis intervallo succisa renascitur, non omnium eadem sententia est? Id equidem negare videtur Arius Pinelus *ad l. 1. part. 2. C. de bon. mater. n. 59. circa finem, post Paul. à monte Pico, Arnulphum Ruzeum, & Sigismundum Lofred. ab ipso relatos.* per hanc rationem: quod pullulare & renasci dici non debet, quod annorum multitudinem exigit, *argum. l. antepenult. ff. famil. ercisc.* Verum contrarium magis probatur *Ioanni Garsia in tract. de expens. & meliorat. c. 11. num. 35. Alexandro consil. 118. num. 3. & 7. lib. 5. Parisio consil. 111. num. 32. lib. 1. Curtio seniori cons. 70. n. 8. & Boecero d. class. 2. Disp. 14. th. 54. ad lit. c.* Tum quia *d. l. sylva. 30. ff. de verb. signif.* sylvam cæduam esse definit, quæ succisa renascitur, nulla distinctione facta, brevi, an longo temporis intervallo renascatur. Emphyteutam autem generaliter ex quavis sylva cædua arbores succidere posse, constat *ex d. l. ex sylva. 10. ff. de usufruct.* Tum quia textus *in d. l. fructus. 7. §. si vir. 13. ff. solut. matrim.* expresse dicit: lapidem quoque in fructu fundi esse, si cæsus renascatur: quales in Gallia & Asia lapides esse feruntur. Atqui si tales inveniuntur lapides, qui cæsi renascuntur, proculdubio tardissimè succrescunt. Quare cum lapides, quantumvis longo temporis intervallo renascentes, in fructu sint: idem sanè de arboribus cæsis, quamvis longissimo tempore renascentibus, statuendum est. Ex quo clarè satis evincitur; emphyteutam, ad quem fructus rei emphyteuticæ omnes spectant, ejuscemodi arbores succidere posse.

287

288

289

290

Nec obstat *d. l. antepenult. ff. famil. ercisc.* Quia 291 Ulpianus in ea, de difficultate maxima; quæ impossibilitati comparatur, disertè loquitur, *arg. l. nepos Proculo. 125. ff. de verb. signif.* Ast in nostra specie non est tanta renascendi difficultas, in arboribus, ut propterea impossibilis judicari debeat. Adde, quòd terminus ille, ad renascendum constitutus, planè naturalis est: ac propterea ob hoc temporis intervallum, ab ipsa natura præfinitum, dicendum non est: renascendi facultatem in arboribus difficilem, nedum ferè impossibilem esse. Rectè ergo concluditur: sylvam cæduam ab emphyteuta succidi posse, etiamsi longo temporis intervallo arbores succisæ renascantur. Et de prædictis videantur, quæ annotavi *in addit. ad Iul. Clar. § emphyteusis. quæst. 41. num. 7. & seqq.*

Præterea incrementum fundi emphyteutici, 292 quod ei obvenit, ad emphyteutam jure emphyteutico pertinere, palam est. *l. item si fundi. 9. §. huic vicinus. 4. ff. de usufruct.* Nec hic quispiam probè distinxerit (*sicut fecit gloss. in l. 1. super verb. emphyteuticarius. C. de jure emphyteut. & alibi.*) inter incrementum latens, ut si per alluvionem quid accesserit, & inter incrementum parens sive apparens, ut si insula in flumine juxta fundum emphyteuticum enata fuerit: Omne quippe incrementum, sive appareat, sive latitet, ad emphyteuticarium spectat. Quemad- 293

modum enim omne damnum, sive patens, sive latens, in re emphyteutica contingens, emphyteutam respicit, nisi funditus rem ipsam absumat. *l. 1. C. de jure emphyteut.* ita æquitati & rationi congruit, ut omne commodum & argumentum, sive latens, sive apparens, eundem sequatur. *arg. l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur.* Deinde eadem assertio confirmari poterit per textum *in tit. §. si quis de manso. 5. lib. 1. feudor.* ibi cum Feudista dicit, omne incremen-
294 tum jure feudi ad vasallum pertinere, si dominus in ipsa curte seu villa nihil sibi reservavit: eo ipso apertè distinctionem incrementi latentis & evidentis
295 rejicit: quia hæc est natura hujus vocis universalis, ut omnes casus includat & comprehendat, *arg. l. 1. §. 1. ff. de legat. præstand. l. si servitus. 23. ibi, verbo generali omne lumen significari. ff. de servit. urban. prædior. l. à procuratore. 13. C. de mandati. can. 1. §. dicendo verò omnia, &c. Distinct. 19.* Atque ita exaudiunt textum illum *Zasius in Empit. feud. part. 6. num. 48. Fridericus Schenck. à Tautenberg. num. 5. & Iacob Cujacius in d. §. si quis de manso. Francisc. Sonsbeccius part. 10. de feudis. nu. 6. aliique.* Et quanquam allegatus textus de feudi duntaxat incremento loquitur: attamen quod de feudo illic dicitur, non inscitè ad emphyteusin transfertur: cum argumentum
296 de feudo ad emphyteusin valere, extra omnem sit controversiam. Atque hanc sententiam, ceu communi calculo receptam, probat *Bartol. in d. l. 1. num. 10. Alberic. nu. 5. & 9. Salicet. col. penult. & Iason. 79. C. de jur. emphyt. Idem Alberic. in l. de quibus. 32. num. 27. & seqq. ff. de legib. ubi etiam Guilielm. de Cunco, Angelus num. 14. & Francisc. Oroscius num. 21. latè Tiber. Decianus respons. 123. num. 53. & seqq. vol. 3.*

297 Nec obierit *d. l. item si fundi. 9. §. huic vicinus. 4. ff. de usufructu.* ubi dilucidè traditur, alluvionis usumfructum pertinere ad usufructuarium: insulæ autem in flumine natæ usumfructum, ad usufructuariũ non spectare. *Nam* illud ad simplicẽ usufructuarium, cujus jus morte extinguitur, non ad emphyteuticarium, qui firmius, morteq; non finiturum jus utendi fruendique obtinet, & alias etiam ab usufructuario multum distat (uti ex prædictis videre est) pertinet: *ut benè hoc explicant Iohannes Borcholt. in Comment. de feud. c. 3. num. 13. ad fin. & Alvar. Valascus in tract. de jur. emphyteut. quæst. 16. num. 3. & seqq.*

298 Cum igitur emphyteutæ utendi fruendi jus, in re emphyteutica competat: inde perspicuum evadit, omnia remedia, quæ ad usum rei suæ, & fructum tuendum domino jure comparata sunt, emphyteutæ quoque constituta esse. Idcirco is non solum actione in rem, contra quemvis rei emphyteuticæ possessorem. *l. 1. § ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticar. pet.* sed etiam negatoria actione, & interdicto uti possidetis. nec non injuriarum actione, aliisq; juris remediis experiri potest, adversus eos, à quibus re emphyteuticaria uti prohibetur. *l. 2. l. sicut. 8. §. Aristo. 5. ff. si servit. vindicet. l. 3. §. 2. & §. seq. ff. uti possidet. l. qui pendentem. 25. ff. de actionib. empt. & vend. Menoch. de retinend. possess remed. 3. quæst. 10. num. 84. ubi alios citat.* Sed & experiri potest emphyteuta aquæ pluviæ arcendæ actione. *l. quod Principis. 23. §. 1. ff. de aqua. & aqua pluv. arcend.* itemque interdicto, quod vi aut clam. *l. 1. §. 1. ff. de operis novi nunt.* Tum etiam novum opus nunciare potest, si fortè damnum è futuro ædificio ei immineat. *l. 3. §. penult. ff. eod. tit.* Ratio manifesta est: quia isthæc juris remedia superficiario competunt, *dictis* 299
jam legibus: cui emphyteuta similis est. *l. tutor. 26. §. ult. ff. de pignerat. act.* imò longè potentius jus habet: cum hic rem sibi totam; ille verò tantum ædes, solo alieno permanente, teneat. Unde si emphyteuta ab ædibus ruinosis damnum metuat: damni infecti utiliter stipulari poterit: cum id etiam superficiarius queat. *l. qui bona. 13. §. superficiarium. ff. de dam. infect.* Verum quomodo superficiarius differat ab emphyteuta, exposuit Vultejus *hic num. 9.* & prolixè Valascus *in tractat. de jur. emphyteut. quæstion. 33.*

Etsi verò jus utendi fruendi emphyteutæ concessum est: rem tamen in emphyteusin datam deteriorem facere, ejusve formam ac substantiam mutare 300
non potest, *arg. principij §. de usufruct. l. 1. l. si cujus. 13. circa princip. usufructuarius. 61. & l. sed cum fructuarius. 65. ff. eod. tit.* Unde controvertitur: an 301
emphyteuta nemus seu sylvam extirpare, eamque in pratum, vineam, olivetum, agrum, hortum, quidve simile convertere, vel aliter rem emphyteuticam in aliam formam redigere & transmutare possit? Et quidem expeditum est, si ex hujusmodi mutatione sylva deterior fiat: isthanc mutationem emphyteutæ permissam non esse. Quod si verò res emphyteutica melior ac fructuosior efficiatur, communiter ita distingui solet: Aut sermo est de area in emphyteusin concessa: quo casu concors sententia est, 302
emphyteutam in illa quodcunque ædificium extruere posse. Licet enim rei forma per istud ædificium mutetur: facilimè tamen, eo sublato, area ad antiquam speciem, formamq; pristinã reduci potest. Aut quæstio est de sylva cædua, vel non cædua, sive de vinea, horto aut oliveto: quo casu rursus recepta conclusio est, emphyteutam illa extirpare, aut aliam in formam mutare non posse: tametsi ex tali mutatione res utilior & fructuosior reddatur. Hæc siquidem res in aliam formam conversa, ad primævum statum facile reduci nequit. Quam distinctionem non obscure probant *Baldus in l. 1. num. 11. & Iason. n. 99. C. de jure emphyteut. Capell. de servit. rustic. cap. 22. num. 10. & Pinelus ad l. 1. C. de bon. matern. part. 2. num. 52.* Nec ei, quod dictum est, emphyteutam in area extruere ædificium posse, 303
obstat *l. usufructu. 7. §. 1. vers. hâc ratione. ff. de usufruct. & l. repeti. 5. §. ult. ff quib. med. ususfruct. vel usus amitt.* quibus in locis traditur, usufructuarium non posse areæ imponere ædificium. Quamvis enim

nim emphyteuta, ad instar usufructuarii, utendi fruendi jus habeat: attamen exploratum est, & hactenus sæpe inculcatum, *nimirum s. num. 117. & 278.* jus emphyteutæ competens plenius potentiusque esse, quam illud, quod ad usufructuarium spectat. Qua ratione contingit, ut emphyteuta in nonnullis longe majorem, quam usufructuarius, potestatem obtineat.

Ex commodis porrò, quæ in re emphyteutica
304 sunt comparata emphyteutæ, superest rei emphyteuticæ alienatio. Emphyteutæ equidem meliorationes suas, & ipsum jus emphyteuticum vendendi facultas concessa est, certis tamen conditionibus: ut videlicet teneatur ipse domino denunciare testato, adesse aliquem, qui velit emere jus emphyteuticum; & indicare, quantum ille offerat; simulque domino facere potestatem; ut, si velit, eodem precio rem emere, & ad se recipere possit. Quam emendi potestatem seu prærogativam Doctores appellant jus προτιμήσεως den vorgang/ vorkauff: item jus retractus, das Standrecht. *Dinnerus in explicat. tit. ff. si ager vectigal. quæst. 8 eumque referens Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteutici conclus.* 138. Quod si dominus ita interpellatus, non esse sibi voluntatem emendi, declaret; aut intra duos menses post factam denunciationem sileat: tum demum ille liberè, neglectoque domini consensu, jus suum transferre in quemcunque alium, idoneum & capacem poterit. Hocque casu dominus novum emphyteutam in possessionem suscipere, soluto ei laudemio, hoc est, quinquagesima parte precii vel æstimationis rei, compellitur. *l. 3. C. de jure emphyteut. Donell. lib 9 Commentar. de jure civil. c. 14. Borchols. in Commentar. de feud. c. 3. num. 36. & seqq. D. Halbritter. in Disput. de jure emphyteut. de anno 1601. Respondente D. Samuele Bansovio. thes. 19. & aliquot subsequentibus.* Tametsi interdum plus, interdum minus pendi soleat, ut testatur Stephanus Gratianus *tom. 1. discept. forens. c. 180. num. 2.* eumque citans Dn Collega Besoldus *in thesauro pract. lit. H. num. 12. pag. 377.*

305 Laudemium istud (quod novus emphyteuta domino honorarii loco pro subscriptione, inque possessionem inductione, præstare tenetur, *arg. d. l. 3. & ibi glos. in verb. accipere. C. eod. l. debet. 26. ibi, emptorem sequeretur. ff. de ædilit. edict. Iul. Clar. lib. 4. recept. sentent. §. emphyteosis. quæst. 23. n. 4. Iason. n. 45. & Sichard. num. 33. in d. l. 3. sive ult. C. de jur. emphyt.*) alias vocari solet laudativum sive laudatitium, ex eo fortè, quod dominus laudet, seu approbet contractum; ut, *post Afflictum in c. imperialem. §. illud quoque num. 44. de prohib. feud. alienat. per Frider. in usib. feud.* docet Wesenbecius *consil. 16. de laudemiis. nu. 11.* & Dn. Besoldus *dicto loco.* Leo Imperator *in Nov. 13.* τὸ εἰσδικὸν, Galli l'accordement, *Scheplitz. in not. ad promptuar. jur. civil. & feud. Balthas. Klammeri. tit. 10 num. 1.* vulgò Handlohn/ Handlesen/ weglösin/ *Sichard. ad d. l. ult. numer. 20. sub fine,* Saxones Lehenwahr appellant, Eggebrecht. *d. synopsi jur. emphyt. conclus. 172. Paul. Matthias Webner. in suis practic. observat. lit. H. in verb.* Handlohn/ *&c.* Vide Amedæum à Ponte *in tract. de laudemiis, quæst. 1. per tot.* & ea, quæ fusius annotavi ad Julium Clarum *d. §. emphyteusis. quæst. 23.* itemque Georgium Frantzkium *in tract. de laudemiis, cap. 1.*
Sanè si decederet dominus directus, proprietate heredi, alteri verò usufructu legato, & res emphyteutica alienaretur: hoc casu laudemium usufructuario solvendum esse, frequentius, & quidem non sine ratione, obtinuit. Cum enim fructus sit, utilitas ex re, vel propter rem proveniens: meritò hoc emolumentum, quod propter rem ipsam provenit, ad usufructuarium pertinere debet, *arg. l. usufructu legato. 7. & l. item, si fundi. 9. in princ. ff. de usufruct. l. fructus. 72. ff. de reg. jur. Ioan. Andr. in addit. ad Specul. de emphyteus. §. nunc aliqua. q. 93. in fin. verb. qui tabernas. Iason. in d. l. ult. numer. 45. C. de jur. emphyteut. Clarus d. §. emphyteosis quæst. 23. num. 5. ubi in fine affirmat, se vidisse ita servari.* 306

Sed hic non inconvenienter quæritur: an emphyteuta socio suo, qui eadem de re investitus est, vendere partem suam liberè, & domino irrequisito, valeat? Et Doctores plerique concludunt: emphyteutam, absque prævia denunciatione domino facta, in socium suum liberè alienationem exercere posse, *Bartol. & alii in l. qui Romæ. 122. §. duo fratres. ff. de verbor. obligat. Iason in l. si domus. 71. §. ult. col. ult. ff. de legat. 1.* Verum sententiam contrariam esse verisimiliorem arbitror, hac ratione motus: quia socius, licet consanguineus sit, jure communi non potest libere rem retrahere pro precio, quod ab extraneo offertur. *l. dudum. 14. C. de contrahend. empt.* Sed dominus directi (quod vocant) dominii hoc jus retrahendi habet. *d. l. 3. C. de jure emphyteut. e. potuit. 4. de locato & conduct.* proindeque dominus in rei emphyteuticæ venditione præfertur socio emphyteutæ: & consequenter ipsi domino emendi conditio & potestas prius offerri debet; etiamsi socio suo vendere emphyteuta vellet. Ex quo perspicuum est, inter socium emphyteutam & extraneum, emere volentem, nullam hac in re differentiam constituendam esse. Ita quoque sentiunt Dn. Collega Bocer. *class. 2. Disput. 14. thes. 64. edit. 2.* & Eggebrecht. *d. synopsi juris emphyteut. conclus.* 143. 307 308

Nec huic reclamat sententiæ Alexander Imp. *in l. voluntas. 4. C. de fideicommissis.* ubi prohibitus alienare extra familiam, potest sorori coheredi vendere vel alienare. Ea namque in lege alienatio non simpliciter, sed certo modo à testatore prohibita fuit: ne scilicet fundus extra familiam alienaretur. Ex qua sanè prohibitione colligitur: personis, in eadem familia comprehensis, ex testatoris permissu fundum vendi sive donari posse. Qui enim extra familiam quid alienari prohibuit: is utique, ut in familiam transferri vel alienari possit, concessisse videtur. At nostra in specie res emphyteu- 309

teutica non respectu certarum personarum, sed sim-
pliciter & indistinctè alienari prohibetur *d.l.3.C. de
jur.emphyt.* Quare hæc prohibitio perinde socium,
atque extraneum includit.
310 Nihil quoque obstat textus *in c. Imperialem. §.
præterea ducatus. tit. 55. lib. 2. Feud.* ubi feudum in-
311 ter consortes sive socios coheredes dividi potest. *Et-
enim* textus ille apertè loquitur de divisione, quæ a-
lienatio necessaria reputatur, propter discordiam,
quæ ex communione oriri posset, *argum l. in hoc ju-
dicium. 14. §. si conveniat. 2. ff. communi divid. & l.
312 cùm pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de legat. 1.* Alie-
natione autem prohibita, non censetur prohibita aut
interdicta alienatio necessaria. *l. Divus. 5. ff. de he-
reditat. petit. l. 1. in princ. ff. de fundo dotal. l. item si
res. 4. §. si quis. 3. ff. de alienat. judicii mutandi. caus.
fact. l. peto. 69. §. prædium. ibique Dd ff. de legat. 2.*
313 cum necessitas legem non habeat. *Decius in c. quæ
propter necessitatem. 162. ff. de reg. jur. Tiraquell. in
tractat. de retract. lignagier. §. 26. gloss. 1. num. 19. &
seqq. ubi de necessitate plura cumulate adducit.*
314 Similiter non adversatur, quod de feudo objici-
tur, id absque domini consensu insimultaneè inve-
stitutum, vel agnatum licitè alienari posse: cum ta-
lis alienatio potius refutatio (quæ sine voluntate do-
mini fieri potest. *tit. 38. lib. 2 feudor.*) quam vera a-
lienatio intelligatur. *tit. 49. vers. & licet, &c. d. lib.
315 2. feudor.* Illud enim in feudo ob hanc rationem re-
ceptum est: quoniam per istiusmodi alienationem,
in agnatum factam, nullus domino feudi contem-
ptus irrogatur: siquidem feudum hac in specie alie-
natur in eum, qui à domino in prima investitura
fuit approbatus. *Hartman. Pistoris part. 1. quæst. 6.
num. 28.* Ideoque cessat isto casu prohibitæ alie-
nationis ratio: quæ in feudo (ut jam monitum) hæc
est: quod per alienationem, sine domini consensu
interpositam, dominus contemni, adeoque injuria
affici videatur, *per textum in tit. 24. §. final. lib. 2.
316 feudor.* Jus verò emphyteuticum propter hanc po-
tissimum causam, irrequisito domino, alienari pro-
hibetur: quia domino jus rem emphyteuticam eo
precio, quod ab alio offertur emptore, comparandi
competit: quo jure defraudare dominum cupit em-
phyteuta, qui absque denunciatione eidem facta,
alteri rem emphyteuticam vendit: sive extraneo, si-
ve simul investito, etiam agnato & consanguineo,
partem suam vendat.
317 Sic nihil ad rem pertinet *c. ex insinuatione. 43.
extr. de jure patronat.* ubi jus patronatus (quod in-
consulto Episcopo alienari nequit. *c. illud prætereun-
dum. 8. eod. tit.*) in compatronum absque Episcopi
assensu licite alienatur. *Nam* jus patronatus indi-
viduum est, omnibusque patronis in solidum com-
petit. *c. 1. ibique gloss. de jur. patronat. arg. l. loco cor-
pus. 4. §. si fundus. 3. ff. si servit. vindicet. & l. si liber-
tus. 23. in fin. ff. de bonis libertor.* Qua de causa alie-
natio, in compatronum facta, non alienatio vera,
sed potius renunciatio quædam esse intelligitur.
*gloss. & Canonistæ in d. c. ex insinuatione. 43. extr. de
jure patronat.* Inconcussa ergo manet sententia no-
stra, qua statuimus, socium sine denunciatione legi-
time domino facta, partem emphyteuticam socio
suo, quantumvis sanguine juncto, vendere non pos-
se, tametsi non ignoremus, aliter sentire D. Sichar-
dum *in d. l. voluntas. 4. C. de fideicommissis. num. 6.
& 7.*
Enimverò quod dictum est: emphyteutam irre- 318
quisito domino, & absque denunciatione præceden-
te, jus emphyteuticum vendendi potestatem non
habere: illud haud procedere existimo (utut multi
dissentiant, *Iacob. Butrig. huncque citans Speculat. in
t. de emphyteusi. q. 94. num. 117. Alexand. consil. 106.
vise themate instrumenti. num. 3. & 9. vol. 4. Bercus
consil. 44. numer. 20. & cons. 122. num. 22. & cons.
193. n. 19. vol. 1. Socin. Iun. consil. 70. n. 9. vol. 3. &
alii per eos relati*) si in emphyteutico instrumento di-
sertis exprimatur verbis, quod emphyteuta licenti-
am ac potestatem alienandi, in quemcunque volue-
rit, habere debeat: idque primo per textum *in d. l.
3. ibi, sancimus, siquidem, &c. C. de jure emphyt.* ubi
expressè cautum est; emphyteutam, qui licentiam
alienandi à domino accepit, alienare posse. Atqui
in proposito licentia potestasque alienandi ab ini-
tio concessa emphyteutæ fuit. Itaque is peculiari
domini consensu amplius opus non habet. Deinde 319
pacta & conventiones eam semper interpretatio-
nem recipiunt, ut aliquid operentur, sicque non su-
perfluè aut frustra à contrahentibus interposita cen-
seantur. *l. si quando. 109. in princ. ff. de legat. 1. l. si
stipulatus. 4. ff. de usur. l. cum essent. 33. §. 1. vers. nisi
pactum ff. de servit. præd. rustic. c. si Papa. 10. ibi, cum
verba aliquid operari debeant. de privileg. in 6.* Pro-
indeque conventio illa in contractu emphyteutico 320
interposita, quod emphyteuta jus emphyteuticum
alienare possit, meritò sic exaudienda est, ut etiam
sine consensu domini jus illud emphyteuta alienare
valeat. Præterea huc facit *l. si convenit. 4. ff. de pi-
gneratit. act. & l. fin. §. 1. C. de jure dominii impetrand.*
quibus textibus probatur; creditorem, qui jure
communi pignus, non interpellato prius debitore,
vendere non potest, pacto interveniente, ut vendere
ipsi liceat, non teneri debitorem admonere seu in-
terpellare. Confert denique eòdem nota juris re- 321
gula, qua dicitur, quod contractus ex partium con-
ventione, etiam contra illorum naturam, legem ac-
cipiant. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. l. in conventio-
nalibus. 52 ff. de verb. oblig. l. contractus. 23. & l. sem-
per in stipulationib. 34. ff. de regul. jur. l. 1. vers. in quo
cuncta, &c. Cod. de jure emphyteut.*
Assertioni nostræ non refragatur *l. si quando. 35. in* 322
princ. C. de in offic. testament. ex qua evinci posse vide-
tur, quòd dominus, qui alienandi facultatem em-
phyteutæ fecit, intelligatur hoc jus emphyteutæ
tribuisse, ut alienare possit rem emphyteuticam, ob-
servatis solennitatibus in alienatione ejusmodi ne-
cessariis. Requisitionem autem & consensum do-
mini

mini in alienatione rei emphyteuticæ esse necessarium, liquido constat *ex dict. l. 3. C. de jur. emphyteut.* Non, *inquam*, lex ista refragatur. Nam certum est, Imp. Justinianum in specie illius legis alicui (*puta libertino, ut ibi Gothofredus notat*) quoad bona duntaxat, non verò quoad formam & solennitatem, liberam testandi facultatem concedere voluisse. Et quamvis verba concessionis, per se considerata, etiam solennitatis remissionem importare viderentur: mens tamen Imperatoris minimè fuit, de consuetis ac solennibus testamenti formulis per ejusmodi verba aliquid derogari: cum non credendum sit, Romanum Principem, qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum, multis vigiliis excogitatam atque inventam, velle everti, *ut ipsemet Iustinianus ibid. loquitur.*

323 Nihil item resistit *l. quaro. 54. §. inter locatorem. ff. locati.* ubi pactum super contractu locationis appositum de non expellendo conductore, in dubio intelligitur secundum naturam contractus, tametsi nihil operetur: ut scilicet ille non expellatur, si pensionem promissam solverit. *Etenim* in specie hujus legis verba locatoris non fuerunt expressa, quòd eo etiam casu, quo conductor in pensionibus solvendis cessaret, expellendus non esset: sed simpliciter tantum de illo non expellendo conventio interposita fuit. Quæ quidem conventio cum specialiter in casum pensionis non solutæ facta non fuerit: juxta naturam contractus accipienda est; ut videlicet conductor expelli non debeat, si modo pensionem solverit, & reliqua, quæ sunt de natura hujus contractus, præstiterit. In proposito autem themate verba concessionis non ambigua, sed satis manifesta sunt, suaque significatione hoc important; quòd emphyteuta, citra domini consensum & licentiam, alienare jus emphyteuticum queat, in quemcunque voluerit. Ex quibus utique verbis, ab initio contractui emphyteutico adjectis, evidentissimè appatet: ipsum dominum emere non velle, sed aliis vendendi liberam potestatem concedere. Qui concedentis sensus cum planus sit ac perspicuus: juris ratio non patitur, ut verba concessionis, per se satis clara & lucida, in hunc restringamus modum, quasi emphyteutæ sub hac demum conditione, si domino prius denunciationem fecerit, alienare liceat. At quid enim isthac denunciatione opus esset: cum disertis verbis in ipso contractu emphyteutico dominus declaraverit, rem emphyteuticam se emere nolle; propterea liberam facultatem vendendi, cuicunque voluerit, emphyteutæ concesserit? Refutatis igitur contrariis argumentis, ex communi Doctorum sententia meritò concluditur: emphyteutam, cui ab initio contractus emphyteutici alienandi & vendendi facultas, cuicunque voluerit, tributa fuit, nulla præcedente denunciatione, dominique consensu non requisito, jus emphyteuticum alienare & distrahere posse. *Atque ita docent Salicetus in d. l. 3. num. 2. C. de jur. emphyteut. Baldus ibidem num. 3. & Iason. num. 4. & 5. Imol. in cap. potuit. 4. extr. de locato. num. 64. Ruin. consil. 81. num. 6. & 7. vol. 1. Iacob de Sancto Georg. de feud. in verb. ita quod etiam vasalli, &c. num. 1. Marc. Mant. in tract. de jure promiss. num. 19 & plures alii, quos recenset & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap. 14. ampliat 2. n. 5. & aliquot seqq.*

Quæstio hic pulchra examinanda occurrit: utrum heres emphyteutæ, cui dominus ab initio contractus emphyteutici licentiam alienandi dedit, ex eadem licentia antecessori data, emphyteusin absque præfata denunciatione vendere possit? Et licet sint nonnulli Interpretes, qui censent, facultatem alienandi emphyteusin emphyteutæ concessam, ad heredem ipsius non transire, *ut latè concludit in feudo Marian. Freccia de subfeud. Baron. lib 2. quæst. 5. & alii, quos ipse allegat.* attamen contrariam, utpote veriorem & receptiorem sententiam, probarunt, *Andr. de Isern Matth. de Afflict. & alii in cap. Imperialem de prohibit. feud. alienat. per Fridericum tit 55. lib. 2 feud. item Capic. decis. 121. num. 11. & Bocerus d. class. 2. Disput. 14. thes. 65. ad lit. b. per textum in l. sicut. 8. §. si debitori. 16. ff. quibus modis pig. vel hypothec. solvit.* ubi concessio de alienando pignore debitori per creditorem facta, porrigitur etiam ad heredem debitoris, ut pignus alienare possit. 324

Non obsistit *l. Lucius. 93. in princip. ff de legat. 3.* ex qua colligitur, si testator prohibeat Titium alienare fundum, heredem Titii alienare posse: cum prohibitio censeatur esse personalis. Ergo ex adverso quando dominus emphyteutæ permittit emphyteusin vendere: videtur hanc vendendi facultatem ad personam emphyteutæ restringere, non autem ejus quoque heredi largiri voluisse. Non obsistit, *inquam*, lex illa. Quod enim in ea heres filiæ (non obstante testatoris prohibitione, de non alienando facta) alienare potest: non fit ea ratione, quasi illa prohibitio personalis esset, nec ad heredem filiæ transiret: sed quod præceptum de non alienando, tanquam nudum & sine ratione interpositum, nullius momenti fuerit, *per textum ibi, cum hoc nudum præceptum est & l. pater. 38. §. Iulius. 4. et i, cum hoc nudum præceptum est. ff. eod. tit. de legat. 1.* Quare cum illud præceptum, ceu nullum & invalidum, filiam non obstrinxerit: consequens est, nec ad heredem quidem filiæ transivisse. Aliter foret respondendum: si testatoris præceptum cum ratione factum, adeoque validum fuisset. Tunc etenim haud dubie illud etiam ad heredem prohibiri transivisset. 325

Pariter nihil movet *l. cum quis sibi. 55. ff. de verbor. obligat.* ubi cum expressum sit, si creditor debitori concedit facultatem solvendi Titio; non posse debitorem successoribus & heredibus Titii pecuniam creditori debitam solvere: inde dicendum videtur, facultatem vendendi certæ personæ nominatim tributam, ad heredem ejus neutiquam devolvi. Ideò namque heredi Titii, solutionis causa adjecti, solvi 326

non potest: quia Titio, solutionis causa adjecto, nec stipulatio, nec ex stipulatione jus ullum acquiritur: ut proinde nihil sit in eo, quod ad heredem transferat: argumento est, quod Titius solutionis causa adjectus, neque quod in stipulatum deductum est, petere, *l. quod stipulatus. 10. ff. de solutionib.* neque fidejussorem accipere, *l. fidejussor obligari. 16. ff. de fidejussorib.* neque promissorem ullo suo facto liberare potest, *dict. l. 10. ff. de solutionibus.* Cæterum in proposita specie emphyteutæ, cui facultas alienandi per pactum investituræ concessa fuit, jus aliquod est quæsitum: quod quidem jus omne emphyteutam in heredem suum transferre, non dubitatur. *l. heredem. 59. & l. hereditas. 62. ff. de reg. jur. Videatur Corbulus d. tract. de jur. emphyt. c. 14. ampliat. 11. ubi utramque in partem plura cumulat.*

327 In quæstionem & illud potest vocari: utrum dominus, qui alienandi facultatem permisit emphyteutæ, ante alienationem emphyteuseos factam, & sic rebus omnibus adhuc integris, pœnitere, & consensum sive permissionem suam revocare possit? Et indubitatè statuendum est: si dominus paciscendo vel contrahendo emphyteutæ facultatem alienandi concesserit: hujusmodi concessionem, pacto seu conventione factam, nullo modo revocari posse, *per l. 1. C. de jure emphyteut.* ubi dicitur, quod pactiones
328 emphyteuticæ firmæ illibatæque stabilitate perpetua modis omnibus custodiri debeant. Et facit *l. 3. Cod. eod. tit.* ubi haud obscure sancitur, pactum de alienatione juris emphyteutici interpositum, esse observandum. At si non paciscendo, sed simplici permissu dominus in hoc consentiat, ut jus suum emphyteuta alienare queat: hoc casu probabilius videtur, quod domino, ante alienationem factam etiam invito emphyteuta, permissum sive consensum suum revocare liceat: *idque argumento l. sicut. 8.*
329 *§. si voluntate. 6. ff quib. mod. pig. vel hypoth. sol:* ubi responsum est; creditorem, qui debitori vendere pignus permisit, desiderare posse, ut fundus sibi applicetur, si nondum venierit; nec satis esse ad repellendum creditorem, quod debitor vendere voluerit, si venditio secuta non est. Cum ergo creditor, post alienandi facultatem debitori permissam; avocare pignus, alienatione nondum secuta, possit: intelligere promptum est, creditorem consentiendo, ut pignus distrahatur, non obligari in hoc, ut pignus vendi patiatur: alioquin etiam ante venditionem interpositam jus avocandi pignus à debitore non haberet, sed pacti exceptione repelli posset. Cum igitur *in d. §. si voluntate.* Marcianus sine ulla hæsitatione statuat, si pignus nondum venierit, creditorem, ut sibi id applicetur, petere posse: satis ostendit Jurisconsultus, ex simplici creditoris permissu nullam actionem vel exceptionem debitori quæsitam fuisse. Proinde concludendum est: si dominus permisit emphyteutæ vel vasallo, emphyteusin seu feudum distrahere: consensum hunc à domino, ante venditionem interpositam, & rebus adhuc integris, revocari posse. Eandem conclusionem non parum corroborat *l. quis saxum. 6. ff. de donationib.* 330
cujus hæc verba sunt: *Quis saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa: statim, cum lapis exemptus est, meus fit: neque prohibendo me evehere, efficit, ut meus esse desinat: quia quodammodo traditione meus factus est. Planè si mercenarius meus exemit, mihi exemit. Sed si is, qui à me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere: si; antequam eximat, me pœnituerit: meus lapis durat, &c.* Ex qua lege hæc doctrina extruitur: quod simplex permissus pactum non inducat: & ea propter, rebus adhuc integris, revocari valeat.

Nec obstat, quod consensus tum demum obligationem non inducat, quando quis consentit actui, 331
qui absque voluntate ejus celebrari potuit. *l. Lucius. 21. ff. de administrat. & peric. tutor.* secus verò sit, quando quis consentit actui, qui absque voluntate ejus celebrari non potuit: tunc enim consensus obligationem inducat. *Nam* quòd eo etiam casu, ubi quis consentit actui, qui absque voluntate ejus explicari non potuit, ex simplici permissu non inducatur obligatio, probat *d. l. sicut. 8. §. si voluntate. 6. ff. quibus mod. pig. vel hypothec. sol. & d. l. quis saxum. 6. ff. de donationib.* In utraque enim lege consensus super actu, qui non potuit sine voluntate consentientis expediri, fuit interpositus: & tamen nullam obligationem ex tali consensu fuisse natam, constat.

Sic quoque non obest, quod objicitur, ex istiusmodi simplici permissu pactum nudum induci, *arg.* 332
l. 1. in princ. ff. de pact. & in pacto nudo, cum sit contractus innominatus, non correspectivus, *juxta gloss. singularem, in l. 1. in princip. super verb. figuris, ad finem. ff. de obligat. & act.* rebus etiam omnibus adhuc integris, pœnitentiæ locum non esse, *Iason in l.* 333
si pecuniam. §. in princip. limitat. 9. ff. de condict. causa data, &c. Quoniam respondetur, verius esse, ex simplici permissu & consensu pactum non oriri: 334
cum pactum sit consensus, animo obligationis contrahendæ interpositus, *arg. d. l. 1. §. ff. de pactis.* Atqui dominus permittendo jus emphyteuticum distrahi, animum obligandi non habet. *d. l. sicut. 8. §. si voluntate. ff. quib. mod. pign. vel hypothec.* Haud enim omnis consensus animo obligandi fit: & ideo etiam non omnis consensus obligationem inducit, *arg. l. fin. ff. de obligat. & act.* Verum vide Ludolphum Schraderum, hanc quæstionem aliter tractantem, *in tract. feud. part. 8. cap. 4. numer. 6. & seqq.*

Est & illa elegans quæstio: si Prælatus vendendi seu alienandi licentiam & potestatem emphyteutæ 335
concessit: utrum isthæc licentia morte Prælati expiret, vel potius etiam post obitum Prælati emphyteusis ecclesiastica, vigore illius licentiæ, alienari possit? Et licentiam vendendi, mortuo ipso Prælato, qui eam concessit, censeri extinctam, non sine ratio-

ratione quispiam affirmaverit. Etenim licentia a-
lienandi emphyteusin, vel disponendi de ea in ulti-
ma, voluntate nullum jus in re tribuit: sed solum-
modo impedimentum, quod alienationi obstabat,
tollit: ita ut liceat, quod antè non licebat; nempe
ut emphyteuta, qui sine consensu domini jus suum
in alium transferre nequibat, transferendi nunc po-
testatem habeat. *Panormitan. in c. cum ad hoc 16. co-
lum. fin. extr. de clericis non residentib. Cardinal. in
clement. fin. de elect. quæst. 5. Bald. in* §. *ut proponis.
4. C. de servo pignori dato manumisso.* Hæcque opi-
nio confirmari poterit *ex c. 3. lib. 1. & c. 35. lib. 2.
feudor.* ubi constitutum est; si Archiepiscopus, Epi-
scopus, Abbas, vel Prælatus investituram ejus feu-
di, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, ut
post obitum ejus, qui possidet, habeat: & antè de-
336 cesserit Episcopus, quam ille, qui feudum posside-
bat: successores ejus non cogi, eam investituram fa-
cere, vel confirmare. Cujus rei hæc est ratio: quia
Episcopi & Præsules Ecclesiarum, rerum duntaxat
præsentium, non etiam post mortem suam gerenda-
rum, habet administrationem, *arg. c. 2. extr. de do-
nationib. & can. ult. caus. 12. q. 1.* Non igitur, fal-
cem veluti in messem aliam immittentes, successo-
ribus suis præjudicium irrogare poterunt: præser-
tim cum illi, qui in ipsorum loca substituuntur, non
jure successionis; sed vel postulationis, vel electio-
nis, sicque novo titulo, novoque jure ad istam digni-
tatem sive officium evehantur. *c. ad decorem. 5. extr.
de institutionib. c. 2. de concessione præbendæ. Ioan. de A-
nania in c. fin. col. 6. in fin. ubi & alii Canonistæ extr.
Ne prælati vices suas vel Eccles. sub annuo censu conce-
dant.* Itaque non mirum est, quod illi Antecesso-
rum suorum, utpote à quibus nullam habent cau-
sam, factum præstare non teneantur. *Bald. & Iason.
in l. 1. ff. de constitutionib. princip.* Et ita in nostris ter-
337 minis respondit *Hier. Gabriel. consil. 83. per tot. quem
refert & amplectitur Aurel. Corbulus in tract. de jure
emphyt c. 14. Ampliat 6. n. 6.*

Posteaquam de venditione diximus: nunc de do-
natione; & aliis alienationis speciebus breviter vi-
debimus. Ardua autem, mirumque in modum ex-
agitata quæstio est: Num emphyteuta, domino non
consentiente, jus suum emphyteuticum donare que-
at? Et emphyteutam jus suum nullo modo sine do-
mini consensu donando transferre posse (*post Irneri-
um, antiq. glossatorem, & Bart.*) docuerunt *Franc. Sar-
mient. l. 3. elect. interpret. c. 2. n. 3. cum seqq. Fachineus
lib. 3. controv. juris. c. 97. & recenter Hunnius lib. 3.
var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 12. pag.
145. & seqq.* Contrarium verò communiter respon-
derunt, *Accurs. in l. fin. in verb. aliis vendere. C. de
jur. emphyteut. ibique Iason. n. 54. & seqq. & Corasi-
us n. 9. Iulius Clarus lib. 4 sentent. §. emphyteosis. qu.
15 Corbulus dict. tractat. de jur. emphyteut. c. 14. li-
mitat. 13. & ferè infiniti, ab his allegati.* Quibus
novissime assentiuntur *Ioannes Borcholt. de feud. cap.
3. num. 42. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil.
cap. 14. ibique Hilliger. in suis not. ad lit. G. Andr.
Gerhardi decad. 15. quæst. 5. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν assert. 80. edit. 2. Arumæus Exercit. Iustin.
14. D. Obrecht. Disp. 36. de jur. emphyt. thes. 106. &
seqq. D. Bocer. class. 2. Disput. 14. thes. 67. lit. a. ed.
2. D. Besold. in prælect. t. ff. si ager. vectig. pet. quæst. 3.
itemque in delibat. jur. ex lib. 6. Pandect. t. 3 n. 9. p. 506.
cum seq. Matthias Stephani cent. 3. q. 83 ad lit. a. Phi-
lippus Adelph. à Münchhausen in suis disceptationib.
quæst. 7. Petr. Surd. decis. 93. num. 1. & seq. Riemer
decad. 11. quæst. illustr. 4. Frantzkius in tract. de lau-
demiis. cap. 9. num. 68. cum seqq. pag. 197. cum seqq.
Knipschildt. d. exercitat. Acad. 9. quæst. 8. pag. 331.
cum seqq. & alii.* Quorum sententiam, tanquam
veriorem, & ego amplector, *per l. 1. C. de fundis pa-
trimonialibus.* ubi Constantinus Imp. rescripsit, quod
emphyteuta fisci sive Reipubl. jus suum citra judicis
voluntatem salvo canone alteri donare possit. Idem
ergo & in privata emphyteusi statuendum. Deinde
certum est: emphyteutam, inconsulto domino, præ- 338
dium emphyteuticum, vel jus sibi competens, alte-
ri legare posse. *l. si domus. 71. §. ult. ff. de legat. l. in
conventionib. 219. ff. de verb. signific.* Legatum au-
tem donationem esse, non ambiguitur. *§. 1. supr. de
legatis. l. legatum. 36. ff. de legat. 2.* Et licet Hunnius
loco supra notato ad hæc fundamenta respondeat, ea
planè huc impertinenter allegari, propterea quod
non de jure emphyteutico, de quo hic controverti-
tur, sed de re saltem emphyteutica loquantur: atta-
men si quispiam penitus eadem fundamenta nostra
introspexerit; facilimè deprehendet, in iis non tam
rei emphyteuticæ, sive fundi vectigalis, quam ipsius
juris emphyteutici disertam mentionem fieri: ut
mirum sit, Dn. Hunnium, alias satis oculeum, hoc
non vidisse, adeoque contrarium astruere non eru-
buisse. Ratio porrò differentiæ, cur emphyteutæ
permissa sit donatio, inscio seu inconsulto domino, 339
venditio non item, hæc est: quia in venditione id-
circo dominus de consensu interpellatur: ut, si ve-
lit, eodem precio emere possit. *l. 3. C. de jur. emphy-
teut.* Ast hæc ratio in donatione non obtinet:
quoniam donatio gratuita est, & benevoli erga be-
nè merentem affectûs declaratio, quem non æquè
aut saltem per injuriam, erga se, ut ergà benè meri-
tum, declarari dominus petit: cum istius affe-
ctionis certæ causæ sint, nec domino cum donatario
communes, *arg. l. nec adjecit. 9. ff. pro socio. Donell.
Arumæus, Corbulus, & alii locis supra designa-
tis.*

Non turbat nostram assertionem *d. l. 3. vers. mi- 340
nimè licere, &c. C. de jur. emphyteut.* ubi disertè
negatur, jus emphyteuticum absque consensu do-
mini per emphyteutam transferri posse. Ita enim Ju-
stinianus loquitur: *Minimè licet emphyteutæ sine con-
sensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel jus
emphyteuticum transferre.* Illud verbum, *transferre*,
etiam donationem includit: cum per eam

procul dubio jus emphyteuticum in donatarium transferatur. Non, *inquam*, vetsiculus ille nostram assertionem turbat. Nam ex subsequentibus statim Justiniani verbis apparet, ad translationem fundi vel juris emphyteutici consensum domini non simpliciter & præcisè, sed hactenus desiderari, quod emphyteuta domino futuram mutationem, per venditionis titulum factam, ritè denunciare debeat; ut ipse dominus eodem precio meliorationes & jus emphyteuticum emere valeat. At nos in quæstione proposita non de venditione & precio, de quo lex ista tantum meminit, sed gratuito donationis titulo agimus. *Idemque docuimus in addit. ad Iul. Clar. §. emphyteusis quæst. 15. n. 4.*

341 Nihil movet trita juris regula, qua dicitur: eidem vendendi jus esse, cui donandi. *l. cujus 163. ff. de reg. jur.* Ideoq; sicut emphyteuta in consulto domino donare potest: ita etiam eundem vendere posse dicendum videbatur. Nihil, *dico*, hæc movet regula: quia neutiquam procedit, si donandi & vendendi diversa appareat ratio, ut hic. Sic & decurio licet prædia sua sine decreto judicis vendere vetetur: ea tamen donare non prohibetur. *l. ult. C. de prædiis decurionum sine decr. non alienand.* Facilius quippe homines inducuntur ad vendendum, quam donandum, propter commoditatem precii. Hancque ipsam ob causam Senatusconsultum Vellejanum obligatæ mulieri succurrit, non donanti, *l. sed si ego. 4. §. fin. ff. ad SC. Vellejan.* quia mulier non facile donat, & mulierum genus est avarum, auctore Cicerone *lib. 2. de invent.* & avarissimum, tradente Accursio *in l. Nesennius. 34 in verb. ex contrario. ff. de negot. gest. & in dict. l. 4. in gloss. ult. ff. ad SC. Vellejan.* imò vice miraculi est, cum mulier donat, pronunciante Baldo, *quem refert Tiraquellus in legibus connubialib. leg. 9. gloss. 1. part. 9. num. 43. & seq. ubi hac de re prolixè agit.*

342

343

344

345 Nostram quoque non infringit sententiam *l. universas. 2. C. ne rei dominica vel templorum vindicatio, &c.* ex qua patet, quod Ecclesiæ vel Reipublicæ bona emphyteutica nullo titulo oneroso, vel lucrativo alienari possint. *Quandoquidem* emphyteutæ jus suum, quod in prædio emphyteutico habet, libere donare licet: modo citra fraudem, & cum hac protestatione donet: quod velit jus Ecclesiæ Reive publicæ nihilominus per istum donationis actum, salvum atque intemeratum esse, *prædicta l. 1. C. de fundis patrimonialib. Baldus in d. l. fin. C. de jur. emphyt.*

346 Eandem præterea traditionem non debilitat, quod objicitur; invito creditori alium debitorem obtrudi sive substitui non posse. *l. si mandatu. 45. §. 2. ibi, aut si nolis creditor obligationem mutare ff. mandati. l. si actor. 29 ff. de pro curatorib. l. in vendentis. 13. C. de contrah. empt. l. pacto successorum. 26. C. de pact. eum similib.* Cum enim fundi vectigalis sive emphyteutici hæc sit conditio & natura, ut in alium transferri possit per emphyteutam; consequens est; dominum, qui fundum vectigalem alii concedit, secundum naturam & conditionem fundi vectigalis dedisse, atque adeo etiam in hoc consensisse, ut fundus ille donando transferri, eaque translatione alius emphyteuta in locum prioris substitui possit.

Contrahentes etenim præsumuntur contraxisse secundum subjectam materiam, *arg. l. insulam. 6. ff. de praescript. verb. & quare 54. ff. locati.* & naturam rei, in conventionem deductæ, *l. si stipulatus. 4. ff. de usuris. l. damni. 43. ibi, & quod in stipulatione est. ff. de damno infecto ibique Doctores.* Sed & ipse dominus in dubio censetur accommodasse voluntatem suam ad id, quod jus disponit, *arg. l. si cui. 9. ff de servis & l. quanquam. 62. in princ. ff. de ritu nuptiar.* Proinde rectè asseritur; emphyteutam, domino etiam non consentiente, jus emphyteuticum donationis titulo in alium transferre posse. Ne verò hac ratione dominus possit ludificari, aut jure suo omnino privari, cui contra donatarium seu novum emphyteutam nulla competit actio personalis, utpote cum quo non contraxit: debebit donatarius (qui rei possessionem nequit auctoritate propria ingredi; sed ab ipso domino introducendus est) requirere dominum, ut se investiat, & in rei emphyteuticæ possessionem mittat. Sicque domino contra novum emphyteutam satis ex nova conventione prospectum erit: debetque donatarius, idemque novus emphyteuta, in præmium investituræ, domino quinquagesimam partem æstimationis rei emphyteuticæ, laudemii loco, persolvere, *d. l. fin. & ibi Coras. num. 9. C. de jure emphyteut. Broncherst. d. cent. 1. assert. 51. edit. 1.* Vide tamen hac de re *Donellum d. lib. 9. Commentar. cap. 14. pag. 449. & seqq. Bocer. d. class. 2. disp. 14. th. 68. & D. Obrecht. d. disp. 36. th. 194. & seqq.* Qui Auctores non male tradunt: ipsum veterem emphyteutam à domino testato desiderare debere, ut is novum emphyteutam suscipiat, eumque in possessionem fundi emphyteutici inducat. Hoc facto, ad duos menses emphyteuta vetus domini voluntatem expectare; & si ipse novum emphyteutam admittit, quinquagesimam (*ut modò dictum*) partem æstimationis fundi vectigalis ei præstare debet. At duobus mensibus exactis, si dominus voluntatem suam non aperuit, liberum est emphyteutæ, jus suum in alterum transferre; nec eo nomine quicquam domino præstare tenetur. *d. l. fin. de jure emphyteut. Corbulus in tractat. de jur. emphyt. c. 14. limitat. 5.* 347

348

349

Similis, nec minus investigatu necessaria quæstio se offert: an emphyteuta prædium emphyteuticum absque domini consensu oppignorare possit? Et non posse defendere annititur Sarmientus. *d. lib. 3. select. interpretat. cap. 2. n. 32.* ubi audacter dicit, eandem denunciationem, quæ in venditione requiritur, requiri etiam in pignoris constitutione. Sicut enim (*inquit*) in venditione potest dominus offerre precium: ita etiam quando res pignoratur, potest dominus mutare pecuniam, sub qua pignoratur. Nam si admitteretur pignoratio sine domini consensu, 350

nulla

nulla ei facta denunciatione: necessariò etiam permitteretur venditio, *per textum in l. si pupillorum. 7. §. si pupillus. 1. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c.* Hæc
351 Sarmienti nova opinio utcunque plausibilis videtur: eam tamen à veritatis tramite longè lateque aberrare exploratum est, *per textum notabilem in l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypothec.* ubi pro-
352 ponitur, fundum vectigalem sive emphyteuticarium ab emphyteuta oppignoratum fuisse: & quæritur, an rectè pignori datus esset? Respondit Scævola: si pecunia intercessit, pignus subsistere. In hac autem lege, domino non consentiente, nec requisito, fundum emphyteuticum obligatum fuisse, ex eo manifestum evadit.. *Tum* quod in illa nulla prorsus fit mentio consensus domini: sed potius ex adverso ostenditur, solum possessorem fundi vectigalis contractum pigneraticium cum creditore celebrasse. *Tum* quod in ea lege à Scævola JC. in dubium vocatur: utrum pignus subsistat: ex quo facilè cernitur, nullam domini requisitionem præcessisse. Si enim domini requisitio sive voluntas intervenisset: temerè & frustrà Jurisconsultus dubitasset, an fundi vectigalis hypothecatio jure valeret. *Tum* denique, quod eadem in lege subjicitur, si debitor emphyteuta, vel creditor secundum legem contractus emphyteutici canonem non solverit, potiorem esse dominum in fundo vectigali ipso creditore, cui fundus obligatus sive pignoratus fuerat. Ex quo rursus infertur: dominum in hypothecationem fundi vectigalis minimè consensisse. Alioquin enim non ipse, sed creditor ratione pignoris, consensu domini constituti, potior esset.

353 Huic decisioni non obstat vulgata regula, qua astruitur; quod prohibito uno, omnia simul; quibus ad id pervenitur, prohibita esse intelligantur, *l oratio. 16. ff. de sponsalib.*. Venditio autem juris emphyteutici, domino non requisito, prohibita fit. Ergo etiam pignoratio, per quam ad venditionem pervenitur, interdicta censeatur.. Non, *inquam*, ista regula obstat. Venditio namque fundi emphyteutici non simpliciter, sed hactenus prohibita est, ut illum emphyteuta non possit domino (qui requisitus precium offerre mavult) non consentiente distrahere. Cæterum si dominus, post denunciationem sibi factam, precium intra tempus legitimum offerre tergiversatur: eo etiam invito, vendi-
354 tio perfici potest: *l. 3. C. de jure emphyteut.* Sed & per pignorationem, emphyteutæ concessam, non pervenitur ad venditionem, eidem interdictam.. Neque enim, pignoratione fundi emphyteutici interpositâ, creditori licet fundum hypothecatum vendere; domino, qui requisitus precium offerre paratus est, consensum suum non accommodante, *d. l. 3. C. de jur. emphyt.*: Atque hac responsione satisfieri etiam potest dissentientis Sarmienti fundamento, quod extruxit *ex d. l. si pupillorum. 7. §. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutela, &c.* Affirmamus siquidem, pignoratione concessa, haudquaquam permitti creditori, domino contradicente, fundum emphyteuticum hypothecæ suppositum distrahere. Nam licet minime negetur, creditorem istum fundum vendere posse: hæc tamen venditio secundum conditionem ac naturam rei emphyteuticæ instituenda; adeoque, domino prius requisito, peragenda erit. *d. l. 3. C. de jur. emphyt.* Nec contra- 355
tium *ex d. l. si pupillorum. 7. §. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutela, &c.* colligitur. Quoniam ibi decretum Prætoris, in venditione rei pupillaris, pignori suppositæ, ideo non desideratur: quod decretum illud in contractu pignoris legitimè interpositum fuerat. Sufficit enim, decretum semel in actu intervenire, sive interponi: nec postea in executione ipsius actus necessario requiritur, *arg. l. quæro. 60. §. 1. vers. sed ut expediatur quæstio. ff. de jure dot.*

Amplius sententiæ nostræ nihil detrahit *l. final. C.* 356
de reb. alienis non alienand. ubi alienatione prohibita, censetur etiam pignoris datio interdicta esse. Quia ea de specie illic tractatur, in qua alienatio simpliciter prohibita fuit: qua prohibitione facta, utique etiam pignoris datio inhibita esse intelligitur.. At verò fundi emphyteutici venditio non simpliciter (*ut paulò antè dictum*) sed ha[illegible]s emphyteutæ est interdicta, ut illum nequeat, domino, si modò ipse precium offerre velit, non consentiente distrahere, *sæpè allegata l. 3. C. de jure emphyt.* Atque hæc, quam defendimus, receptissima est & communissima Interpretum sententia, *Accursii in d. l. 3. in verb. aliis vendere. C. de jur. emphyt. Iasonis ibidem num. 78. & Saliceti num. 6. Grati consil. 54. num. 5. vol. 1. Boerii decis. 181. num. 2. Iohannis Creti in l. si constante. 24. num. 94. ff. solut. matrim. Suarez. in thes. recept. opin. in verb. emphyteuta. num. 105. Iulii Clari lib. 4. sentent. §. emphytheosis. quæst. 18. Antonii de Gammia decis. Lusitan. 28. fol. 30. item decis. 108. fol. 87. Iohannis Bercholten. de feudis. c. 3. num. 42. circa finem. Aurelii Corbuli in tract. de jure emphyt. c. 14. limitat. 33. & aliorum, quos hic prolixè commemorat*

Huic proxima, nec minus controversa quæstio 357
est: utrum emphyteuta sine consensu domini, rem emphyteuticam titulo permutationis in alium transferre possit? Et negativè respondere videtur *Speculator in tit. de emphyteusi. qu. 121. num. 147. Angel. in l. cum hi. 8. §. si cui non. 24. ff. de transact. & Sarmientus lib. 3. select. interpret. c. 2. num. 20.* Verum contrariam affirmantem sententiam, post multos alios, tenent *Iason in l. fin. num. 101. C. de jure emphyt. Clarus in d. §. emphyteosis. quæst. 17. Tiber. Decian. respons. 55. num. 51. vol. 3. Tiraquell. de retraict. lignag. §. 30. gl. 1. num. 34. Guid. Pap. decis. 92. Hieron. Gabriel. consil. 84. num. 3. & Corbulus d. tract. de jur. emphyteut. cap. 14. limitat. 12.* Ejusque ratio ferè eadem est, quæ est in donatione, quam inscio & inconsulto domino fieri posse ostendimus *supra num. 33*.. Plerunque enim permutat emphyteuta 358
propter affectionem, quam habet ad rem; quam ex

Bbbb 3 permu-

permutatione consequi intendit, ob vicinitatem fortè, vel commoditatem, alias non permutaturus, si non posset illam rem assequi. Non igitur citra injuriam emphyteutæ, aliam rem offerendo, permutationem hanc dominus impedire conabitur. Et sanè dominus vix idem præstare potest, quod offert is, cum quo permutatio instituitur. Aut enim non habet easdem res, aut non eodem loco sitas, aut non tam commodas emphyteutæ, quam alter habet. *Dn. Obrecht. d. disput. 36. thes. 191.*

359 Nec adversatur *l. sciendum. 19. §. deinde. 5. ff. de ædil. edict. l. final. ff. quib. ex caus. in possess. eat. & l. statuliberi. 29. ante finem. ff. de statuliberis.* in quibus legibus dicitur, permutationem esse similem venditioni, verboque emptionis omnem alienationem contineri. Cum itaque venditio fundi emphyteutici prohibita sit: efficitur inde, permutationem etiam ejus censeri interdictam, Hoc, *inquam*, non adversatur: quandoquidem permutatio venditioni similis est, & verbo emptionis comprehenditur; non utique ratione proprietatis vocabuli, sed ratione mentis & voluntatis, eo scilicet casu, in quo eadem militat permutationis & emptionis ratio. Ast in proposita quæstione longè diversam rationem inter emptionem & permutationem esse, superius ostensum est. Et certè utriusque diversitas vel inde constat; quod permutatio rebus, venditio pretio fieri dicitur. *l. 1. ff. de rer. permutat.*

360 Vicina quoque quæstio hæc est; nunquid emphyteuta absque domini consensu prædium emphyteuticum alieni fœminæ in dotem dare queat? Affirmativæ opinioni plerique Dd. subscripserunt, *Salicetus num. 10. & Iason num. 107. in d. l. fin. C. de jur. emphyteut. Speculator d. tit. de emphyteusi. quæst. 109. num. 133. Imola in c. potuit. de locato. num. 17. Bertrand. cons. 180. vol. 2. Hostiens. in summa tit. de locat. §. fin. vers. nunquid ergo res emphyteutica potest in dotem dari, &c. Tiraquell. de retr. lign. §. 1. gl. 14. n. 95. Corbulus d. tract. d. jur. emphyt. cap. 14. limitat. 10. aliique complures, per eos citati.*

361 Et ratio hujus (quemadmodum & præcedentium alienationis specierum) hæc assignari potest: quia denunciatio & expectatio consensus domini in eum finem à lege desideratur, cum emphyteuta vult vendere jus emphyteuticum, vel meliorationes suas, ut potestas fiat domino eodem precio emendi, si velit. *d. l. fin. vers. sed ne hac occasione. C. de jur. emphyt.* Sed huic fini ut locus non est in donatione, legato, oppignoratione, & permutatione, *de quibus supra num 337. 338. 350. & 357.* ita nec in dotis datione. Proindeque in his alienationibus omnibus domini consensum exigere non debemus. Accedit & illud, quod

362 antiquitus emphyteuta quovis modo alienare liberè impuneque poterat, & in alium transferre jus suum, ut arguit textus *in hoc §. nostro. vers. ut ecce, &c. & l. 1. in princip. ff. si ager vectigal. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignor. act. & l. si domus. 71. §. fin. ff. de legat. 1.* Sed hæc libera alienandi potestas illi in venditione solummodo, Justiniani constitutione nova adempta est, in cæteris negociis non item. Itaque cæteræ alienationes ei liberæ relictæ censentur. Quicquid enim nova lege specialiter non est expressum: 363
id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debet, *l. præcipimus. 32. in fine. Cod. de appellationib. Dn. Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 67. sub lit. a. edit. 2.*

At difficilior videtur quæstio: ecquid emphyteuta fundum vectigalem æstimatum, domino non 364
consentiente, alicui in dotem dare possit? Et minimè posse, Interpretes numero non pauci concludunt, *Speculator d. tit. de emphyteusi, qu. 110. num. 134. Imol. in d. c. potuit. num. 17. de locat. Salicet. n. 16. & Iason. num. 108. in d. l. fin. C. de jur. emphyteut. Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gl. 14. num. 21. Decius consil. 160. col. 2. Guido Pap. decis. 48. num. 2. & alii, quos congessit Corbulus prædicto cap. 14. ampliat. 32.* Atque hanc conclusionem veritati omnino esse congruam, existimo. Etenim ex supra dictis patescit; venditionem fundi emphyteutici impediri posse per dominum hac ratione, ut ipsemet precium offerat, fundumque emphyteuticum, si velit, emat. *d. l. fin. C. de jur. Emphiteut.* Iam autem datio 365
rei æstimatæ in dotem, species venditionis reputatur: atque ita in dubio res æstimata in dotem marito data, ei vendita intelligitur. *l. cum fundus. 3. ff. locati. l. plerunque. 10. §. si ante. 4. & l. cum post. 69. §. cum res. 7. ibique Gothofred. ff. de jur. dot. l. quotiens. 5. ibique Bald. C. eod. t.* Quocirca rectè præfatis Doctoribus placuit; fundum vectigalem æstimatum, domino invito & dissentiente, in dotem dari non posse: sed domino facultatem competere offerendi precium, in quo dos consistat, translato utili dominio in ipsum potius, precium offerentem, quam in maritum. Et quamvis ab hac opinione, 366
quæ communem nacta est applausum, recedat Molineus *in consuetudinib. Parisiens. tit. 2. §. 56. gloss. 1. num. 36.* ob hanc maximè rationem; quod æstimatio in dubio venditionem non faciat sive inducat, *arg. l. æstimatis. 50. ff. solut. matrim.* ubi maritus, cui res æstimatæ in dotem datæ fuerunt, easdem res adhuc extantes, soluto matrimonio restituere tenetur: adeoq; per æstimationem rerum dotalium venditio non contracta videtur: attamen cum supra *ex l. quotiens. 5. C. de jure dot. & similibus* ostensum sit per æstimationem rerum dotalium regulariter venditionem contractam censeri: non est, quod isthac Molinei objectione moveamur. Nam ad præcipuum ipsius fundamentum, *puta d. l. æstimatis. 50. ff.* 367
solut. matrim. quod attinet: maritus in ejus legis specie res ipsas æstimatas, in dotem datas, matrimonio dissoluto, idcirco tenetur restituere: quod ex verbis paciscentium liquido constabat, illud actum fuisse, ut ipsæmet res perempto matrimonio redderentur. Ex quibus contrahentium verbis & illud apparebat, æstimationem non eo animo, ut contraheretur venditio, sed alio consilio interpositam fuisse.

fuisse. Etsi enim, *ut dictum*, rerum dotalium æstimatio regulariter venditionem constituit: tamen etiam alio fine, alioqne consilio talem æstimationem per maritum & uxorem interponi posse, non dubium est, *l. si inter virum. 21. C. de jure dot.* Interim autem regula isthæc; quod æstimatio venditionem inducat, nisi contrarium evidenter actum fuerit, firma permanet.

368 Prætermittenda hoc loco non est quæstio illa: Utrum emphyteuta prædium emphyteuticum creditori, cui ad certam pecuniæ summam obligatus est, irrequisito domino, in solutum dare possit? Et breviter statuendum est; emphyteutam id facere non posse: sed domino facultatem concedi, ut post denunciationem sibi factam ipsemet pecuniam creditori debitam exponat, sieque prædium ad se recipiat.

369 Hujusque ratio perspicua est: quia datio in solutum, quæ fit voluntariè pro pecunia debita, mera vendicio dicitur, *l. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. si prædium. 4. in fin C. de evictionib. Ludovic. Bolognin. consil. 21. & cons. 25. num. 4. Afflict. decis. 335. n. 18. & decis. 368 n. 2. Aret cons. 160. n. 15. & seq.* Quemadmodum ergo in venditione; ita & datione in solutum potestas comperit domino offerendi pecuniam, eaqne oblatione efficiendi, quo minus, se invito, emphyteusis per venditionem vel dationem in solutum, in alium transferatur. *d. l. fin C. de jure emphyt. ubi Iason num. 113. vers. intelligo tamen, &c. Decius cons. 160. Bursat. cons. 44. numer. 29. vers. at secus. vol. 1. & alii, quos laudat probatque Aurelius Corbulus d. tract. de jure emphyt. cap. 14. limitat. 19. numer. 3. & seq.*

370 Denique & illud quæritur: num emphyteuta possit in prædio emphyteutico sine domini consensu servitutem constituere? Et id illum posse, Doctores communiter, & meritò quidem, tradiderunt, *Iason in multoties allegata l. fin. C. de jur. emphyt. num. 117. & seq. Afflict. decis. 380. num. 2. & seq. Boer. decis. 181. num. 1. & seqq. Natta cons. 516. num. 12. Roland. à Valle cons. 59. num. 10. & 13. vol. 1. Corbul. d. c. 14. limitat. 29. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteosis. quæst. 21. Ioan. Borcholt. de feud. cap. 3. num. 43.* Hac enim ratione nihil domino detrahitur: cum is nihilominus rem emphyteuticam salvam habeat, & quotannis pensionem constitutam accipiat: ipseque emphyteuta suo tantum, non domini juri præjudicet. Unde finita emphyteusi, finitur quoque servitus: quia extincto jure dantis, etiam jus accipientis extingui solet, *l. Statius Flor. 48. ff. de jure fisci. l. peto. 69. §. prædium. 1. ff. de legat. 2. l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. Tiraquell. in l. si unquam. super verbo, revertatur, num. 330. C. de revocand. donat. & in tract. cessante causa, cessat effectus, limitat. 1. num. 24. itemque in tract. Le mort saisit le vif. declarat. 1. partis tertia, num. 8. & monitum s. numer. 161.*

372 Quemadmodum porrò emphyteuta commoda, incrementa, & augmenta, fundo emphyteutico obvenientia, percipit, ut hactenus abundè demonstratum: ita etiam vicissim incommoda ac onera nonnulla, ad jus emphyteuticum pertinentia, sustinere tenetur. Etenim illum ad annuam pensionem domino præstandam obnoxium esse, tum ex definitione emphyteuseos, *supra num. 4.* propositâ essloresscit: tum ex hoc §. nostro. *in verb. ut quamdiu pensio, &c. l. 1. ff. si ager vectigalu, &c. & l. 2. ibi solitam pensionem. C. de jure emphyt.* dilucidè probatur. Interdum tamen emphyteutæ canonis præstationem remittendam esse, æquitatis ratio suadet. 373 Si enim res emphyteutica fatali vel fortuito casu penitus (siquidem ob particularem rei emphyteuticæ interitum, à pensionis totius præstatione non liberatur, *l. 1. in fine. C. de jur. emphyt. hoc §. nostro. in fine. ibique Giphanius, & Vultejus n. 14. & Hegius n. 26. cum seqq.*) extincta fuerit, æquissimum est, à præstatione canonis emphyteutam, cui nihil reliquum permansit, sed ad ipsum dominum spectare. Tum quod re in totum sublata, dominium sublatū esse intelligatur; ut ita recognitio dominii, utpote amplius non existentis, esse non possit. 374 Tum quia dominus illud, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu, habiturus fuerat. *d. l. 1. vers. si quidem tanta emerserit clades, &c. C. de jur. emphyteut.* Et de hoc illi vulgatissimi, licet non usque adeo artificiosi rhythmi, *qui à Speculatore in tit. de emphyteusi quæst. 134. n. 160. D. Sichardo in d. l. 1. n. 2. Cod. de jur. emphytent. & Claro lib. 4. sent. §. emphyteosis quæst. 8. n. 8. referuntur*, decantari solent:

Si perit res tota, liberatur emphyteuta:
Sed si pro parte, nulla se liberat arte.

Hinc controversia difficilis ac perplexa exoritur: 375 utrum canon remitti vel reddi debeat emphyteutæ, si propter bellum, vimúe hostium, & latronum incursum, non potuit ingredi & excolere fundum emphyteuticum? quamvis variæ & multiplices circa istam quæstionem existant Dd. opinationes, quas (*post Iasonem in d. l. 1. num. 81. & seqq. C. de jur. emphyteut.*) accuratè recenset Carolus Molineus *in consuet. Paris. tit. 1. §. 62. num. 54. cum seqq. & Fachineus lib. 1. controvers. jur. cap. 90* omnium tamen mihi verissima & æquissima hæc videtur: quod scilicet emphyteutæ pensio illius temporis, quo fundum possidere non potuit, sit remittenda, *argum. l. cum unus. 12. §. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. possideri. 3. §. Labeo. 17. ff. de acquir. vel amitt. possess. & l. si in venditione. 10. §. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ex quibus legibus evincitur; fundum emphyteuticum, quem ob tumultus bellicos emphyteuta ingredi ac possidere nequit, pro non extante, adeoque pro penitus extincto haberi. Arqui juris non est incogniti; quod fundo emphyteutico planè extincto, pensio emphyteutæ remittenda veniat, *d. l. 1. C. de jure emphyteut.*

Nec adversatur *l. quicunque 3. C. de fundis patrimonia-* 376

monialib. ubi ab Impp. Valentiniano & Valente rescriptum est; quicunque possessores jus emphyteuticum susceperint, illos non posse ad refundendum sive reddendum hoc uti prætextu, quod possessiones emphyteutæ desertæ esse cœperint. In ea namque l. nihil agitur de canone, propter desertos agros emphyteutæ emittendo vel reddendo: sed vera mens legis illius hæc est: fundum emphyteuticarium prætextu defectionis & squaloris, vel etiam rescripti, ab emphyteuta relinqui non posse: cum apud eum, & posteritatem ejus perpetuo remanere debeat, *ut rectè Cujacius ibidem explicat.*

377 Sic non obstat, quod dicitur, casus fortuitos omnes ad emphyteutam pertinere. *Novella. 7. in præfat. §. lex itaque talia, &c.* & bellum inter casus fortuitos numerari, *§. item is, cui res. 2. vers & is quidem, &c. supr. quibus modis re contrahit. oblig. & l in rebus. 18. ff. commodat.* Etsi enim casus fortuiti, in re emphyteutica contingentes, ad emphyteutam spectant: hoc tamen non procedit in illis casibus fortuitis, quibus fundus emphyteuticus omnino extinguitur. Hos siquidem casus non emphyteutam, sed dominum potius sustinere debere, ostendit *hic §. noster & d. l 1. C. de jur. emphyteut.* At verò jam ostensum est, fundum emphyteuticum, quem propter vim, & incursiones hostium, bellorumque calamitates ingredi ac possidere emphyteutæ non licet, juris interpretatione pro penitus extincto haberi. Paria quippe esse videntur; rem inundatam esse ab aquis, & occupatam esse ab hostibus. *d. l. eum unus. 12. in fine. ff. de reb. auctor. jud. possid.* Inundatum autem ab aquis dicitur deperditum, donec & quousque inundatio durat, *d. l. si in venditione. 10. in fin. ff. de peric. & commod. rei vend. d. l. 3. §. Labeo. 13. l. interdum. 21. §. 1. & l. qui in universas. 30. §. item quod mari. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Ergo etiam fundus emphyteuticus, quem propter vim hostium ingredi non possumus, deperditus esse judicatur, donec vis ista duraverit. Et hanc sententiam frequentiori calculo receptam, atque adeo ab ea in consulendo & judicando non recedendum esse, testantur *Abbas Panormitanus & Imola in c. potuit. extr. de locato. Alexand. in d. l. interdum. 21. §. 1. n. 7. ff. de acquiren. vel amitt. poss. Iacob. de Arena, Bartol. Salicet. num. 13. Cynus, Fulgos. Guarnerius, Hieron. de Tortu, & Iason. num. 91. C. de jur. emphyteut. Iul. Clarus lib. 4. sent. § emphyteusis. q. 8 n. 6. Corbulus in tractat. de jure emphyt. c. 15. limitat. 18. Valascus in tract. de jure emphyteut. q. 27. num. 13. Gail. lib. 2. observ. 23. num. 23. & seq. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civil. c. 14. pag. 452. Fachineus d. lib. 1. c. 90. Bocer. class. 2. disp. 14. thes. 71. edit. 2. Halbritter. in Disput. de jure emphyt. de anno 1602. Respond. Samuele Bansovio. thes. 26. sub lit. c.* Tametsi ex prædictis nonnulli (*ut & Ioan. Borcholt. de feud. c. 5. num. 12. & Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 19. th. 11. quæst. 40 p. 1792.*) aliter hanc quæstionem, & quidem variè, expediant.

Huic vicina, nec minus ardua controversia est: si damnum notabile, puta insignis sterilitas contingat, & emphyteuta non modicam, sed magnam fructibusque respondentem pensionem exolvere teneatur, utrum ea pensio propter sterilitatem illius anni emphyteutæ sit remittenda? Et remittendam esse, censuerunt *Nevizan. consil. 92. num. 44. & seq. Paul. de Mont. Pic. in repet. auth. præterea. num. 13 & seq. Cod. unde vir & uxor. Roland. à Valle consil. 96. n. 26. vol. 1. Aret. consil. 55. col. 2. & consil. 110. col. 2. Ruinus consil. 77. n. 7. & consil. 161. n. 21. vers. secundo principaliter. vol. 1. Berous in d. c. potuit. 4 n. 175. ext. de locat. Cotta in suis memorab. in verb. emphyteuta regulariter. Iacob. Port. consil. 144. num. 2. Molineus in consuetud. Paris. tit. 1. §. 62. num. 58. 60. & Bachovius in suis not. ad vol. 1. Treutleri. disp. 29. th. 7. lit. F. pag. 11:1.* Cæterum contrariam, ceu veriorem, probarunt sententiam *Gloss. in d. c. potuit. super. verb. expelli. ad fin. in vers. sed nunquid propter sterilitatem. &c. de locato. ibique Panormitan. num. 17. & Imola num. 41. Alberic. de Rosat num. 6. Salicet. num. 10. & Iason. num. 18. Bursat. consil. 11. num. 22. Natta consil. 49. num. 14. & consil. 194. num. 4. & seqq. Valascus d. tract. de jur. emphyteut. q. 27. num. 7. & 12. in fine. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. c. 15. ampliat. 12. num. 3. 5. & seqq. ubi plures enumerat.* Quibus astipulantur etiam *Clarus in d. §. emphyteusis. q. 8. num. 7. Gail. d. lib. 2. observ. 23. num. 23. & seqq. Fachineus d. lib. 1. controvers. jur. c. 89. vers. cæterum re diligentius, &c. Bronchorst. centur. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 55. edit 1. Borcholt. de feud. cap. 3. num. 11. & idem part. 1. disput. de jur. emphyteut. thes. 13. & seq. pag. 125.* Moventur hi Interpretes maximè textu *in l. 1. in fin. Cod. de jur. emphyteut. & hoc §. nostro.* ubi dicitur; damnum, quo tota rei substantia non extinguitur, ad emphyteutam spectare. Sed damnum ex sterilitate redundans, non est ejusmodi, quo substantia rei tota perimatur. Ergo ad emphyteutam spectat. Neque verò nervus hujus argumenti præcidi potest insulsa quorundam interpretatione, hunc §. nostrum & dictam *l. 1. C. eod.* ea duntaxat de specie intelligentium, qua non magnus canon, sed exiguus, puta in duobus, tribus, quatuor, aut quinque nummis consistens, in conventionem fuit deductus: quo casu omnes unanimi suffragio concludunt, periculum sterilitatis ad emphyteutam pertinere; sicque eum à præstatione exigui canonis propter sterilitatem non liberari. Huic namque interpretationi primò contradicunt ista generalia *dicta l. 1. C. de jur. emphyteut & hujus §* verba, indistinctè de contractu emphyteutico loquentia. Ergò ad illum contractum non sunt restringenda, quo exiguus tantum canon præstandus est: præsertim cum emphyteusis etiam tum rectè constituta dicatur, quando pro re pretiosa & fertili, justa & condigna pensio solvitur, *argum. auth. perpetua. C. de sacros. Eccles. & Novell. 7. cap. 3. §. 2. quia verò Leonis, &c.* Deinde *in hoc §. nostro.* proponitur; præ-

378

380

prædium quibusdam datum fuisse fruendum : & sic
381 prædium fuisse fructiferū Ex quo verisimile reddi-
tur ; non exiguum, sed magnum, & fructibus condi-
gnum canonem pro isto prædio in conventionem
deductum fuisse : cum nemo suum jactare, patrimo-
niiq; sui jacturam facere velle videatur, *l. cum de in-
debito. 35. circa princip. ff. de probationib.*

382 Non obstat huic sententiæ *l. ex conducto. 15. §. si vis
2. l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locati. l. licet. 8. C. de
locato &c. propter sterilitatem. 3. extr. eod. t.* quibus in
locis conductori, cui emphyteuta similis est, pro-
pter sterilitatem pensionis sive mercedis fit remissio.
Nam emphyteutam in multis à conductore differre,
contractumque emphyteuticum à locatione & con-
ductione separatum atque distinctum esse, constat
ex d. l. 1. C. de jure emphyteut. & abunde explicatum est
383 *supr. n. 7. & seqq.* A separatis autem & diversis illa-
tionem non concedi, explorati juris est, *l. Papinia-
nus. 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib. l. inter
stipulantem. 83. §. sacram. ibi, sed hæc dissimilia sunt.
ff. de verb. oblig. l. neque natales. 10. C. de probationib.*
348 Hæcque responsio eò facilius admitti debet ; quod
magna inter locationem & emphyteusin appareat
differentiæ ratio. In contractu namque emphy-
teutico pensio, quantumvis magna & fructibus æ-
qualis non præstatur propter rei usum, & in com-
pensationem fructuum : sed propter dominii reco-
gnitionem, ad quam, utpote quæ est de substantia
contractus emphyteutici, contrahentes potissimum
respicere solent. At verò merces in locatione prin-
cipaliter præstatur ob usum rei : adeo, ut si condu-
ctor re uti nequeat ; meritò aliquid de mercede re-
mitti ei debeat, quasi ita tacitè inter eum & locato-
rem convenerit. *d. l. licet. 8. C. de locato. prolixè Cor-
bulus d. c. 15. ampliat. 12. num. 21. Gregor. Lopez. lib.
singul. animadvers. jur. civ. c. 16. pag. (mihi) 81. &
seqq.*

385 Disceptari quoque consuevit : si fundus emphy-
teuticus aquis submersus vel inundatus fuerit ; an
emphyteuta anni illius, quo duravit inundatio, ca-
nonem domino præstare obligatus sit ? Et obliga-
tum non esse, vero propius esse reor, *argum. prædicta
l. cum unus. 12. §. ult. ff. de reb. auctor. judic. possid. d.
l. 3. §. Labeo. 17. ff. de acquir. vel amitt. possess. d. l. si
in venditione. 10. in fin. ff. de pecul. & commod. rei
vend.* ubi Ulpianus ait, rem inundatione perire,
386 sicuti chasmate pereat. Jam verò, re tota perem-
ta aut læsa, periculum dominus sustinet, *d. l. 1. C. de
jure emphyteut. & hoc §. nostro.* Qui textus non stri-
ctè de ipsius substantiæ sive prædii emphyteutici in-
teritu tantum, sed etiam de totius rei damno & læ-
sione, quæ ita substantiam perimat, ut de ejus cor-
pore nihil emphyteutæ reliquum remanere videa-
tur, intelligi debent. Utuntur quippe Impp. verbis,
387 *damnum, lædatur, &c.* Quod si enim de eo solo
interitu textus isti acciperentur, quo tota rei sub-
stantia prorsus è rerum natura tolleretur : certè de
casu rarissimè eveniente, imò ne vix quidem exi-
stente intelligerentur, *contra l. 4. & 5. ff. de legib.*
Etenim perrarò terræ motus, quibus agri ita corru-
unt, ut nusquam conspiciantur, aut chasmata eve-
niunt, *teste Plinio lib. 2. natural. histor. c. 80.* Et ita
in terminis, *post alios, quos citat* concludit Alexand.
consil. 112. videtur in præsenti. vol. 1. Nec moverit, si
dixerit quispiam, emphyteutam ad canonis præsta-
tionem obligatione personali esse adstrictum, adeo-
que ab ea, si fundus aquis submersus fuerit, non li-
berari : cum ex contractu obligatus sit, personalis-
que obligatio non rem, sed personam perpetuo se-
quatur. *l. 1. §. si heres. 16. ff. ad SC. Trebellian. l. ult.
in fin. ff. de contrah. empt. & §. 1. infr. de action.* Nam 388
personalis obligatio personam quidem perpetuo co-
mitatur, si simpliciter sit contracta: secus autem est,
si ex natura contractus constet, contrahentes eo us-
que tantum obligatos esse voluisse, quamdiu res,
cujus ratione obligantur, in rerum natura manserit.
Contrahentes enim secundum naturam contractus 389
contrahere voluisse censentur. *l. quæro. 54. §. 1. ff. lo-
cati. l. si stipulatus. 4. ff. de usur. Alciat. in tract. de
præsumpt. reg. 3 præsumpt. 32. num. 1. latè Menoch. de
præsumpt. lib. 3. præsumpt. 38.* Contractus autem em-
phyteutici eam esse naturam & conditionem, ut re
extincta pensio non amplius sit præstanda, liquet *ex
d. l. 1. C. de jure emphyteut.* Idcoque contrahentes
huic naturæ & conditioni se conformasse, & hoc
voluisse creduntur, ut quovis modo re emphyteuti-
ca perempta, personalis quoque obligatio præstandi
canonis cessare debeat. Firma igitur subsistit con-
clusio : quod emphyteuta propter inundationem,
qua ager emphyteuticus submergitur, à canonis so-
lutione liberetur per id temporis spacium, quo in-
undatio duravit.

Enimverò conclusio isthæc non procedit, si in- 390
undatio, quæ supervenit, non erat insueta, sed solita
contingere. Tunc etenim emphyteuta non excu-
satur, *ut docet Bald. in d. l. licet. 8. in 2. quæst. C. de
locato & cond. per d. l. ex conducto. 15. §. si vis. 2. ibi, si
verò nihil extra consuetudinem acciderit, damnum co-
loni esse. ff. locati conducti, & arg. l. qui bona. 13. §. de
illo. 6. ff. de damno infect. Idem tenet Igneus in repetit.
l. contractus. 23. num. 10. ff. de reg. jur* Similiter non 391
locum habet præfata conclusio, si emphyteuta o-
mnium casuum periculum in se suscepit : aut culpa,
negligentia, vel incuria sua causam inundationi de-
dit ; fructusve, qui postea inundatione perierunt,
justo tempore non collegit. His siquidem casibus à
præstatione canonis minimè illum excusari, proba-
bilius est, *arg. l. item quæritur. 13. §. 1. ff. locati. l. quod
te. 5. ff. de reb. cred. si cert. pet. & l. cum res legata. 47.
§. fin. ff. de legat. 1. Igneus loco proximè notato : quem
refert & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jur.
emphyteut. cap. 15. limitat. 19. n. 3. & 4.*

Cæterum emphyteuta non solum annuam pensi- 392
onem præstare domino cogitur, *ut hactenus proba-
tum :* sed & publicis præstationibus, fundi emphy- 393
teutici nomine, fungitur. *l. 2. C. de jur. emphyt.* Pu-

blicæ autem illæ præstationes seu functiones sunt publicæ pensitationes, id est, ea, quæ fisco aut Reipublicæ quotannis præstantur: qualia sunt vectigalia, collectæ, tributa, publicæ viæ refectiones, collationes in refectiones aggerum, & similia. Hæc munera quia prædiorum possessores onerant. *leg. Imperatores. 7. ff. de publican. & vectigal.* idcirco & emphyteuta, qui fundi possessor est, ea præstare compellitur, *l. secundum. 7. §. 1. ff. qui satisd. cogant. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civil. cap. 14 pag. 452. num. 30. Iohan. Franc. Purpuratus consil. 50. num. 7. consil. 332. num. 2. & consil. 356. num. 4. item Alvar. Vala c. in tract. de jur. emphyteut. quæst. 17.* ubi conclusionem istam, quod emphyteuta tributa, & omnia onera realia, quæ præstantur à re, vel occasione rei, solvere teneatur, multis extensionibus & limitationibus egregiè atque copiosè declarat. Ea de re videantur Bachovius *in suu not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 10. lit. B. pag. 1131. & ibi* Hunnius *quæst. 39. pag. 1790.* D. Bocer. *in tract. de jure collectar. cap. 10 num. 5. & seqq.* Stephanus Gratianus *disceptation. forens. cap. 294 num. 30.* Reguer. Sixtin. *in tract. de regalib. cap. 14. num. 84.* Georg. Mundius, *Gener mihi charissimus, in Disput de Collectis. thes. 71.* Eggebrecht. *in Synopsi juris emphyteutici, conclus. 196. & 5. sequentib.* Eamque rem paulo explicatius tractavi *in addit. ad Iul Clar. §. emphyteusis. quæst. 46.*

394 Adhæc apochas (quæ alias Quietationes sive Quitantiæ, vulgò Quittungen / Quittantzen appellitantur: Wehner. *in tract. observat. lit. Q. in verbo,* Quittantz / *&c.*) emphyteuta prædictarum functionum domino exhibere tenetur. Est verò apocha instrumentum pecuniæ solutæ, à creditore debitori solventi porrectum. *l. qui tabulas. 27. §. penult. & ult. ff. de furt. l. plures. 19. C. de fide instrumentor. l. 3. & tot. tit. C. de apochis publicis, &c.* Et emphyteuta, cum præstationes illas publicas præstitit, apocham à quæstore, cui solvit, exigere in gratiam domini necesse habet. *d. lib. 2. C. de jur.*

395 *emphyteut.* Usus porrò hujus apochæ hic est: ut & dominus, reverso ad eum fundo emphyteutico, de publicis illis pensitationibus præstitis omnino tutus sit: quippe cum possessores etiam præteriti temporis isthæc præstare munera teneantur, *d. l. Imperatores. 7. ff. de publicanis, & vectigalibus. Donell. d. lib. 9. cap. 14. pag. 452. num. 40. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 70. sub lit. c. edit. 2. & d. tract. de jure collectar. cap. 10. num. 9. cum seqq. pag. 131. & seq.*

396 Dictum est hactenus, quomodo emphyteusis constituatur, & quid juris emphyteutæ in fundo emphyteuticario competat, nec non quid suo ambitu totum jus istud constitutum complectatur: reliquum est, ut de modis, quibus ritè constituta finiatur emphyteusis, tractatio instituatur. Finitur verò & extinguitur variis modis. Et primò quidem exploratum est: emphyteusin ad certum & præfinitum tempus, puta ad decem, viginti, triginta, quadraginta, vel centum annos concessam, eo elapso, ad dominum concedentem reverti. Siquidem con- 397
cessum ad tempus, post illud tempus censetur prohibitum, *arg. l. statuliberum. 11. §. 1. ff. de legat. 2. l. pater filium. 38. §. fundum. 3. ff. de legat. 3. l. 1 in fin. juncta l. ult. ff. si ager vectigal. &c. Iul. Clar. lib. 4. sent. §. emphyteusis, quæst. 42. num. 1. vers. secundo modo, &c. Valent. Forster. lib. 3. de successionib. c. 20. numer. 3. & 4. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. c. 11. ubi plures citat.* Idem est, & si nominatim convenerit, ut ad certum tempus vectigali sive canone non soluto, emphyteuticus fundus ad dominum rediret: & lege commissa, dominus sua lege utatur, & fundum vindicet, *l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypoth.* Quibus casibus hoc quoque eveniret, ut si emphyteuta prius fundum dederit pignori, tum etiam jus pignoris evanescat, *d. l. lex vectigali. 31 ff. eod. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 15. pag 454. n. 40.*

Deinde & hoc expeditum est: emphyteusin ad certā generationem datam finiri, extincta ipsa generatione. *Clarus d. quæst. 42. num. 1. vers. tertio modo, &c. & quæst. 28. num. 2. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. num. 16. Bocer. d. class. 2. Disput. 14. thes. 74. lit. a.* 398 Quamvis alias emphyteusis simpliciter & purè concessa, ad omnem generationem, omnesque heredes non modò masculos, sed & fœminas transeat, *arg. Novell. 7. c. 3. in princip. ibi, masculis aut fœminis, &c.* Quo facit illud vulgatum juris theorema: quod pater inter liberos æqualitatem servare, & in dubio tam filiabus, quam filiis acquirere velle præsumatur, *arg. l. quæsitum. 12. §. idem respondit. 43. versic. sed & ipse Papinianus. ff. de instruct. & instrum. legat. l. illud. 20. §. ad hæc. C. de collationib. Borcholt. d. c. 3. num. 14. Clarus d. §. emphyteusis. quæst. 32. & D. Obrecht. disput. 36. th. 87. & seqq.* 399 400

At vehementer controvertitur: an emphyteusis Sempronio, & ejus filiis data, filiabus quoque concessa intelligatur, vel potius ad filios duntaxat pertineat: ut, his mortuis ad dominum, filiabus exclusis, redeat? Et hoc quidem casu filias sive fœminas censeri exclusas, crebrioribus Doctorum votis recepta opinatio est. Hanc enim tenent *Iason in leg. 2. num. 193. C. de jur. emphyt. Alexand. consil. 61. per tot. & consil. 80. in fin. vol. 1. & consil. 87. num. 9. vol. 6. Guido de Suzar. in l. veteribus. 39. ff. de pact. Gozad. consil. 20. num. 1. 2. & 10. Hubert. Zuccard. in l. fin. num. 73. C. de edict. divi Adriani toll. Ruin. cons. 35. num. 1. & 13. vol. 1. Reland. à Valle consil. 93. num. 17. lib. 2. Bursatus consil. 80. numer. 7. Benintendus decis. Bononiens. 52. Hippol. Riminald. consil. 153. num. 3. lib. 2. Corbulus d. tractat. de jur. emphyteut. c. 12. num. 3. & seqq. aliique plurimi, per eum relati.* Sed tamen contrarium verius esse, testantur *Salicetus in d. lib. 2. quæst. 17. C. de jur. emphy-* 401

phyteut. Covarr. lib. 2. variar. resol. c. 18. num. 1. Clarus d. §. emphyteosis. qu. 31. num. 2. in fine. Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 76. edit. 2. Fachineus. lib. 8. controvers. jur. c. 97. & alii, quos hic allegat. Horumque sententia hoc potissimum fundamento nititur: quod regulariter masculinum concipit etiam fœminum, sive filii appellatione etiam filia comprehenditur. *l. si quis ita. 16. in princ. ff. de testament. tutel. l. si ita sit scriptum. 45. in princ. ff. de legat. 2. l. 4. ibique Alciat. l. filii. 84. ubi Gœdd. & l. pronunciatio. 195. in princ. ff. de verb. signif.* non solum in testamentis, sed & in contractibus, *argum. l. qua de legato. 46. ff. de legat. 1. l. pactum inter heredem. 46. ff. de pact. Molin. in consuet. Paris. tit. 1. §. 12. n. 4.*

402

403 Non refragatur huic decisioni, quod in contractibus stricti juris, cujus est emphyteuticus, verba propriè & strictè accipiuntur, *l. quicquid astringende. 99. ubi. Dd. ff. de verb. obligat.* filiorum autem appellatione propriè filiæ non continentur, sed per extensionem, *ut arguit textus in l. cum in adoptivis. 10. §. qua in filio C. de adoptionib. d. l. pronunciatio. 195. in princ. ibi, porrigitur & l. justa. 101 ff. de verb. signific.* Verius namque est, quod masculinum ex proprietate sermonis concipiat fœmininum: atque adeo filiorum appellatione fœminæ quoque seu filiæ continenantur. *l. 1. ibi, complectitur (quod verbum proprietatem denotat) ff. de verb significat. & legibus similibus, supra adductis.* Deinde emphyteusin esse contractum bonæ fidei, non vero stricti juris, ex ejus definitione, *supra num. 4. & 49 explicata*, abunde constat. Præterea negatur; verba in contractibus ita propriè & strictè accipienda esse, ut interpretatio justa, & contrahentium menti conformis excludatur: quandoquidem mens contrahentium magis spectanda est, quam verba, *l. in conventionibus 219. ff. de verb. signif. l. semper in stipulationib. 34. ff. de reg. jur.*

404

405

406 Sic quoque non obstat, quod in stipulationibus & pactis verba ambigua aut dubia interpretanda sint contra stipulatorem, qui poterat legem contractus apertius dicere, *dict. l. veteribus. 39. ff. de pact. l stipulatio ista. 38. §. in stipulationibus. 18. & d. l. quicquid. 99. ff. de verb. oblig.* Nam nostro in casu verba non sunt dubia vel ambigua: quia lex illa interpretatur, ut tam masculos, quam fœminas comprehendant, *d. l. pronunciatio. 195. & d. l. justa. 201. ff. de verb. signif. cum similib.* Sed & cum regula sit: masculinum concipere fœmininum; non dicitur res obscura, nec ambigua, sed clara & certa pro eo, qui fundatur in regula, *ut notat Bart. in l. quotiens. 13. ff. si quis cautionib. &c. & l. 2. col. 2. ff. si quis in jus vocat. non ier. Bald. in l. omnes populi. 9. col. 10. ff. de just. & jur. Petr. de Anchor. in repet. rubr. de reg. jur. in 6. col. 2. Molineus d. tit. 1. §. 12. num. 5. ubi id uberius explanat.*

407 Priori similis hæc controversia est: nunquid emphyteusis mihi, & meis filiis concessa, etiam nepotibus meis tributa censeatur? Et sane non desunt, qui existimant, emphyteusin isto modo mihi concessam, ad nepotes meos non devolvi, sed morte mea, meorumque filiorum penitus extingui. *Salicet. in l. 2. num. 9. & Iason n. 191. C. de jur. emphyteut. & D. Collega Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 77.* Verum contrariam ego sententiam benigniorem esse atque probabiliorem arbitror. *per l. justa. 201. & l. liberorum. 120. §. 1. & §. ult. ff. de verbor. signif.* ubi expressè dicitur, filii appellatione etiam nepotem comprehendi. Idque obtinet non in favorabilibus tantum, sed & in odiosis. *l filius 14. ff. ad SC. Macedon. l. Senatusconsulto. 59. ff de rit. nupt.* etiamsi in contractu verbis disertis dictum sit, ut Titus, & qui ex corpore ejus descendunt, succedant; *per ea, quæ eleganter tradit Baldus in l 1. post princip. C. de conditionib. insert.* ubi ita scribit: *Filiorum appellatione nepotes continentur, licet mentio fuerit facta de filiis, ex suo corpore natis. Nam verificatur in nepotibus: quia in eo est sanguinis continuatio, & unum idemque dicitur, quicquid per rerum naturam continuative procedit.* Baldum referunt & sequuntur *Iohannes Cephalus consil. 262. num. 7. ad fin. & Decian cons. 9. n. 8. & 9 vol. 2.* 408

409

Nec obsistit *Novell. 7. c. 3. in princ.* ubi cum & filiorum & nepotum fiat mentio: videtur dicendum, appellatione filiorum nepotes non contineri. Alias siquidem frustra Imperator expressisset nepotes: cum filiorum appellatione venirent. Hoc, *inquam*, non obsistit. Quia ob id solum nepotum mentio ibi expressa est: ut hæc verba *(in duobus ejusdem personæ heredibus)* explicarentur: adeoque indicaretur, de duabus generationibus, quarum prima sit filiorum, altera nepotum, actum fuisse. 410

Pariter non obstat *§. si quis filiabus. 5. vers. ceterum si filios. supr. qui testam. tuter. dari poss & l. quid si nepotes. 6. ff. de testament. tutel.* ubi filiorum appellatione nepotes non continentur. Nam *(secundum Alciatum lib. 3. paradoxor. c. 14.)* distinguendum est inter dispositionem legis, & hominis. Si de legis dispositione loquimur: regulariter filii vox ad nepotes producitur, non in favorabilibus duntaxat, sed etiam in odiosis, *ut ante probatum*. nisi diversa ratio dissimile & diversum jus inducat. Tunc enim filii nomen in nepotem non cadit, *l. sed & milites. 8. in princ. ff. de excusationibus.* Ast in hominis dispositione *(ut est tutela datio)* dictionem filiorum ad nepotes non extendi, receptius est, *d. §. si quis filiab. supr. qui testam. tut. dari poss. & d. l. quid si nepotes. 6. ff. de testam. tutel.* nisi ex conjecturis colligatur, contrahentem etiam de nepote sensisse: ut cum alioquin extranei suis præponerentur. *l. Lucius. 85. ff. de heredib. instituend.* vel usus & consuetudo testatoris hoc suaderet, vel alias actus effectum non sortiretur, *argum. l. alimenta. 16. §. 1. ff de aliment. vel cibar. legat.*, Item si natura contractus hoc exigat: ut cum vasallus feudum pro se, & filiis accipit: vel emphyteuta *(ut in nostro casu)* emphyteusin pro se, 411

se, & filiis suis accipit: quia natura hujus contractus est, ut in nepotes transmittatur. Et distinctionis
412 sive differentiæ illius ratio ea est: quia facilius legis verba extenduntur, quam hominum: cum hæc non producantur, nisi ex mentis conjectura: at lex legis voluntatem semper exploratam habet. Ideoque rectè Justinianus *in d. §. si quis filiabus, ex Vlpiani responso in d. l. 6. ff. de testament. tutel.* asserit: eum pater tutorem filiis dederit, non censeri nepotibus dedisse: quoniam tutorem dare, hominis actus est. Sed & alia ratione firmari potest hæc decisio: quandoquidem generaliter traditum est; si filiis provideatur propter favorem, nepotibus quoque videri provisum. Cum autem hæc ratio non militet, si filiis tutor testamento relinquitur: nepotibus de tutore prospectum non videtur. Nec enim respectu tutorum ullus est favor: imò onerosa ipsis tutela esse solet: nec etiam multum inde emolumenti nepotibus oritur: cum, cessante testamento, de tutore illis per judicem commodissimè prospici possit, *ut explicuimus in d. §. si quis filiabus. num. 4. s. tit. qui testamento tutores dari poss.* Et de proposita quæstione videndus etiam est, *post alios, ab ipso citatos*, Nicolaus Everhard. à Midelburg. *in locis legalib. loc. à feudo ad emphyteus. num.* 7. item Cardinalis Mantica *in tract. de tac. & ambig. convent. p. 412 & seq.* huncque referens Nicolaus Eggebrecht. *in synopsi jur. emphyt. conclus. 81. & seqq. ubi plures similes quæstiones attingit.*

413 Præterea finitur & amittitur emphyteusis præscriptione: si vel dominus, vel etiam ex justa causa & bona fide tertius quispiam, fundi emphyteutici possessionem adeptus sit, eamque per tempus legitimum, absque ulla contradictione emphyteutæ, teneat, *arg. tit. 26. §. si quis per triginta annos, lib. 2. Feud. Wesenbec. post alios, in paratit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticar. pet. num. 2. vers. finitur porro, &c. Iohan. Franc. Balb. in tract. de praescript. part. 4 partis 4. princ. quæst. 8. num. 4. Bocer. class. 2. disput 14. thes 83. edit. 2.* Huncque conferenda sunt, quæ de præscriptione notata sunt supra *num. 232. & seq.*

414 Quia vero hic præscriptionis meminimus: fortassis non inconvenienter quæri poterit: an emphyteuta, qui longissimo tempore, puta 30. vel 40. annis canonem sive pensionem à pensione solvenda, non solum pro tempore præterito, sed etiam futuro, præscripsisse credatur? Et affirmantem quidem sententiam amplexi sunt *Bartolus in l. comperit 6. C. de praescript. 30. vel. 40. annor. Corn. cons. 141. num. 11. vers. accedat. vol. 3. & alii, quos citat Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 31. num. 1.* Verum contraria decisio firmiori munita est fundamento. Pro ea enim valde facit *l. cum notissimi. 7.*
415 *§. fin. C. de praescript 30. vel 40. annor.* ubi Imp. Justinus dilucidè ostendit; in annuis præstationibus tot esse præscriptiones, quot anni sunt. Proinde si emphyteuta spacio annorum 30. vel 40. pensiones non solvit: præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras: quia nova præscriptio est necessaria futurorum annorum, & quidem in singulos annos. Id quod apertè etiam constat *ex l. eos, qui, 26. in princ. C. de usuris.* Ubi licet constitutum 416
sit, principali actione sublata præscriptione 30. annorum, nullam super usuris quæstionem moveri posse: cum, principali causa non subsistente, nec ea, quæ inde sequuntur, locum habeant, *l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur.* tamen illa lex satis arguit, in annuis præstationibus singulorum annorū præscriptionē requiri, in illis verbis: *Iubemus non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere quæstionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci, &c.* Accedit & hæc ratio: quod de essentia emphyteusis sit præstatio canonis, sive 417
conventio de præstando canone, *de quo supra numer. 104. & seqq.* Si itaque quis emphyteutam se profitetur, & in solutione canonis cessat: immunitatem sive libertatem à præstatione canonis sibi non acquirit. Hujusque sententiæ auctores sunt, *Accursius in d. l. comperit. 6. C. de praescript. 3. vel 40. annor. Iason in l. 2. n. 72. C. de jur. emphyteut. Guido Papa decis. 406. Gail. lib. 2. obs. 73. n. 1. Fachineus lib. 8. controvers. jur. c. 99. Mynsing. cent. 3. obs. 13. Wurmbs. pract. observat. tit. de praescript. cap. 5. Thoming. decis. 17. numer. 26. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 11. lit. D. pag. 1133. & ibidem Hunnius in suis resolut. q. 45. p. 2795. Borcholt. in tract. de usur. c. 4. n. 34. & aliquot seqq. & in tract. de pact. c. 3. n. 23.*

Nec adversatur *l. sicut. 3. & l. omnes. 4. C. de praescript. 30. vel 40. annor.* ubi omnis actio triginta vel 418
40. annorum spacio tollitur. Quia non negamus, annuas præstationes præscriptione 30. vel 40. annorum extingui: sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, præscriptionem contemplamur & requirimus, ex præscripto ac mandato dictæ *l. cum notissimi. 7. §. ult. C. d. tit.* non autem totius temporis futuri, ex unius anni vel alterius pensionis præscriptione, jus metimur. *Reliqua, quæ in contrarium moveri solent, refellit Fachineus loco praellegato.* Huc etiam pertinere videntur, quæ notavit D. Bronchorst. *cent. 1. Miscell. controvers. assert. 44.*

Adhæc totius fundi emphyteutici interitu resolvi emphyteusin, nullum est dubium. *l. 1. vers. siquidem tanta emerserit. Cod. de jure emphyteut. & hoc §. 419
nostro, vers. sin autem nihil, &c.* Et huc confert, quod & ususfructus (cui emphyteusis similis est, *ut arguit textus in l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum conduxerunt ff. si ager vectigal. id est, emphyteuticar. pet & præsens, quem explicamus, § ibi, quæ fruenda traduntur, &c.*) finitur, si ager vel hortus fructuarius mari aut flumine inundatus sit. *l. si ager. 23. & l. seq ff quib. mod. ususfruct. vel usus amitt.*

420 Eadem quoque amittitur emphyteusis, si emphyteuta dolo, culpa lata, aut levi, rem emphyteuticam insigniter deteriorem fecerit, *Novell. 120. cap. 8. & Auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* Qui textus licet de Ecclesiastica emphyteusi loquantur: rectè tamen etiam ad secularem sive civilem, cum in utraque eadem ratio locum habeat, porriguntur. Nam in utraque emphyteusi ita res emphyteutæ datur, ut eam excolat, & meliorem faciat: in utraque (*inquam*) res utenda, non abutenda; melioranda, non deterioranda datur. Et sane si colonus, contra legem
421 contractus faciens, jure expelli potest, *l. ade. 3. C. de locato.* poterit & emphyteuta hac de causa: quia in contractu emphyteutico non minus, ac in contractu locati, firma & rata ea esse debent, de quibus convenit. *l. 1. C. de jur. emphyteut. Iasen. in l. 2. num. 98. C. eod. Iul. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis. q. 26. Roland. à Valle conf. 49. numer. 21. vol. 2. Mynsinger. cent. 6. obs. 86. Hartman. Pistoris lib. 1. quæstion. jur. q. 28. Menoch. de arbitrar. jud. lib. 2. cas. 78. num. 3. D. Obrecht. Disp. 36. de jure emphyteut. thes. 285. & multis seqq. D. Halbritter. Disp. de jur. emphyt. de anno 1602. th. 48. ad lit. b. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 84 edit. 2. Cerbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 13. n. 4. & 24. ubi plures recitat.* Idem de feudo respondit *Ludolphus Schraderus in tract. feud. part. 9. c. 6. n. 59. & seqq. per textum in c. 1. §. quicunque advocatiam. & ibid. Baldus, Alvarott. Præposit. & Matth. de Afflict. de pac. tenend. & ejus violat. tit. 27. lib. 2. feud. ubi ille infinitas ferè auctoritates ad id probandum congessit.*

422 Sed utrum emphyteuta præter dolum, culpam latam & levem, levissimam quoque præstet, non omnino expeditum est? Et (*haud obstante contraria opinione Cagnoli & Decii in d. auth. qui rem. C. de SS. Eccles.*) verius est; emphyteutam, ob culpam levissimam in re deterioranda commissam, privationis pœnam subire non debere: quoniam is ex natura contractus emphyteutici, propter latam & levem duntaxat, non autem levissimam culpam, tenetur, *l. si, ut certo. 5. § nunc videndum ff commodat. l. contractus 23. ff. de reg. jur. ibique Anton. Delrio cap. 11. Bald. in d. auth. qui rem. n. 2. C. de SS. Eccles. & Iasen d. l. 2. n. 98. in fin. C. de jur. emphyt. Ludov. Molin. d. disput. 457. num. 2. Mynsinger. respons. 28. numer. 29. Decad. 3. Camill. Borell. in summa decis. tit. 33. de emphyteusi n. 2 & 4. bosque laudans Eggebrecht. d. synopsi juris emphyt. conclus. 219.*

423 Nec hoc pronunciatum imminuit, quod textus *in d. Novell. 120. c. 8. & d. auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* generaliter & indistinctè statuunt, emphyteutam deteriorem facientem rem emphyteuticam, jus suum amittere: adeoque omnem culpam etiam levissimam, pœnæ privationis obnoxiam esse, *l. de pretio. 8. ff. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter. ff.*
424 *de legat. præstand.* Nam notissima juris regula est: omnem dispositionem accipiendam esse secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, *arg. l. ex conducto. 15. §. si uno. 4. vers. & si verbo. ff. locati. l. sed si possessori. 11. §. item. si juravere. ff. de jurejur. l. damni infecti 43. in princ. vers. & quod in stipulatione. ibique Angel. ff. de dam. infect. l. fin. C. de usur. pupill. Alexand. conf. 26. n. 6. lib. 3. Nevizan. cens. 92. num. 12. & seqq. Nicol. Everhard. in locis legalib. loc. à subjecta materia. n. 1.* Quare cum *in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. & d. Novell. 120. cap. 8.* de emphyteuta, ob deteriorationem jure suo privando, agatur: is autem de lata saltem, levique culpa, non vero de levissima teneatur. *d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. ff. commodat. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* subjecta materia suadet, decisionem *dictæ Nov. 120. c. 8. & d. auth. qui rem. inde desumpta,* de lata levique, non autem levissima culpa, intelligendam esse.

Illud quoque dubitatione non caret: si emphyteuta in contractu emphyteutico disertis verbis promisit, se rem emphyteuticam non deteriorem facturum, utrum hoc casu ob quamvis, non solum insignem & magnam, verum etiam propter levem & modicam deteriorationem, privationis pœna plectendus sit? Quod asserit *Natta consil. 481. numer. 14. & seqq. quem citat & sequitur Corbulus d. tract. de jur. emphyt. c. 13. n. 9. argumento l. si quando. 109. in princ. ff. de legat. & c. si papa. 10. ibi, cum verba aliquid operari debeant, de privileg. in 6.* Quibus ex locis hæc colligitur doctrina: in quavis dispositione verba sic accipienda esse, ne otiosa sint, sed ut aliquid operentur. Jam verò si in proposita specie emphyteuta, propter levem deteriorationem, privationis pœnam pati non deberet: pactum illud de re non deterioranda frustra interpositum censeretur, *contra d. l. si quando 109. ff. de legat. 1. & d. c. si papa. 10. de privileg. in 6.* Sed, objectione isthac nihil movente, probabilius esse judico: quod emphyteuta, cum quo talis inita est pactio, ob levem deteriorationem jure suo non cadat. Omnia enim pacta, & verba pactorum secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, qua de tractatur, intelligi debent, *c. solitæ. 6. & ibi Canonistæ. ext. de majoritate & obedient. d. l. ex conducto. 15. §. si uno. & l. quare. 54. §. 1. ff. locati. l. si olei. 21. C. de locato. l. damni. 43. ff. de dam. infect. & jurib. similibus superius num. 424. allegatis.* Atqui contractus emphyteutici natura & conditio hæc est: ut levissimam emphyteuta culpam præstare non cogatur, *ut paulò ante probatum*: & consequenter quod ob levissimam culpam & deteriorationem modicam non puniatur. Quocirca pactum illud, de re non deterioranda adjectum, in hanc sententiam accipi non debet, quod emphyteuta levissimam culpam in re deterioranda præstare teneatur.

425 (margin) 426 (margin) 427 (margin)

Nec quicquam negocii facessit, quod modo de operatione verborum seu pactorum adductum est. 428 Etenim potius admittitur, ut & verba & pacta sint supervacua, & sine effectu operandi, quam ut aliquid operentur contra subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, *per notata Bald. in rubr.*

concessa, ut finito tempote emphyteuta renovatio-
nem emphyteuseos petat. His enim casibus quia
jure civili nihil est dispositum aut cautum, non ma-
lè jus feudorum sequimur: ut hanc sententiam com-
munem dicit Socinus *consil.* 167. *num.* 42. *lib.* 2. &
probat Iason *in l.* 1. *num.* 60. *C. de jur. emphyt.* hos-
que referens Dn. Obrecht. *in eleganti disp.* 36. *de jur.
emphyt. th.*321. *& seqq.*

447 Indubitata sanè conclusio est: emphyteutam, qui
irrequisito domino, & sine denunciatione præfata,
rem vectigalem sive emphyteuticam alienavit, jure
suo cadere, *sapè allegata l. ult. C. de jur. emphyt. ibique
Bartol. Bald. Salicet. Iason, Sichardus, & Dd. commu-
niter. D. Besold. in delibat. jur. ex lib 6. Pand. tit.* 3. *n.*
8. *pag.*504. *& seqq.* Quæ conclusio ampliatur, ut
procedat, etiamsi juris ignorantia lapsus emphyteu-
ta prædium emphyteuticum, non consentiente do-
mino, alienaverit. Siquidem à pœna privationis
propter juris ignorantiam minimè excusatur, *argu-
mento l. leges sacratissima.* 9. *C. de legib. & l. constitu-
tiones.* 12. *C. de juris & facti ignorant.* Imò ne rusti-
448 co quidem, mulieri & militi jura contractus igno-
rare licet, *arg. l. ult. C. eod. tit.* ac proinde ob aliena-
tionem, irrequisito domino factam, à jure suo ca-
dunt, *ut tradidit Baldus in c.* 1. *quæst. penult. de con-
trovers. inter domin. & emptor. feudi. titul.* 42. *lib.* 2.
feudor. Iason in d. l. ult. num. 178. *& seq. C. de jure
emphyteut. Tiraquell. de retract. convent.* §. 4. *gloss.* 7.
*num.*17. *Guilielm. Rodoan. in tract. de rebus eccles non
alienand. de caducitate ob rei alienationem. vers. em-
phyteuta quoque. num.* 12. *& Corbulus in tract. de jur.
449 emphyteut. cap:*14. *ampliat.* 46. At quid dicendum, si
emphyteuta post alienationem & traditionem illi-
citè factam recuperaverit rem emphyteuticam:
nunquid hoc casu pœnam privationis evitabit? Ne-
quaquam: quia statim alienatione facta, jus domino
fuit quæsitum, quod ipse absque suo facto & consen-
su auferri, aut per redemptionem rei venditæ tolli
nequit. *l.* 1. §. *si rem.* 25. *ff. depositi. l. quidam.* 10. *in
fine principii, & l. rogo.* 21. *ff. de fideicommissar. liber
tat. l. id, quod nostrum.* 11. *ff. de reg. jur. c.* 1. *quid juris.
si post alienationem feudi vasallus id recuperaverit. tit.*
44. *lib.* 2. *feudor. Bartol. in l. sequitur.* 4 §. *item La-
beo.* 10. *ff. de usurp. & usucap. idem Bartol. & Paul. de
Castr. in d. l.* 1. §. *si rem. ff. deposit. rursus idem Bartol.
post Guilielmum de Cun. in l. si quis libellos.* 28. *in fine.
C. de appellationib. Socin. Iun. consil.* 20. *num.* 38. *vol.*
1. *Soarez. in thesaur. recept. sent. in verb. emphyteu-
sis. num.* 78. *Guido Papa cons.* 192. *num.* 1. *Clarus lib.*
4. *sent.* §. *emphyteosis. quæst.* 15. *num.* 6. *aliique per
eum adducti.*

Magna inter Doctores de hac quæstione disputa-
450 tio est: An emphyteuta, si fundum emphyteuticum,
absque consensu domini alienatum, in continenti
recuperet, effugiat pœnam caducitatis sive priva-
tionis? Et in affirmatam, tanquam æquiorem, sen-
tentiam plerique concedunt, *Salicet. num.* 20. *&
Iason num.* 136. *in l. ult. C. de jur. emphyteut. Iacob. de
Nigris in repetit. l. si insulam.* 48. *n* 299. *&* 304. *ff. de
verb. obligat. Ambros. de Opizonib. in repetit. l. filius
familias.* 114. §. *divi* 11. *num.* 116. *ff de legat.* 1. *Ro-
man. in d. l. sequitur.* 4. §. *item Labeo.* 10. *ff. de usurpat. &
usucap. Anton. de Butr. in c. potuit.* 4. *n.* 10. *extr. de loca-
to, & in consil.* 34. *sub n.* 2. *vers. de æquitate tamen,
&c. & Guilielm. Rodoan. in tractat. de rebus eccles.
non alienand. pag.* 521. *num.* 48. Sed conclusio ne-
gata (quam amplectuntur *Alberic. de Rosat. colum.* 3.
& Sichard. num. 2. *in d. l. ult. C. de jur. emphyteut.
Imola in d. c. potuit. num.* 48. *ext. de locat. Alexand.
in l. si à me.* 19. *num.* 4. *ff. ad leg. Falcid. & post alios,
quos citat, Corbulus in tractat. de jure emphyteut. cap.*
14. *amplicat.* 29. *sub num* 2. *vers. cæterum etsi supra-
dicta declaratio, &c.*) verisimilior esse videtur. Ea- 451
que confirmatur argumento textus *in d. tit.* 44. *lib.*
2. *feudor.* ubi dicitur; vasallum, qui illicitè feudum
alienavit, licet postea recuperaverit, privationis
pœnam non evitare. Et quamvis vocabulum (*postea*) 452
in isto textu positum, à quibusdam de longo tempo-
ris intervallo accipiatur: natura tamen illius dictio-
nis ostendit, ea quoque, quæ in continenti sequun-
tur, postea facta dici. *l. quotiens.* 9. §. *si quis ita scri-
pserit.* 14. *ubi Bartol. ff. de heredib. instituend.* Deinde
emphyteuta per alienationem prædii emphyteutici
ipso jure caducitatem incurrit, & jus suum amittit,
idque domino applicatur. *d. l. ult. ibique Elbertus
Leoninus. num.* 1. *C. de jur. emphyteut.* Quod qui- 453
dem jus domino acquisitum, ei invito & dissentien-
ti adimi haud potest. *l. fin. ff. de pact. dict. l. id, quod
nostrum.* 11. *ff. de reg. jur.* Adimeretur autem domino
invito jus suum semel acquisitum, si emphyteuta,
qui privationis pœnã, propter alienationẽ illegiti-
mè factam, incurrit, per revocationem venditionis
pœnam istam declinare & evadere posset. Quare
omnino statuendum est: emphyteutam, qui non
consentiente domino, prædium emphyteuticum a-
lienavit, pœna privationis non eximi, etiamsi pro-
tinus alienationem factam retractaverit.

Hanc conclusionem non infringit textus *in d. c.* 454
potuit. 4. *extr. de locato.* ubi expressum est, quod em-
phyteuta jus sibi competens alienando, vel in solu-
tione canonis cessãdo, expelli possit, nisi celeri satis-
factione sibi consulat. *Nam* certum planumque est,
celerem satisfactionem, de qua ibidem agitur, non
posse, neque debere ad prædii emphyteutici redem-
ptionem referri. Satisfacere siquidem domino di-
citur emphyteuta, quando canonem annuum exol-
vit: non autem, cum prædium, domino inscio & in-
consulto venditum, redimit & recuperat, *argumen-
to l.* 1. *ff. qui satisdare cogantur, &c.*

Eandem decisionem non enervat *c. si quis presby-* 455
terorum. 6. *extr. de rebus eccles. alienand. vel non.* ubi
Prælatus, in continenti recuperans prædium Eccle-
siæ contra leges alienatum, excommunicationis pœ-
nam evitat. *Etenim* ex eo evinci non difficulter
potest, excommunicationis pœnam non in illum,
qui vendit tantum, vel consentit venditioni sive
alie-

alienationi rei ecclesiasticæ, simpliciter constitutam esse: sed requiri, ut in venditione seu alienatione illegitimè celebrata simul perseveret. At verò adversus emphyteutam, absque domini consensu jus suum vendentem, privationis pœna simpliciter constituta est; neque simul exigitur, ut aliquo temporis intervallo in illa venditione perseveret. *d. leg. ult. C. de jure emphyteut.* Atque hæc interpretatio ex verbis dicti cap. satis luculenter probatur. Ait namque ibi Symmachus Papa: alienatorem anathemate feriendum, si celeri restitutione sibi non prospexerit. Quibus ex verbis colligitur: non simpliciter prælatum propter alienationem excommunicari: sed accedente demum perseverantia huic pœnæ subjici. Posset fortassis & hoc, *in d. c. si quis presbyterorum*, alienatorem, si rem illegitimè venditam mox revocet, facilius à pœna excommunicationis liberari: quod ex alienatione isthac, contra leges facta, nullum jus Ecclesiæ, cujus ad præjudicium alienatio tendit, quæsitum fuerit. Quod nostro in casu secus est. Quandoquidem per alienationem, domino non requisito, factam, hoc ei jus acquiritur, ut emphyteutam statim expellere possit, *crebrò citata l. ult. Cod. de jur. emphyteut.* Quod certè jus ipsi invito & reluctanti per alterum auferri non potest, neque debet, *d. l. fin. ff. de pact. & d. l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.*

456 Nostram quoque opinionem non hebetat, *l. divortium. 3. ff. de divortiis & repud.* ubi mulier, quæ diverrit à marito, non dicitur divertisse; si mox ad suum maritum reversa est. *Nec enim* in specie illi-

457 us legis per celerem reditum ad maritum revocatur divortium: sed porius nullum fuisse declaratur. *Divortium quippe* (ut Paulus ibi loquitur) *non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quicquid in calore iracundiæ, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur.* Ex quibus Jurceconsulti verbis liquidò constat: divortium, ante perseverantiam declaratam, nullum esse. Ast in venditione rei emphyteu-

458 ticæ secus est: quoniam venditio solo consensu initur, & traditione completur, neque ad venditionem declarandam perseverantia ulla desideratur, *l. 1. in fine. ff. de contrah. empt. l. 2. in princ. ff. de obligat. & act. tot. tit. supr. de obligationib. ex consens. l. si traditio. 4. C. de actionibus empti.* Quocirca emphyteuta eo ipso, quod sine consensu domini vendit, pœnæ privationis fit obnoxius: cum nihil aliud ad hanc pœnam ei imponendam exigatur, quam ut res emphyteutica, domino non consentiente, ab eo vendatur.

459 Denique nostro pronunciato nihil decerpit *l. si in lege. 24. §. colonus. 4. vers. quod si paucis. ff. loc.* ubi intra paucos dies mora à locatore purgari potest. *Nam* illic propter paucorum dierum prohibitionem, à locatore factam, nullum jus agendi conductori acquiritur: cum is, propter prohibitionem exigui temporis à locatore interpositam, nullum prætendere possit incommodum. Actio autem non datur, nisi nostra in- 460
terest, *arg. principii & §. 1. infr. tit. de action.* Cæterum non interest conductoris, cui paucis tantum diebus utendi facultas per locatorem inhibita est. Atque hinc fit, ut conductor ob paucorum dierum inhibitionem, mercedem locatori diminuere non valeat. Sed in proposito themate statim ex eo tempore, quo venditio prædii emphyteutici, domino contradicente vel irrequisito, interposita est, hoc jus ipsi acquiritur, ut utile consequatur dominium, idque ab emphyteuta avocare possit. Cum igitur species *dicta l. si in lege.* à nostra quæstione sit diversissima: nulla ex ea firma illatio duci potest *l. Papinianus. 10 ff. de minorib. l. eum actum. 17. ff. de negoc. gest. l. qui fundum. 7. §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro emptore. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. vers. sed hac dissimilia sunt. ff. de verb. obligat. D. Collega Halbritter. in tract. suo, de jure emphyteut. cap. ult.*

Prædicta porrò conclusio, qua diximus, emphyteutam alienando fundum emphyteuticum, domino irrequisiro, jus suum amittere, limitanda & temperanda est, ut non obtineat, si vendere tantum promisir. Aliud siquidem est vendere: & aliud, promittere venditionem, *argum. l. quod si nolit. 31. §. illud. 18. ff. de ædilic. edict. l. non omnes. 5. §. ult. ff. de re militari, Iason in l. fin. num. 134. Codic. de jur. emphyt. Alexand. consil. 173. viso themate. col. 2. vers. secundo respondeo. vol. 2. Roland. à Valle. consil. 69. n. 15. vol. 3. Ioan. Maria de Riminald. consil. 340. num. 19. vol. 3. Tiraquell. de retract. convent. §. 5. ad fin. tit. gloss. 2. num. 45. & Corbulus in tractat. de jur. emphyteus. c. 14. limitat. 8.* Quinimò, etiamsi emphyteuta inscio domino prædium emphyteuticum vendiderit: non tamen ad traditionem realem processerit, jure eum suo non privari crebrius placuit, *argumento textus in c. Imperialem. §. callidis, ibi, feudum vendunt, & in alios transferunt, deprohibit. feud. alienat. per Frid. tit. 55. lib. 2. feudor. Alberic. de Rosat. Salicet. & Iason. num. 132. & novissimè Elbertus Leoninus num. 2. in d. l. fin. C. de jure emphyteut. Ruin. consil. 163. lib. 1. Ioan. Maria de Riminald. consil. 217. lib. 2. Alexand. d. consil. 173. libr. 2. Molineus in consuetud. Parisiens. §. 13. gloss. 5. n. 2. & 3.* Ratio est: quia non dicitur alienatum, quod venditum quidem, sed non translatum est: cum verbum (*vendere*) cum effectu sit intelligendum, *argum. l. 1. §. hac autem verba. ff. quod quisque juris in alter. statuerit, l penult. §. 2. in fin. ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi exim. l. alienatum. 67. ff. de verbor. signif. c. relatum. 4. ibi, cum igitur verba accipienda sint cum effectu. extr. de clericis non residentib.* 461 462 463 464

Hinc mirificè ambigunt & rixantur Doctores: 465
An emphyteuta, qui domino non consentiente prædium emphyteuticum vendidit, apposito in contractu venditionis pacto, quod nomine emptoris possi-

permutatione consequi intendit, ob vicinitatem fortè, vel commoditatem, alias non permutaturus, si non posset illam rem assequi. Non igitur citra injuriam emphyteutæ, aliam rem offerendo, permutationem hanc dominus impedire conabitur. Et sanè dominus vix idem præstare potest, quod offert is, cum quo permutatio instituitur. Aut enim non habet easdem res, aut non eodem loco sitas, aut non tam commodas emphyteutæ, quam alter habet. *Dn. Obrecht. d. disput. 36. thes. 191.*

359 Nec adversatur *l. sciendum. 19. §. deinde. 5. ff. de ædil. edict. l. final. ff. quib. ex caus. in possess. eat. & l. statuliberi. 29. ante finem. ff. de statuliberis.* in quibus legibus dicitur, permutationem esse similem venditioni, verboque emptionis omnem alienationem contineri. Cum itaque venditio fundi emphyteutici prohibita sit: efficitur inde, permutationem etiam ejus censeri interdictam, Hoc, *inquam*, non adversatur: quandoquidem permutatio venditioni similis est, & verbo emptionis comprehenditur; non utique ratione proprietatis vocabuli, sed ratione mentis & voluntatis, eo scilicet casu, in quo eadem militat permutationis & emptionis ratio. Ast in proposita [illegible]ione longè diversam rationem inter emptionem [illegible] permutationem esse, superius ostensum est. Et certè utriusque diversitas vel inde constat; quod permutatio rebus, venditio pretio fieri dicitur. *l. 1. ff. de rer. permutat.*

360 Vicina quoque quæstio hæc est; nunquid emphyteuta absque domini consensu prædium emphyteuticum alicui fœminæ in dotem dare queat? Affirmativæ opinioni plerique Dd. subscripserunt, *Salicetus num. 10. & Iason num. 107. in d. l. fin. C. de jur. emphyteut. Speculator d. tit. de emphyteusi. quæst. 109. num. 133. Imola in c. potuit. de locato. num. 17. Bertrand. cons. 180. vol. 2. Hostiens. in summa tit. de locat. §. fin. vers. nunquid ergo res emphyteutica potest in dotem dari, &c. Tiraquell. de retr. lign. §. 1. gl. 14. n. 95. Cerbulus d. tract. d. jur. emphyt. cap. 14. limitat.*

361 *20. aliique complures, per eos citati.* Et ratio hujus (quemadmodum & præcedentium alienationis specierum) hæc assignari potest: quia denunciatio & expectatio consensus domini in eum finem à lege desideratur, cum emphyteuta vult vendere jus emphyteuticum, vel meliorationes suas, ut potestas fiat domino eodem precio emendi, si velit. *d. l. fin. vers. sed ne hac occasione. C. de jur. emphyt.* Sed huic fini ut locus non est in donatione, legato, oppignoratione, & permutatione, *de quibus supra num* 337. 338. 350. & 357. ita nec in dotis datione. Proindeque in his alienationibus omnibus domini consensum exigere non debemus. Accedit & illud, quod

362 antiquitus emphyteuta quovis modo alienare liberè impuneque poterat, & in alium transferre jus suum, ut arguit textus *in hoc §. nostro. vers. ut ecce, &c. & l. 1. in princip. ff. si ager vectigal. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignor. act. & l. si domus. 71. §. fin. ff. de legat.* 1. Sed hæc libera alienandi potestas illi in venditione solummodo, Justiniani constitutione nova adempta est, in cæteris negociis non item. Itaque cæteræ alienationes ei liberæ relictæ censentur. Quicquid enim nova lege specialiter non est expressum: 363
id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debet, *l. præcipimus. 32. in fine. Cod. de appellationib. Dn. Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 67. sub lit. a. edit. 2.*

At difficilior videtur quæstio: ecquid emphyteuta fundum vectigalem æstimatum, domino non 364
consentiente, alicui in dotem dare possit? Et minimè posse, Interpretes numero non pauci concludunt, *Speculator d. tit. de emphyteusi, qu. 110. num. 134. Imol. in d. c. potuit. num. 17. de locat. Salicet. n. 16. & Iason. num. 108. in d. l. fin. C. de jur. emphyteut. Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gl. 14. num. 21. Decius consil 160. col. 2. Guido Pap. decis. 48. num. 2. & alii, quos congessit Cerbulus prædicto cap. 14. ampliat. 32.* Atque hanc conclusionem veritati omnino esse congruam, existimo. Etenim ex supra dictis patescit; venditionem fundi emphyteutici impediri posse per dominum hac ratione, ut ipsemet precium offerat, fundumque emphyteuticum, si velit, emat. *d. l. fin. C. de jur. Emphiteut.* Iam autem datio 365
rei æstimatæ in dotem, species venditionis reputatur: atque ita in dubio res æstimata in dotem marito data, ei vendita intelligitur. *l. cum fundus. 3. ff. locati. l. plerunque. 10. §. si ante. 4. & l. cum post. 69. §. cum res. 7. ibique Gothofred. ff. de jur. dot. l. quotiens. 5. ibique Bald. C. eod. t.* Quocirca rectè præfatis Doctoribus placuit; fundum vectigalem æstimatum, domino invito & dissentiente, in dotem dari non posse: sed domino facultatem competere offerendi precium, in quo dos consistat, translato utili dominio in ipsum potius, precium offerentem, quam in maritum. Et quamvis ab hac opinione, 366
quæ communem nacta est applausum, recedat Molineus *in consuetudinib. Parisiens. tit. 2. §. 56. gloss. 1. num. 36.* ob hanc maximè rationem; quod æstimatio in dubio venditionem non faciat sive inducat, *arg. l. æstimatis. 50. ff. solut. matrim.* ubi maritus, cui res æstimatæ in dotem datæ fuerunt, easdem res adhuc extantes, soluto matrimonio restituere tenetur: adeoq; per æstimationem rerum dotalium venditio non contracta videtur: attamen cum supra *ex l. quotiens. 5. C. de jure dot. & similibus* ostensum sit per æstimationem rerum dotalium regulariter venditionem contractam censeri: non est, quod isthac Molinei objectione moveamur. Nam ad præcipuum ipsius fundamentum, *puta d. l. æstimatis. 50. ff.* 367
solut. matrim. quod attinet: maritus in ejus legis specie res ipsas æstimatas, in dotem datas, matrimonio dissoluto, idcirco tenetur restituere: quod ex verbis paciscentium liquidò constabat, illud actum fuisse, ut ipsæmet res peremptoriè matrimonio redderentur. Ex quibus contrahentium verbis & illud apparebat, æstimationem non eo animo, ut contraheretur venditio, sed alio consilio interpositam fuisse.

fuisse. Etsi enim, *ut dictum*, rerum dotalium æstimatio regulariter venditionem constituit: tamen etiam alio fine, alioque consilio talem æstimationem per maritum & uxorem interponi posse, non dubium est, *l. si inter virum* 11. *C. de jure dot.* Interim autem regula isthæc; quod æstimatio venditionem inducat, nisi contrarium evidenter actum fuerit, firma permanet.

368 Prætermittenda hoc loco non est quæstio illa: Utrum emphyteuta prædium emphyteuticum creditori, cui ad certam pecuniæ summam obligatus est, irrequisito domino, in solutum dare possit? Et breviter statuendum est; emphyteutam id facere non posse: sed domino facultatem concedi, ut post denunciationem sibi factam ipsemet pecuniam creditori debitam exponat, sicque prædium ad se recipiat. Hujusque ratio perspicua est: quia datio in solutum, quæ fit voluntariè pro pecunia debita, mera venditio dicitur, *l. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possidend. l. si prædium.* 4. *in fin. C. de evictionib. Ludovic. Bologninus consil.* 21. *& cons.* 25. *num.* 4. *Afflict. decis.* 335. *n.* 18. *& decis.* 368 *n.* 2. *Aret. cons.* 160. *n.* 15. *& seq.* Quemadmodum ergo in venditione; ita & datione in solutum potestas competit domino offerendi pecuniam, eaque oblatione efficiendi, quo minus, se invito, emphyteusis per venditionem vel dationem in solutum, in alium transferatur. *d. l. fin. C. de jure emphyt. ubi Iason num.* 113. *vers. intellige tamen, &c. Decius cons.* 160. *Bursat. cons.* 44. *numer.* 29. *vers. at secus. vol.* 1. *& alii, quos laudat probatque Aurelius Corbulus d. tract. de jure emphyt. cap.* 14. *limitat.* 19. *numer.* 3. *& seq.*

369

370 Denique & illud quæritur: num emphyteuta possit in prædio emphyteutico sine domini consensu servitutem constituere? Et id illum posse, Doctores communiter, & meritò quidem, tradiderunt, *Iason in multoties allegata l. fin. C. de jur. emphyt. num.* 117. *& seq. Afflict. decis.* 380. *num.* 2. *& seq. Boer. decis.* 181. *num.* 1. *& seqq. Nata cons.* 516. *num.* 12. *Roland. à Valle cons.* 59. *num.* 10. *&* 13. *vol.* 2. *Corbul. d. c.* 14. *limitat.* 29. *Clarus lib.* 4. *sent. §. emphytheosis. quæst.* 21. *Ioan. Borcholt. de feud. cap.* 3. *num.* 43. Hac enim ratione nihil domino detrahitur: cum is nihilominus rem emphyteuticam salvam habeat, & quotannis pensionem constitutam accipiat: ipseque emphyteuta suo tantum, non domini juri præjudicet. Unde finita emphyteusi, finitur quoque servitus: quia extincto jure dantis, etiam jus accipiẽtis extingui solet, *l. Statius Flor.* 48. *ff. de jure fisci l. peto.* 69. *§. prædium.* 1. *ff. de legat.* 2. *l. lex vectigali.* 31. *ff. de pignorib. Tiraquell. in l. si unquam. super verbo, revertatur, num.* 330. *C. de revocand. donat. & in tract. cessante causa, cessat effectus, limitat.* 1. *num.* 24. *itemque in tract. Le mort saisit le vif. declarat.* 1. *partis tertiæ, num.* 8. *& monitum f. numer.* 161.

372 Quemadmodum porrò emphyteuta commoda, incrementa, & augmenta, fundo emphyteutico obvenientia, percipit, ut hactenus abundè demonstratum: ita etiam vicissim incommoda ac onera nonnulla, ad jus emphyteuticum pertinentia, sustinere tenetur. Etenim illum ad annuam pensionem domino præstandam obnoxium esse, tum ex definitione emphyteuseos, *supra num.* 4. propositâ efflorescit: tum ex hoc §. nostro. *in verb. ut quamdiu pensio, &c. l.* 1. *ff. si ager vectigalis, &c. & l.* 2. *ibi solitam pensionem. C. de jure emphyt.* dilucidè probatur. Interdum tamen emphyteutæ canonis præstationem remittendam esse, æquitatis ratio suadet. Si enim res emphyteutica fatali vel fortuito casu penitus (siquidem ob particularem rei emphyteuticæ interitum, à pensionis totius præstatione non liberatur, *l.* 1. *in fine. C. de jur. emphyt. hoc §. nostro. in fine. ibique Giphanius, & Vultejus n.* 14. *& Heigius n.* 26. *& seqq.*) extincta fuerit, æquissimum est, à præstatione canonis emphyteutam, cui nihil reliquum permansit, sed ad ipsum dominum spectare. Tum quod re in totum sublata, dominium sublatũ esse intelligatur; ut ita recognitio dominii, utpote amplius non existentis, esse non possit. Tum quia dominus illud, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu, habiturus fuerat. *d. l.* 1. *vers. si quidem tanta emerserit clades, &c. C. de jur. emphyteus.* Et de hoc illi vulgatissimi, licet non usque adeo artificiosi rhythmi, *qui à Speculatore in tit. de emphyteusi quæst.* 134. *n.* 160. *D. Sichardo in d. l.* 1. *n.* 20. *Cod. de jur. emphyteus. & Claro lib.* 4. *sent. §. emphyteosis quæst.* 8. *n.* 8. *referuntur*, decantati solent: 373 374

Si perit res tota, liberatur emphyteuta:
Sed si pro parte, nulla se liberat arte.

Hinc controversia difficilis ac perplexa exoritur: utrum canon remitti vel reddi debeat emphyteutæ, si propter bellum, vimve hostium, & latronum incursum, non potuit ingredi & excolere fundum emphyteuticum? quamvis variæ & multiplices circa istam quæstionem existant Dd. opinationes, quas (*post Iasonem in d. l.* 1. *num.* 81. *& seqq. C. de jur. emphyteut.*) accuratè recenset Carolus Molineus *in consuet. Paris. tit.* 1. *§.* 62. *num.* 54. *cum seqq. & Fachineus lib.* 3. *controvers. jur. cap.* 90 omnium tamen mihi verissima & æquissima hæc videtur: quod scilicet emphyteutæ pensio illius temporis, quo fundum possidere non potuit, sit remittenda, *argum. l. cum unus.* 12. *§. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. possideri.* 3. *§. Labeo.* 17. *ff. de acquir. vel amitt. possess. & l. si in venditione.* 10. *§. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ex quibus legibus evincitur; fundum emphyteuticum, quem ob tumultus bellicos emphyteuta ingredi ac possidere nequit, pro non extante, adeoque pro penitus extincto haberi. Atqui juris non est incogniti; quod fundo emphyteutico planè extincto, pensio emphyteutæ remittenda veniat, *d. l.* 1. *C. de jure emphyteus.* 375

Nec adversatur *l. quicunque.* 3. *C. de fundis patrimonia-* 376

monialib. ubi ab Impp. Valentiniano & Valente rescriptum est; quicunque possessores jus emphyteuticum susceperint, illos non posse ad refundendum sive reddendum hoc uti prætextu, quod possessiones emphyteutæ desertæ esse cœperint. In ea namque l. nihil agitur de canone, propter desertos agros emphyteutæ emittendo vel reddendo: sed vera mens legis illius hæc est: fundum emphyteuticatium prætextu defectionis & squaloris, vel etiam rescripti, ab emphyteuta relinqui non posse: cum apud eum, & posteritatem ejus perpetuo remanere debeat, *ut rectè Cujacius ibidem explicat.*

377 Sic non obstat, quod dicitur, casus fortuitos omnes ad emphyteutam pertinere. *Novella. 7. in præfat. §. lex itaque talia, &c.* & bellum inter casus fortuitos numerari, *§. item is, cui res. 2. vers & is quidem, &c. supr. quibus modis re contrahit. oblig. & l in rebus. 18. ff. commodat.* Etsi enim casus fortuiti, in re emphyteutica contingentes, ad emphyteutam spectant: hoc tamen non procedit in illis casibus fortuitis, quibus fundus emphyteuticus omnino extinguitur. Hos siquidem casus non emphyteutam, sed dominum potius sustinere debere, ostendit *hic §. noster & d. l 1. C. de jur. emphyteut.* At verò jam ostensum est, fundum emphyteuticum, quem propter vim, & incursiones hostium, bellorumque calamitates ingredi ac possidere emphyteutæ non licet, juris interpretatione pro penitus extincto haberi. Paria quippe esse videntur; rem inundatam esse ab aquis, & occupatam esse ab hostibus. *d. l. cum unus. 12. in fine. ff. de reb. auctor. jud. possid.* Inundatum autem ab aquis dicitur deperditum, donec & quousque inundatio durat, *d. l. si in venditione. 10. in fin. ff. de peric. & commod. rei vend. d. l. 3. §. Labeo. 13. l. interdum. 21. §. 1. & l. qui in universas. 30. §. item quod mari. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Ergo etiam fundus emphyteuticus, quem propter vim hostium ingredi non possumus, deperditus esse judicatur, donec vis ista duraverit. Et hanc sententiam frequentiori calculo receptam, atque adeo ab ea in consulendo & judicando non recedendum esse, testantur *Abbas Panormitanus & Imola in c. potuit. extr. de locato. Alexand. in d. l. interdum. 21. §. 1. n. 7. ff. de acquiren. vel amitt. poss. Iacob. de Arena, Bartol. Salicet. num. 13. Cynus, Fulgos. Guarnerius, Hieron. de Tortis, & Iason. num. 91. C. de jur. emphyteut. Iul. Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteosis. q. 8 n. 6. Corbulus in tractat. de jure emphyt. c. 15. limitat. 18. Valascus in tract. de jure emphyteut. q. 27. num. 13. Gail. lib. 2. observ. 23. num. 23. & seq. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civil. c. 14. pag. 452. Fachineus d. lib. 1. c. 90. Becer. class. 2. disp. 14. thes. 71. edit. 2. Halbritter. in Disput. de jure emphyt. de anno 1602. Respond. Samuele Bansovio. thes. 26. sub lit. c.* Tametsi ex prædictis nonnulli (*ut & Ioan. Borcholt. de feud. c. 3. num. 12. & Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 19. th. 11. quæst. 40 p. 1792.*) aliter hanc quæstionem, & quidem variè, expediant.

Huic vicina, nec minus ardua controversia est: si damnum notabile, puta insignis sterilitas contingat, & emphyteuta non modicam, sed magnam fructibusque respondentem pensionem exolvere teneatur, utrum ea pensio propter sterilitatem illius anni emphyteutæ sit remittenda? Et remittendam esse, censuerunt *Nevizan consil. 92. num. 44. & seq. Paul. de Mont. Pic. in repet. auth. præterea. num. 13. & seq Cod. unde vir & uxor. Roland. à Valle consil. 96. n. 26. vol. 1. Aret. consil. 55. col. 2. & consil. 110. col. 2. Ruinus consil. 77. n. 7. & consil. 161. n. 21. vers. secundo principaliter. vol. 1. Beroius in d. c. potuit. 4 n. 175. ext. de locat. Cotta in suis memorab. in verb. emphyteuta regulariter. Iacob. Port. consil. 144. num. 2. Molineus in consuetud. Paris. tit. 2. §. 62. num. 58. 60. & Bachovius in summt. ad vol. 1. Treutleri. disp. 29. th. 7. lit. F. pag. 1121.* Cæterum contrariam, ceu veriorem, probarunt sententiam *Gloss. in d. c. potuit. super. verb. expelli. ad fin. in vers. sed nunquid propter sterilitatem. &c. de locato. ibique Panormitan num. 17. & Imola num. 41. Alberic. de Rosat num. 6. Salicet. num. 10. & Iason. num. 18. Bursat. consil. 11. num. 22. Natta consil. 49. num. 14. & consil. 194. num. 4. & seqq. Valascus d. tract. de jur. emphyteut. q. 27. num. 7. & 12. in fine. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. c. 15. ampliat. 12. num. 3. 5. & seqq. ubi plures enumerat.* Quibus astipulantur etiam *Clarus in d. §. emphyteosis. q. 8. num. 7. Gail. d. lib. 2. observ. 23. num. 23. & seqq. Fachineus d. lib. 1. controvers. jur. c. 89. vers. cæterum re diligentius, &c Bronchorst centur. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 55. edit 1. Borcholt. de feud. cap. 3. num. 11. & idem part. 1. disput. de jur. emphyteut. thes. 13. & seq. pag. 125.* Moventur hi Interpretes maximè textu *in l. 1. in fin. Cod. de jur. emphyteut. & hoc §. nostro.* ubi dicitur; damnum, quo tota rei substantia non extinguitur, ad emphyteutam spectare. Sed damnum ex sterilitate redundans, non est ejusmodi, quo substantia rei tota perimatur. Ergo ad emphyteutam spectat. Neque verò nervus hujus argumenti præcidi potest insulsa quorundam interpretatione, hunc §. nostrum & dictam *l. 1. C. eod.* ea duntaxat de specie intelligentium, qua non magnus canon, sed exiguus, puta in duobus, tribus, quatuor, aut quinque nummis consistens, in conventionem fuit deductus: quo casu omnes unanimi suffragio concludunt, periculum sterilitatis ad emphyteutam pertinere; sicque eum a præstatione exigui canonis propter sterilitatem non liberari. Huic namque interpretationi primò contradicunt ista generalia *dicta l. 1. C. de jur. emphyteut & hujus §* verba, indistinctè de contractu emphyteutico loquentia. Ergò ad illum contractum non sunt restringenda, quo exiguus tantum canon præstandus est: præsertim cum emphyteusis etiam tum rectè constituta dicatur, quando pro re pretiosa & fertili, justa & condigna pensio solvitur, *argum. auth. perpetua. C. de sacros. Eccles. & Novell. 7. cap. 3. §. 1. quia verò Leonis, &c.* Deinde *in hoc §. nostro.* proponitur; præ-

prædium quibusdam datum fuisse fruendum: & sic
381 prædium fuisse fructiferū Ex quo verisimile redditur; non exiguum, sed magnum, & fructibus condignum canonem pro isto prædio in conventionem deductum fuisse: cum nemo suum jactare, patrimoniiq; sui jacturam facere velle videatur, *l. cum de indebito. 35. circa princip. ff. de probationib.*

382 Non obstat huic sententiæ *l. ex conducto. 15. §. si vis. 2. l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locati. l. licet. 8. C. de locato & c. propter sterilitatem. 3. extr. eod. t.* quibus in locis conductori, cui emphyteuta similis est, propter sterilitatem pensionis sive mercedis fit remissio. *Nam* emphyteutam in multis à conductore differre, contractumque emphyteuticum à locatione & conductione separatum atque distinctum esse, constat *ex d. l. 1. C. de jure emphyteut. & abunde explicatum est*
383 *supr. n. 7. & seqq.* A separatis autem & diversis illationem non concedi, explorati juris est, *l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. ibi, sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. l. neque natales. 10. C. de probationib.*

348 Hæcque responsio eò facilius admitti debet; quod magna inter locationem & emphyteusin appareat differentiæ ratio. In contractu namque emphyteutico pensio, quantumvis magna & fructibus æqualis non præstatur propter rei usum, & in compensationem fructuum: sed propter dominii recognitionem, ad quam, utpote quæ est de substantia contractus emphyteutici, contrahentes potissimum respicere solent. At verò merces in locatione principaliter præstatur ob usum rei: adeo, ut si conductor re uti nequeat; meritò aliquid de mercede remitti ei debeat, quasi ita tacitè inter eum & locatorem convenerit. *d. l. licet. 8. C. de locato. prolixè Corbulus d. c. 15. ampliat. 12. num. 21. Gregor. Lopez. lib. singul. animadvers. jur. civ. c. 16. pag. (mihi) 81. & seqq.*

385 Disceptari quoque consuevit: si fundus emphyteuticus aquis submersus vel inundatus fuerit; an emphyteuta anni illius, quo duravit inundatio, canonem domino præstare obligatus sit? Et obligatum non esse, vero propius esse reor, *argum. prædicta l. cum unus. 12. §. ult. ff. de reb. auctor judic. possid. d. l. 3. §. Labeo. 17. ff. de acquir. vel amitt. possess. d. l. si in venditione. 10. in fin. ff. de pecul. & commod. rei vend.* ubi Ulpianus ait, rem inundatione perire,
386 sicuti chasmate pereat. Jam verò, re tota peremta aut læsa, periculum dominus sustinet, *d. l. 1. C. de jure emphyteut. & hoc §. nostro.* Qui textus non strictè de ipsius substantiæ sive prædii emphyteutici interitu tantum, sed etiam de totius rei damno & læsione, quæ ita substantiam perimat, ut de ejus corpore nihil emphyteutæ reliquum remanere videatur, intelligi debent. Utuntur quippe Impp. verbis,
387 *damnum, lædatur, & c.* Quod si enim de eo solo interitu textus isti acciperentur, quo tota rei substantia prorsus è rerum natura tolleretur: certè de casu rarissimè eveniente, imò ne vix quidem existente intelligerentur, *contra l. 4. & 5. ff. de legib.* Etenim perrarò terræ motus, quibus agri ita corruunt, ut nusquam conspiciantur, aut chasmata eveniunt, *teste Plinio lib. 2. natural. histor. c. 80.* Et ita in terminis, *post alios, quos citat* concludit Alexand. *consil. 112. videtur in præsenti. vol. 1.* Nec moveri, si dixerit quispiam, emphyteutam ad canonis præstationem obligatione personali esse adstrictum, adeoque ab ea, si fundus aquis submersus fuerit, non liberari: cum ex contractu obligatus sit, personalisque obligatio non rem, sed personam perpetuo sequatur. *l. 1. §. si heres. 16. ff. ad SC. Trebellian. l. ult. in fin. ff. de contrah. empt. & §. 1. infr. de action.* Nam 388
personalis obligatio personam quidem perpetuo comitatur, si simpliciter sit contracta: secus autem est, si ex natura contractus constet, contrahentes eo usque tantum obligatos esse voluisse, quamdiu res, cujus ratione obligantur, in rerum natura manserit.
Contrahentes enim secundum naturam contractus 389
contrahere voluisse censentur. *l. quæro. 54. §. 1. ff. locati. l. si stipulatus. 4. ff. de usur. Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 32. num. 1. latè Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 38.* Contractus autem emphyteutici eam esse naturam & conditionem, ut re extincta pensio non amplius sit præstanda, liquet *ex d. l. 1. C. de jure emphyteut.* Ideoque contrahentes huic naturæ & conditioni se conformasse, & hoc voluisse creduntur, ut quovis modo re emphyteutica perempta, personalis quoque obligatio præstandi canonis cessare debeat. Firma igitur subsistit conclusio: quod emphyteuta propter inundationem, qua ager emphyteuticus submergitur, à canonis solutione liberetur per id temporis spacium, quo inundatio duravit.

Enimverò conclusio isthæc non procedit, si inundatio, quæ supervenit, non erat insueta, sed solita 390
contingere. Tunc etenim emphyteuta non excusatur, *ut docet Bald. in d. l. licet. 8. in 2. quæst. C. de locato & cond. per d. l. ex conducto. 15. §. si vis. 2. ibi, si verò nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. ff. locati conducti, & arg. l. qui bona. 13. §. de illo. 6. ff. de damno infect. Idem tenet Igneus in repetit. l. contractus. 23. num. 10. ff. de reg. jur* Similiter non 391
locum habet præfata conclusio, si emphyteuta omnium casuum periculum in se susceperit: aut culpa, negligentia, vel incuria sua causam inundationi dedit; fructusve, qui postea inundatione perierunt, justo tempore non collegit. His siquidem casibus à præstatione canonis minimè illum excusari, probabilius est, *arg. l. item quæritur. 13. §. 1. ff locati. l. quod te. 5. ff. de reb. cred. si cert. pet. & l. cum res legata. 47. §. fin. ff. de legat. 1. Igneus loco proximè notato: quem refert & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 19. n. 3. & 4.*

Cæterum emphyteuta non solum annuam pensionem præstare domino cogitur, *ut hactenus probatum:* sed & publicis præstationibus, fundi emphy- 392
teutici nomine, fungitur. *l. 2. C. de jur. emphyt.* Pu- 393

blicæ autem illæ præstationes seu functiones sunt publicæ pensitationes, id est, ea, quæ fisco aut Reipublicæ quotannis præstantur: qualia sunt vectigalia, collectæ, tributa, publicæ viæ refectiones, collationes in refectiones aggerum, & similia. Hæc munera quia prædiorum possessores onerant. *leg. Imperatores. 7. ff. de publican. & vectigal.* idcirco & emphyteuta, qui fundi possessor est, ea præstare compellitur, *l. secundum. 7. §. 1. ff. qui satisd. cogant. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civil. cap. 14 pag. 452. num. 30. Iohan. Franc. Purpuratus consil 50. num. 7. consil. 331. num 2. & consil. 356. num. 4. item Alvar. Valasc. in tract. de jur. emphyteut. quæst. 17.* ubi conclusionem istam, quod emphyteuta tributa, & omnia onera realia, quæ præstantur à re, vel occasione rei, solvere teneatur, multis extensionibus & limitationibus egregiè atque copiosè declarat. Ea de re videantur Bachovius *in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 10. lit. B. pag. 1131. &* inibi Hunnius *quæst. 39 pag. 1790.* D. Bocer. *in tract. de jure collectar. cap. 10 num. 5. & seqq.* Stephanus Gratianus *disceptation. forens. cap. 294. num. 30.* Regner. Sixtin. *in tract. de regalib. cap. 14. num. 84.* Georg. Mundius, *Gener mihi charissimus, in Disput. de Collect. thes. 71.* Eggebrecht. *in Synopsi juris emphyteutici, conclus. 196. & 5. sequentib.* Eamque rem paulo explicatius tractavi *in addit. ad Iul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 46.*

394 Ad hæc apochas (quæ alias Quietationes sive Quitantiæ, vulgò Quittungen / Quittanzen appellitantur: Wehner. *in tract. observat. lit. Q. in verbo, Quittantz / &c.*) emphyteuta prædictarum functionum domino exhibere tenetur. Est verò apocha instrumentum pecuniæ solutæ, à creditore debitori solventi porrectum. *l. qui tabulas. 27. §. penult. & ult. ff. de furt. l. plures. 19. C. de fide instrumentor. l. 3. & tot. tit. C. de apochis publicis, &c.* Et emphyteuta, cum præstationes illas publicas præstitit, apocham à quæstore, cui solvit, exigere in gratiam domini necesse habet. *d. lib. 2. C. de jur.*

395 *emphyteut.* Usus porrò hujus apochæ hic est: ut & dominus, reverso ad eum fundo emphyteutico, de publicis illis pensitationibus præstitis omnino tutus sit: quippe cum possessores etiam præteriti temporis isthæc præstare munera teneantur, *d. l. Imperatores. 7. ff. de publicanis, & vectigalibus. Donell. d. lib. 9. cap. 14. pag. 452. num. 40. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 70. sub lit. c. edit. 2. & d. tract. de jure collectar. cap. 10. num. 9. cum seqq. pag. 131. & seq.*

396 Dictum est hactenus, quomodo emphyteusis constituatur, & quid juris emphyteutæ in fundo emphyteuticario competat, nec non quid suo ambitu totum jus istud constitutum complectatur: reliquum est, ut de modis, quibus ritè constituta finiatur emphyteusis, tractatio instituatur. Finitur verò & extinguitur variis modis. Et primò quidem exploratum est: emphyteusin ad certum & præfinitum tempus, puta ad decem, viginti, triginta, quadraginta, vel centum annos concessam, [illegible] dominum concedentem reverti. Siquidem [illegible] 397 cessum ad tempus, post illud tempus ce[illegible] hibitum, *arg. l. statuliberum. 11. §. 1. ff. de [illegible] l. pater filium. 38. §. fundum. 3. ff. de legat. 3. [illegible] juncta l. ult. ff. si ager vectigal. &c. Iul. Clar. lib. [illegible] sent. §. emphyteusis, quæst. 42. num. 1. vers. secundo modo, &c. Valent. Forster. lib. 3. de successionib. c. 20. numer. 3. & 4. Cerbulus in tract. de jur. emphyteut. c. 11. ubi plures citat.* Idem est, & si nominatim convenerit, ut ad certum tempus vectigali sive canone non soluto, emphyteuticus fundus ad dominum rediret: & lege commissa, dominus sua lege [illegible]tatur, & fundum vindicet, *l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypoth.* Quibus casibus hoc quoque [illegible] veniret, ut si emphyteuta prius fundum dederit pignori, tum etiam jus pignoris evanescat, *d. l. lex vectigali. 31 ff. eod. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. [illegible] 15. pag. 454. n. 40.*

Deinde & hoc expeditum est: emphyteusin ad 398 certã generationem datam finiri, extincta ipsa generatione. *Clarus d. quæst. 42. num. 1. vers. tertio modo, &c. & quæst. 28. num. 2. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. num. 16. Bocer. d. class. 2. Disput. 14. thes. 74. lit. a.* Quamvis alias emphyteusis sim- 399 pliciter & purè concessa, ad omnem generationem, omnesque heredes non modò masculos, sed & fœminas transeat, *arg. Novell. 7. c. 3. in princip. ibi, masculis aut fœminis, &c.* Quo facit illud vulgatum juris theorema: quod pater inter liberos æqualitatem 400 servare, & in dubio tam filiabus, quam filiis acquirere velle præsumatur, *arg. l. quæsitum. 12. §. idem respondit. 43. versic. sed & ipse Papinianus. ff. de instruct. & instrum. legat. l. illud. 20. §. ad hæc. C. de collationib. Borchols. d. c. 3. num. 14. Clarus d. §. emphyteosis. quæst. 32. & D. Obrecht. disput. 36. th. 87. & seqq.*

At vehementer controvertitur: an emphyteusis 401 Sempronio, & ejus filiis data, filiabus quoque concessa intelligatur, vel potius ad filios duntaxat pertineat: ut, his mortuis ad dominum, filiabus exclusis, redeat? Et hoc quidem casu filias sive fœminas censeri exclusas, crebrioribus Doctorum votis recepta opinatio est. Hanc enim tenent *Iason in leg. [illegible] num. 193. C. de jur. emphyt. Alexand. consil. 61. per tot. & consil. 80. in fin. vol. 1. & consil. 87. num. [illegible] vol. 6. Guido de Suzar. in l. veteribus. 39. ff. de pact. Gozad. consil. 20. num. 1. 2. & 10. Hubert. Zuccard. in l. fin num. 73. C. de edict. divi Adriani toll. Ruin. cons. 35. num. 1. & 13. vol. 1. Roland. à Valle consil. [illegible] num. 17. lib. 2. Bursatus consil. 80. numer. 7. Benintendus decis. Bononiens. 52. Hippol. Riminald. consil. 153. num. 3. lib. 2. Cerbulus d. tractat. de jur. emphyteut. c. 12. num. 3. & seqq. aliique plurimi, per eum relati.* Sed tamen contrarium verius esse, testantur *Salicetus in d. lib. 2. quæst. 17. C. de jur. emphy-*

phyteut. Covarr. lib. 2. variar. resol. c. 18. num. 1. Clarus d. §. *emphyteusis. qu. 32. num. 2. in fin. Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 76. edit. 2. Fachineus. lib. 8. con-*
402 *trovers. jur. c. 97. & alii, quos hic allegat.* Horumque sententia hoc potissimum fundamento nititur: quod regulariter masculinum concipit etiam fœminum, sive filii appellatione etiam filia comprehenditur. *l. si quis ita. 16. in princ. ff. de testament. tutel. l. si ita sit scriptum. 45. in princ. ff. de legat. 2. l. A. ibique Alciat. l. filii. 84. ubi Goedd & l. pronunciatio. 195. in princ. ff. de verb. signif.* non solum in testamentis, sed & in contractibus, *argum. l. qua de legato. 46. ff. de legat. 1. l. pactum inter heredem. 46. ff. de pact. Molin. in consuet. Paris. tit. 1. §. 12. n. 4.*

403 Non refragatur huic decisioni, quod in contractibus stricti juris, qualis est emphyteuticus, verba propriè & strictè accipiuntur, *l. quicquid astringen-*
404 *da. 99. ubi. Dd. ff. de verb. obligat.* filiorum autem appellatione propriè filiæ non continentur, sed per extensionem, *ut arguit textus in l. cum in adoptivu. 10. §. qua in filio C. de adoptionib. d. l. pronnunciatio. 195. in princ. ibi, porrigitur & l. justa. 201 ff. de verb. signific.* Verius namque est, quod masculinum ex proprietate sermonis concipiat fœmininum: atque adeo filiorum appellatione fœminæ quoque seu filiæ contineantur. *l. 1. ibi, complectitur (quod verbum proprietatem denotat) ff. de verb significat. & legibus similibus, supra adductu.* Deinde emphyteusin esse contractum bonæ fidei, non vero stricti juris, ex ejus definitione, *supra num. 4. & 49 explicata,* abunde
405 constat. Præterea negatur; verba in contractibus ita propriè & strictè accipienda esse, ut interpretatio justa, & contrahentium menti conformis excludatur: quandoquidem mens contrahentium magis spectanda est, quam verba, *l. in conventionibus 219. ff. de verb. signif. l. semper in stipulationib. 34. ff. de reg. jur.*

406 Sic quoque non obstat, quod in stipulationibus & pactis verba ambigua aut dubia interpretanda sint contra stipulatorem, qui poterat legem contractus apertius dicere, *dict. l. veteribus. 39. ff. de pact. l. stipulatio ista. 38. §. in stipulationibus. 18. & d. l. quicquid. 99. ff. de verb. oblig.* Nam nostro in casu verba non sunt dubia vel ambigua: quia lex illa interpretatur, ut tam masculos, quàm fœminas comprehendant, *d. l. pronunciatio. 195. & d. l. justa. 201. ff. de verb. signif. cum similib.* Sed & cum regula sit: masculinum concipere fœmininum; non dicitur res obscura, nec ambigua, sed clara & certa pro eo, qui fundatur in regula, *ut notat Bart. in l. quotiens. 13. ff. si quis cautionib. &c. & l. 2. col. 1. ff. si quis in jus vocat. non ier. Bald. in l. omnes populi. 9. col. 10. ff. de just. & jur. Petr. de Anchor. in repet. rubr. de reg. jur. in 6. col. 2. Molineus d. tit. 1. §. 12. num. 5. ubi id uberius explanat.*

407 Priori similis hæc controversia est: nunquid emphyteusis mihi, & meis filiis concessa, etiam nepotibus meis tributa censeatur? Et sane non desunt, qui existimant, emphyteusin isto modo mihi concessam, ad nepotes meos non devolvi, sed morte mea, meorumque filiorum penitus extingui. *Salicet. in l. 2. num. 9. & Iason n. 191. C. de jur. emphyteut. & D. Collega Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 77.* Verum contrariam ego sententiam benigniorem esse atque probabiliorem arbitror, *per l. justa. 201. & l. liberorum. 220. §. 1. & §. ult. ff. de verbor. signif.* ubi expressè dicitur, filii appellatione etiam nepotem comprehendi. Idque obtinet non in favorabilibus 408
tantum, sed & in odiosis. *l. filius 14. ff. ad SC. Macedon. l. Senatusconsulto. 59. ff. de rit. nupt.* etiamsi in contractu verbis disertis dictum sit, ut Titus, & qui ex corpore ejus descendunt, succedant; *per ea, qua eleganter tradit Baldus in l. 1. post princip. C. de conditionib. insert.* ubi ita scribit: *Filiorum appellatione nepotes continentur, licet mentio fuerit facta de filiis, ex suo corpore natu. Nam verificatur in nepotibus: quia in eu est sanguinis continuatio, & unum idemque dicitur, quicquid per rerum naturam continuative procedit.* Baldum referunt & sequuntur *Iohannes Cephalus consil. 262. num. 7. ad fin. & Decian cons. 9. n. 8. & 9. vol. 2.* 409

Nec obsistit *Novell. 7. c. 3. in princ.* ubi cum & filiorum & nepotum fiat mentio: videtur dicendum, 410
appellatione filiorum nepotes non contineri. Alias siquidem frustra Imperator expressisset nepotes: cum filiorum appellatione venirent. Hoc, *inquam,* non obsistit. Quia ob id solum nepotum mentio ibi expressa est: ut hæc verba *(in duobus ejusdem personæ hæredibus)* explicarentur: adeoque indicaretur, de duabus generationibus, quarum prima sit filiorum, altera nepotum, actum fuisse.

Pariter non obstat §. *si quis filiabus. 5. vers. cæterum si filios. supr. qui testam. tuter. dari poss & l. quid* 411
si nepotes. 6. ff. de testament. tutel. ubi filiorum appellatione nepotes non continentur. Nam *(secundum Alciatum lib. 3. paradoxor. c. 14.)* distinguendum est inter dispositionem legis, & hominis. Si de legis dispositione loquimur: regulariter filii vox ad nepotes producitur, non in favorabilibus duntaxat, sed etiam in odiosis, *ut ante probatum:* nisi diversa ratio dissimile & diversum jus inducat. Tunc enim filii nomen in nepotem non cadit, *l. sed & milites. 8. in princ. ff. de excusationibus.* Ast in hominis dispositione *(ut est tutela datio)* dictionem filiorum ad nepotes non extendi, receptius est, *d. §. si quis filiab. supr. qui testam. tut. dari poss. & d. l. quid si nepotes. 6. ff. de testam. tutel.* nisi ex conjecturis colligatur, contrahentem etiam de nepote sensisse: ut cum alioquin extranei suis præponerentur. *l. Lucius. 85. ff. de heredib. instituend.* vel usus & consuetudo testatoris hoc suaderet, vel alias actus effectum non sortiretur, *argum. l. alimenta. 16. §. 1. ff de aliment. vel cibar. legat.* Item si natura contractus hoc exigat: ut cum vasallus feudum pro se, & filiis accipit: vel emphyteuta *(ut in nostro casu)* emphyteusin pro se,

se, & filiis suis accipit: quia natura hujus contractus est, ut in nepotes transmittatur. Et distinctionis
412 sive differentiæ illius ratio ea est: quia facilius legis verba extenduntur, quam hominum: cum hæc non producantur, nisi ex mentis conjectura: at lex legis voluntatem semper exploratam habet. Ideoque rectè Justinianus *in d. §. si quis filiabus, ex Vlpiani responso in d. l. 6. ff. de testament. tutel.* asserit: cum pater tutorem filiis dederit, non censeri nepotibus dedisse: quoniam tutorem dare, hominis actus est. Sed & alia ratione firmari potest hæc decisio: quandoquidem generaliter traditum est; si filiis providentur propter favorem, nepotibus quoque videri provisum. Cum autem hæc ratio non militer, si filiis tutor testamento relinquitur: nepotibus de tutore prospectum non videtur. Nec enim respectu tutorum ullus est favor: imò onerosa ipsis rutela esse solet: nec etiam multum inde emolumenti nepotibus oritur: cum, cessante testamento, de tutore illis per judicem commodissimè prospici possit, *ut explicuimus in d. §. si quis filiabus. num. 4. s. tit. qui testamento tutores dari poss.* Et de proposita quæstione videndus etiam est, *post alios, ab ipso citatos*, Nicolaus Everhard. à Midelburg. *in locis legalib. loc. à feudo ad emphyteus. num.* 7. item Cardinalis Manrica *in tract. de tac. & ambig. convent. p.* 412 *& seq.* huncque referens Nicolaus Eggebrecht. *in synopsi jur. emphyt. conclus.* 81. *& seqq. ubi plures similes quæstiones attingit.*

413 Præterea finitur & amittitur emphyteusis præscriptione: si vel dominus, vel etiam ex justa causa & bona fide tertius quispiam, fundi emphyteutici possessionem adeptus sit, eamque per tempus legitimum, absque ulla contradictione emphyteutæ, teneat, *arg. tit. 26. §. si quis per triginta annos, lib. 2. Feud. Wesenbec. post alios, in paratit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticar. pet. num. 2. vers. finitur porro, &c. Iohan. Franc. Balb. in tract. de præscript. part. 4 partis 4. princ. quæst. 8. num. 4. Bocer. class. 1. disput 14. thes.* 83. *edit.* 2. Hucque conferenda sunt, quæ de præscriptione notata sunt supra *num.* 232. *& seq.*

414 Quia vero hic præscriptionis meminimus: fortassis non inconvenienter quæri poterit: an emphyteuta, qui longissimo tempore, puta 30. vel 40. annis canonem sive pensionem à pensione solvenda, non solum pro tempore præterito, sed etiam futuro, præscripsisse credatur? Et affirmantem quidem sententiam amplexi sunt *Bartolus in l. comperit 6. C. de præscript. 30. vel. 40. annor. Corn. consil.* 142. *num.* 11. *vers. accedat. vol. 3. & alii, quos citat Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 31. num. 1.* Verum contraria decisio firmiori munita est fundamento. Pro ea enim valde facit *l. cum notissimi.* 7.
415 *§. fin. C. de præscript 30. vel 40. annor.* ubi Imp. Justinus dilucidè ostendit; in annuis præstationibus tot esse præscriptiones, quot anni sunt. Proinde si emphyteuta spacio annorum 30. vel 40. pensiones non solvit: præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras: quia nova præscriptio est necessaria futurorum annorum, & quidem in singulos annos. Id quod apertè etiam constat *ex l. eos, qui, 26. in princ. C. de usuris.* Ubi licet constitutum 416
sit, principali actione sublata præscriptione 30. annorum, nullam super usuris quæstionem moveri posse: cum, principali causa non subsistente, nec ea, quæ inde sequuntur, locum habeant, *l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur.* tamen illa lex satis arguit, in annuis præstationibus singulorum annorū præscriptionē requiri, in illis verbis: *Iubemus non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere quæstionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci, &c.* Accedit & hæc ratio: quod de essentia emphyteusis sit præstatio canonis, sive 417
conventio de præstando canone, *de quo supra numer.* 104. *& seqq.* Si itaque quis emphyteutam se profiteretur, & in solutione canonis cessat: immunitatem sive libertatem à præstatione canonis sibi non acquirit. Hujusque sententiæ auctores sunt, *Accursius in d. l. comperit. 6. C. de præscript. 3. vel 40. annor. Iason in l. 2. n. 72. C. de jur. emphyteut. Guido Papa decis. 406. Gail. lib. 2. obs. 73. n. 1. Fachineus lib. 8. controvers. jur. c. 99. Mynsing. cent. 3. obs. 13. Wurmbs. pract. observat. tit. de præscript. cap. 5. Thoming. decis. 17. numer. 26. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 11. lit. D. pag. 1133. & ibidem Hunnius in suis resolut. q. 45 p. 1795. Borcholt. in tract. de usur. c. 4. n. 34. & aliquot seqq. & in tract. de pact. c. 3. n. 23.*

Nec adversatur *l. sicut. 3. & l. omnes. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi omnis actio triginta vel 40. annorum spacio tollitur. Quia non negamus, 418
annuas præstationes præscriptione 30. vel 40. annorum extingui: sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, præscriptionem contemplamur & requirimus, ex præscripto ac mandato dictæ *l. cum notissimi. 7. §. ult. C. d. tit.* non autem totius temporis futuri, ex unius anni vel alterius pensionis præscriptione, jus metimur. *Reliqua, quæ in contrarium moveri solent, refellit Fachineus loco prællegato.* Huc etiam pertinere videntur, quæ notavit D. Bronchorst. *cent. 1. Miscell. controvers. assert.* 44.

Adhæc totius fundi emphyteutici interitu resolvi emphyteusin, nullum est dubium. *l. 1. vers. siquidem tanta emerserit. Cod. de jure emphyteut. & hoc §. nostro, vers. sin autem nihil, &c.* Et huc confert, 419
quod & ususfructus (cui emphyteusis similis est, *ut arguit textus in l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum conduxerunt ff. si ager vectigal. id est, emphyteuticar. pet & præsens, quem explicamus, § ibi, quæ fruenda traduntur, &c.*) finitur, si ager vel hortus fructuarius mari aut flumine inundatus sit. *l. si ager. 23. & l. seq ff quib. mod. ususfruct. vel usus amitt.*

Eadem

420 Eadem quoque amittitur emphyteusis, si emphyteuta dolo, culpa lata, aut levi, rem emphyteuticam insigniter deteriorem fecerit, *Novell.* 120. *cap.* 8. & *Auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* Qui textus licet de Ecclesiastica emphyteusi loquantur: rectè tamen etiam ad secularem sive civilem, cum in utraque eadem ratio locum habeat, porriguntur. Nam in utraque emphyteusi ita res emphyteutæ datur, ut eam excolat, & meliorem faciat: iu utraque (*inquam*) res utenda, non abutenda; melioranda, non deterioranda datur. Et sane si colonus, contra legem
421 contractus faciens, jure expelli potest, *l. ade.* 3. *C. de locato.* poterit & emphyteuta hac de causa: quia in contractu emphyteutico non minus, ac in contractu locati, firma & rata ea esse debent, de quibus convenit. *l.* 1. *C. de jur emphyteut. Iason. in l.* 2. *num.* 98. *C. eod. Iul. Clarus lib.* 4. *sent. §. emphyteosis. q.* 26. *Roland. à Valle cons.* 49. *numer.* 21. *vol.* 2. *Mynsinger. cent.* 6. *obs.* 86. *Hartman. Pistoris lib.* 1. *quæstion. jur. q.* 28. *Menoch. de arbitrar. jud lib.* 2. *cas.* 78. *num.* 3. *D. Obrecht. Disp.* 36. *de jure emphyteut. thes.* 285. & *multis seqq. D. Halbritter. Disp de jur. emphyt. de anno* 1602. *th.* 48. *ad lit. b. D. Bocer. class.* 2. *Disp.* 14. *thes.* 84 *edit.* 2. *Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap.* 13. *n.* 4. & 24. *ubi plures recitat.* Idem de feudo respondit *Ludolphus Schraderus in tract. feud. part.* 9. *c.* 6. *n.* 59. & *seqq. per textum in c* 1. *§. quicunque advocation.* & *ibid. Baldus, Alvarott. Proposit.* & *Matth. de Afflict. de pac. tenend & ejus violat. tit.* 27. *lib* 2. *feud. ubi ille infinitas ferè auctoritates ad id probandum congessit.*

422 Sed utrum emphyteuta præter dolum, culpam latam & levem, levissimam quoque præstet, non omnino expeditum est? Et (*haud obstante contraria opinione Cagnoli & Decii in d. auth. qui rem. C. de SS. Eccles.*) verius est; emphyteutam, ob culpam levissimam in re deterioranda commissam, privationis pœnam subire non debere: quoniam is ex natura contractus emphyteutici, propter latam & levem duntaxat, non autem levissimam culpam, tenetur, *l. si, ut certo.* 5. *§ nunc videndum ff commodat. l. contractus* 23. *ff. de reg. jur. ibique Anton. Delrio cap.* 11. *Bald. in d. auth. qui rem n.* 2. *C. de SS. Eccles.* & *Iason d. l.* 2. *n.* 98. *in fin. C. de jur. emphyt Ludov. Molin. d. disput.* 457. *num.* 2. *Mynsinger. respons.* 28. *numer.* 29. *Decad.* 3. *Camill. Borell. in summa decis. tit.* 33. *de emphyteosi n.* 204. *hosque laudans Eggebrecht. d. synopsi juris emphyt. conclus.* 219.

Nec hoc pronunciatum imminuit, quod textus
423 *in d. Novell.* 120. *c.* 8. & *d auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* generaliter & indistinctè statuunt, emphyteutam deteriorem facientem rem emphyteuticam, jus suum amittere: adeoque omnem culpam etiam levissimam, pœnæ privationis obnoxiam esse, *l. de pretio.* 8. *ff. de public. in rem act. l.* 1. *§. generaliter. ff. de legat. præstand.* Nam notissima juris regula est:
424 omnem dispositionem accipiendam esse secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, *arg. l. ex conducto.* 15. *§. si uno.* 4. *vers.* & *si verbo. ff. locati. l. sed si possessori.* 11. *§. item. si juravero. ff. de jurejur. l. damni infecti* 43. *in princ. vers.* & *quod in stipulatione. ibique Angel. ff. de dam. infect. l. fin. C. de non num. pecun. Alexand. cons.* 26. *n.* 6. *lib.* 3. *Nevizan. cons.* 92. *num.* 12. & *seqq. Nicol. Everhard. in locis legalib. loc. à subjecta materia. n.* 1. Quare cum *in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* & *d. Novell.* 120. *cap.* 8. de emphyteuta, ob deteriorationem jure suo privando, agatur: is autem de lata saltem, levique culpa, non vero de levissima teneatur. *d. l. si, ut certo.* 5. *§. nunc videndum. ff. commodat. d. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur.* subjecta materia suadet, decisionem *dicta Nov.* 120. *c.* 8. & *d. auth. qui rem. inde desumpta*, de lata levique, non autem levissima culpa, intelligendam esse.

Illud quoque dubitatione non caret: si emphy- 425
teuta in contractu emphyteutico disertis verbis promisit, se rem emphyteuticam non deteriorem facturum, utrum hoc casu ob quamvis, non solum insignem & magnam, verum etiam propter levem & modicam deteriorationem, privationis pœna plectendus sit? Quod asserit *Natta consil.* 481. *numer.* 14. & *seqq. quem citat* & *sequitur Corbulus d. tract. de jur. emphyt. c.* 13. *n.* 9. *argumento l. si quando.* 109. *in princ. ff. de legat.* 1 & *c. si papa.* 10. *ibi, cum verba aliquid operari debeant, de privileg. in* 6. Quibus ex lo- 426
cis hæc colligitur doctrina: in quavis dispositione verba sic accipienda esse, ne otiosa sint, sed ut aliquid operentur. Jam verò si in proposita specie emphyteuta, propter levem deteriorationem, privationis pœnam pati non deberet: pactum illud de re non deterioranda frustra interpositum censeretur, *contra d. l. si quando* 109. *ff de legat.* 1. & *d. c. si papa.* 10. *de privileg. in* 6. Sed, objectione isthac nihil movente, probabilius esse judico: quod emphyteuta, cum quo talis inita est pactio, ob levem deteriorationem jure suo non cadat. Omnia enim pacta, & verba pacto-
rum secundum subjectam materiam, & naturam il- 427
lius rei, qua de tractatur, intelligi debent, *c. solita.* 6. & *ibi Canonista. ext. de majoritate* & *obedient. d. l. ex conducto.* 15. *§. si uno.* & *l. quæro.* 54. *§.* 1. *ff. locati l. si olei.* 21. *C. de locato. l. damni.* 43. *ff. de dam. infect.* & *jurib. similibus superius num.* 424. *allegatis.* Atqui contractus emphyteutici natura & conditio hæc est: ut levissimam emphyteuta culpam præstare non cogatur, *ut paulò ante probatum*: & consequenter quod ob levissimam culpam & deteriorationem modicam non puniatur. Quocirca pactum illud, de re non deterioranda adjectum, in hanc sententiam accipi non debet, quod emphyteuta levissimam culpam in re deterioranda præstare teneatur.

Nec quicquam negocii facessit, quod modo de o- 428
peratione verborum seu pactorum adductum est. Etenim potius admittitur, ut & verba & pacta sint supervacua, & sine effectu operandi, quam ut aliquid operentur contra subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, *per notata Bald. in rubr.*

Cod. de contrah. empt. n. 9. Alexandri conf. 21. n. 9 lib. 5. Gozad. conf. 74. 16. Socin. regul. 440. limitat. 2.
429 *& Cephal. conf. 104. num* 8. Et juris indubitati est: quod expressio illorum, quæ tacitè insunt, nihil operetur: quodque potius admittatur, ut dispositio sit superflua, quam ut expressio eorum, quæ tacitè insunt, aliquid operetur, *l. verba hac. 12. ff. de conditionib. institution. l. hac verba. 3. & ibi Bartol. & Iason. ff. de legat. 1. l. non rectè. 3. C. de fideiussorib. Ruin. conf. 168. num. 155. lib. 1. Paris. conf. 110. n. 47. lib. 1.* Censetur etenim expressio eorum, quæ tacitè insunt, ad tollendam omnem dubitationem facta fuisse, *tradentibus Socino consil. 102. num. 11. lib. 3. &*
430 *Cephale d. conf. 104. num. 14.* Juris autem est clarissimi: quod ea, quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, jus commune non lædant, neque mutent, *l. qui mutuam. 56. in princ. ff. mandati. l. qua dubitationis. 81. ibique Decius & Cagnol. ff. de reg. jur. Iean. Dilect. in tract. de arte testand. caut. 11. numer. 1. Cravet. conf. 70. num. 29 lib. 1. aliique plures, quos memorat & probat Schraderus in tractat. feud. part. 10. select. 3. numer. 39. & 40.* Eandemque quæstionem, cum aliis, excussimus *in addit. ad Iul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 26. num. 3. & seqq.*

431 In disceptationem pariter & illud trahitur: nunquid emphyteuta, qui non integrum fundum emphyteuticum, sed partem tantum ejus deteriorem fecit, toto fundo, vel saltem ea parte, quam fecit deteriorem, privetur? Privari eum toto fundo, autumant *Richardus Malumbra, Oldrad. & Bald. in l. eum ejusdem. 34. ff. de adilit. edict.* ubi expressè scribunt: quod emphyteuta, qui plures res accepit in emphyteusin simul ac eodem contextu, & pro uno omnium canone, cadat ab omnibus etiam aliis rebus, in quibus non est malè versatus, si unam ex illis reb⁹, quas accepit, deterioravit, & in ea fuit malè versatus. His subscribunt & assentiunt *Andr. Barbat in addit. ad Bald. in l. ade. 3. sub n. 14. vers. sed quid si ex pluribus rebus. C. de locato. Chassenaeus in consuetud. Burgund. rubr. 4. §. 6. pag. 619. numer. 7. Trentacinquius var. resolut. jur. lib. 3. resolut. 2. de jur. emphyt. num. 3. Roland. à Vall. conf. 49. num. 15. lib. 2. Ioseph. Ludov. decis. 22. num. 6. Albert. Brun. in tract. de augmento moneta. conclus. 22. Tiraquell. de retraict. lignagier. §. 23. num. 4. gl. 1. Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap 13. num. 7. aliique ab iis*
432 *relati.* Cæterum contrariam sententiam & veritati & æquitati magis esse amicam reor, *per l. rescriptum. 6. & l. heres. 11. ff. de his, qua ut indignis auferuntur.* ex quibus textibus apparet, quod heres ratione ejus tantum partis, in qua fraudem adhibuit, puniatur. Et ratio non obscura est: quia pœna com-
433 mensuranda est delicto, nec id excedere debet, *l. perspiciendum. 11. l. aut facta. 16. ff. de pœnis. l. sancimus. 22. C. eod. c. quasivit. 2. in fin. ext. de iis, qua fiunt à majori parte capit. c. felicis. 5. §. illud autem. de pœn. in 6.* Accedit textus *in tit. 38. de vasallo, qui contra constitutionem Lotharii regis benefic. alienavit.* *lib. 2. feud.* ubi vasallus, qui inscio aut nolente domino, partem tantum feudi alienavit, non toto feudo, sed ea solummodo parte, quam non consentiente domino alienavit, privatur. 434 Idem igitur in deteriotatione respondendum erit: quod videlicet partem feudi deteriorem reddens vasallus, non toto feudo, sed ea tantummodo parte, quam deteriorem reddidit, privetur. Et ita tenent sentiuntque *Corneus conf. 67. num. 11. lib. 2. Schraderus in tract. feud. part. 9. cap 6. n. 70. Conrad. Rittershus. lib. 2. partitionum juris feudal. c. 5. qu. 71. & D. Becerus class. 2. Disput. 14. th. 85. edit. 2. ubi allegat idem sentientem Iacobum Concennat. lib. 4. quæstion. jur. quæst. 5. num. ult. itemque D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 8. pag. 505.*

Neque tollit assertionem nostram, *l. si quis in gravi. 3. §. si autem non totum. 24. ff. de senatusconsulto. Silan* ubi Ulpianus in hæc verba respondit; *Si non totum testamentum, sed pars ejus aperta sit: dicendum est, in edictum incidisse eum, qui aperuit. Parvi enim refert, utrum totum, an pars aperiatur.* Nam hoc ibidem Jurisconsultus dicit respectu Senatusconsulti illius, in quod æquè delinquit, qui partem aperit testamenti, antequam vindicata sit nex defuncti, atque is, qui totum: nec ad feudi sive emphyteuseos vel deteriorationem, vel alienationem trahi debet. 435

Nihil item resistit *l. etiamsi partis. 111. ff. de legat.* 1. ubi etiam tutor partis bonorum, si à tutela se excuset, toto eo privatur, quod ipsi testamento est relictum. Licet enim quis partis tantum bonorum pupilli tutor sit: tamen nihilominus tutor est: & cum totum detrectet tutelæ officium: meritò & omni beneficio legati vel fideicommissi carebit. Secus autem est, si quis partem tantum rei emphyteuticæ sive feudalis deterioraverit. Is siquidem totum deteriorasse dici non potest. *Ritterhus. loco antè notato.* 436

Similiter nihil movet *l. eadem dicemus. 4. §. Cato. vers. quamvis. ff. de verb. obligat.* quem textum Angelus, Iason, Carol. Ruinus, & plerique Dd. in hanc sententiam interpretantur: quod obligatus sub certa pœna de non faciendo aliquid, si contrafaciat sive contraveniat in parte, totam pœnam vi ipsa incurrat. Verius namque est, ex specie istius §. evinci posse, quod pœna committatur pro parte contraventionis tantum: *ut egregiè contra alios demonstravit Carolus Molineus (sub nomine Casparis Caballini) in tract. dividui & individui. 3. part. principal. num. 522. & seqq.* 437

Cum satis jam explicatum sit emphyteutam propter deteriorationem rei emphyteuticæ jure suo privandum esse: inde infertur, emphyteutam, qui arbores fructiferas incidit, etiam jus suum perdere; quandoquidem ejuscemodi arbores incidendo, fundum emphyteuticum deteriorem reddere dicitur, *l. si cujus. 13. §. fructuarius. 4. ff. de usufruct. l. & eleganter. 7. §. non solum. 3. ibi, arbores excidit, vel exterpa-* 438

tirpavit. ff. de dol. mal. l. 2 ibi, arboris dejecisset, &c. ff. si usumfruct. petet. & l. in fraudem. 45. §. conductor. 13. ibi, arbores pomiferas cedere, ff. de jure fisci. ibique Bartol. Clarus in §. emphyteusis. quæst. 26. num. 2. Gulielm. Redoan. in tract. de reb. eccles. non alienand. de caducitate ob rei deteriorationem. in pr. pag 505. Paul. de Monte Pico in repetit. l. Titia. 34. §. Titia, cum nuberet. 7. ff. de legat. 2. Menoch. de arbitrar. jud. quæst. lib. 2. cent. 1. cas. 78. num. 7. Tobias Non. cons. 58. num. 20. Ioan. Hanibal. in l. nemo potest. 55. num. 168. ff. de legat. 1. Tiraquell. de retract. convent. §. 3. gl. 1. & unica, num. 24. Pinel. ad l. 1. C. de bon. matern. part. 2. sub n. 60. vers. Item emphyteuta, &c. Corbulus in tract. de jur. emphyt. cap. 13. n. 1. pluresque alii, per eos congesti.

Sed intricatæ pulchræque quæstionis est: an em-
439 phyteuta, si fructiferas arbores à se positas inciderit, privationis pœnam mereatur? Et mereri, verior
440 traditio est. Cum enim arbores, ab emphyteuta plantatæ, pars soli esse judicentur. *l. fructus. 44 ff. de rei vindicat. l. ult. § fructus. 6. ff. quæ in fraud. creditor. l. sed si meis. 26. §. arbor. ff. de acquir. rer. dom.* & ratio non permittat, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundo radices egerit, *l. adeo quidem. 7. in fin. ff. eod. t. & §. si Titius alienam. 31. J. de rer. divis. &c.* consequens est; arborum, in prædio emphyteutico ab emphyteuta insertarum, dominium ad illum, cujus est solum, spectare: atque adeo emphyteutam eas incidendo, ipsum prædium deteriorasse, temq; emphyteuticam violasse censeri: ac proinde privationis pœnam meritò incurrere. *D. Bocer. d. class. 2. disput. 14. th. 86. edit. 2.*

441 Nihil officit, quod objicitur à dissentientibus (*nimirum Francisco Beccio cons. 33. num. 7. & aliis, quorum meminit Corbulus d. cap. 12. n. 2. ad finem*) dominum amittere quidem lucrum, sed nullo affici damno, si fructiferæ arbores, ab ipso emphyteuta plantatæ, incisæ fuerint. *Respondetur* enim: arbores istas, quoniam solo inhærserunt, ratione directi dominii acquisitas esse domino, ad quem directum soli dominium pertinet: ita ut ex illarum incisione dominus non sperato, sed quæsito jam lucro privetur. Lucri autem, quod quæsitum est, idem, ac damni, jus habetur, *argum. l. liberto octoginta. 26. ff. de bonis libertor. Cravett. cons. 764. num. 3. & seqq.*
442 Quod autem diximus, emphyteutam fructiferas incidendo arbores jure suo cadere, id non procedit, quando emphyteuta, qui arbores frugiferas incidit, alias æquè fructiferas in earum locum supplantavit & substituit, *arg. d. l. in fraud. 45 §. conduct. 13. ibi, non substit. alias. ff. de jure fisc.* Hujusq; ratio manifesta est: quia emphyteuta, in locum arborum incisarum alias æquè fructiferas & fœcundas substituens, prædium emphyteuticum per istam incisionem deterius fecisse non intelligitur: ut sentiunt, *post alios complures, quos citant, Cæpoll. de servit. rustic. prædior. c. 22. de montibus, num. 13. Guiliel. Redoan. d. tract. de reb. eccles. non alien. de caducitate ob rei deteriorationem vers. & ut dissentiatur. num. 13. pag. 510. Tiraquell. de retract. convent. d. §. 3. gl. 1. num. 26. & Corbulus d. cap 12. numer. 28.* Qui duo posteriores plures limitationes, in praxi diligenter notandas, recensent.

Præterea emphyteuta amittit emphyteusin, si do-
mino apochas fiscales (*de quibus supra num. 393.*) 443
tempore debito non reddiderit. *l. C. de jur. emphyt. Berebolt. in Commentar. de feud. c. 3. num. 18.* Ut &
si volens jus suum emphyteuticum aut meliorationes vendere, id domino prius non denunciaverit: ut 444
is, si velet, præferretur: aut denunciaverit quidem, sed ante emensum duorum mensium spacium, antequam declaraverit se dominus, alii vendiderit: tum etiam, si non petierit à domino, ut facta quovis modo alienatione, novum emphyteutam in possessionem fundi emphyteutici induceret, aut siquidem id desiderârit, antequam tamen dominus se declaret, intra menses duos ipse fundum emphyteuticum tradat ei, in quem alienavit: & denique si domino quinquagesima pars pretii aut æstimationis non præstetur, *l. ult. C. de jure emphyt. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 14. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. th. 90. edit. 2.* Si igitur dominus non plus, quam
duos menses, ad approbandum, & in possessionem 445
inducendum emphyteutam emptorem habet: etiam emphyteuta, qui inductionem testatò sub pœna privationis requirere tenetur, hanc requisitionem ultra duos menses differre non poterit. Quia Justinianus *in d. l. ult.* post factam requisitionem, an dominus emere velit, & post lapsum duorum mensium, emphyteutæ alienandi emphyteusin sine alio domini consensu potestatem concedit: & simul domino imponit, ut emptorem seu novum emphyteutam intra duos menses recipiat: imponit etiam emphyteutæ sub pœna privationis, ut investituram petat, & laudemium (dictum ex eo, quod dominus laudat & approbat contractum, sive personam novam alibi *ἐνθρόνιστικὸν*, *Nevell. Leon. 13.* est quinquagesima pars pretii rei emphyteuticæ alienatæ, *d. l. ult. C. eod. Althus. lib. 1. dicæolog. cap. 77. num. 14. pag. 266.*) solvat. *d. l. ult. C. de jur. emphyteut. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quæst. 23.* Quod au-
tem Doctores communiter statuunt: emphyteutam 446
habere annum & diem à tempore scientiæ, ad investituram & confirmationem petendam, *Iason in l. 2. num. 23. C. de jur. emphyt. Roman. consil. 22. num. 6. & aliis, ab his allegatis*: id iis in casibus, qui *in d. l. ult. C. eod.* expressi sunt, locum habere nequit: quoniam cum in iis certum jus sit constitutum; Doctorum opiniones ut quis sequatur, non necesse est. Et propterea his tum relinquitur locus, ubi certum jus deficit: veluti si quis post lineam finitam, & emphyteusin devolutam, tanquam proximior, à domino de re devoluta se investiri petit, *secundum doctrinam Bartoli, & aliorum in l. 1. §. permittitur. ff. de aq. quot. & æstiv.* vel si res ad certum tempus cum pacto fuit con-

concessa, ut finito tempore emphyteuta renovationem emphyteuseos petat. His enim casibus quia jure civili nihil est dispositum aut cautum, non malè jus feudorum sequimur: ut hanc sententiam communem dicit Socinus *consil.* 167. *num.* 42. *lib.* 2. & probat Iason *in l.* 1. *num.* 60. *C. de jur. emphyt.* hosque referens Dn. Obrecht. *in eleganti disp.* 36. *de jur. emphyt. th.* 321. *& seqq.*

447 Indubitata sanè conclusio est: emphyteutam, qui irrequisito domino, & sine denunciatione præfata, rem vectigalem sive emphyteuticam alienavit, jure suo cadere, *sæpè allegata l. ult. C. de jur. emphyt. ibique Bartol. Bald. Salicet. Iason, Sichardus, & Dd. communiter. D. Besold. in delibat. jur. ex lib* 6. *Pand. tit.* 3. *n.* 8. *pag.* 504. *& seqq.* Quæ conclusio ampliatur, ut procedat, etiamsi juris ignorantia lapsus emphyteuta prædium emphyteuticum, non consentiente domino, alienaverit. Siquidem à pœna privationis propter juris ignorantiam minimè excusatur, *argumente l. lege: sacratissima.* 9. *C. de legib. & l. constitutiones.* 12. *C. de juris & facti ignoraut.* Imò ne rustico quidem, mulieri & militi jura contractus ignorare licet, *arg. l. ult. C. eod. tit.* ac proinde ob alienationem, irrequisito domino factam, à jure suo

448 cadunt, *ut tradidit Baldus in c.* 1. *quæst. penult. de controvers. inter domin. & emptor. feudi. titul.* 42. *lib.* 2. *feudor. Iason in d. l. ult. num.* 178. *& seq. C. de jure emphyteut. Tiraquell. de retract. convent.* §. 4. *gloss.* 7. *num.* 17. *Guilielm. Redoan. in tract. de rebus eccles. non alienand. de caducitate ob rei alienationem. vers. emphyteuta quoque. num.* 12. *& Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap.* 14. *ampliat.* 46. At quid dicendum, si

449 emphyteuta post alienationem & traditionem illicitè factam recuperaverit rem emphyteuticam: nunquid hoc casu pœnam privationis evitabit? Nequaquam: quia statim alienatione facta, jus domino fuit quæsitum, quod ipse absque suo facto & consensu auferri, aut per redemptionem rei venditæ tolli nequit. *l.* 1. §. *si rem.* 25. *ff. depositi. l. quidam.* 10. *in fine principii, & l. rege.* 21. *ff. de fideicommissar. libertat. l. id, quod nostrum.* 11. *ff. de reg. jur. c.* 1. *quid juris, si post alienationem feudi vasallus id recuperaverit. tit.* 44. *lib.* 2. *feudor. Bartol. in l. sequitur.* 4 §. *item Labeo.* 10. *ff. de usurp. & usucap. idem Bartol. & Paul. de Castr. in d. l.* 1. §. *si rem. ff. deposit. rursus idem Bartol. post Guilielmum de Cun. in l. si quis libellos.* 28. *in fine. C. de appellationib. Socin. Iun. consil.* 20. *num.* 38. *vol.* 1. *Soarez. in thesaur. recept. sent. in verb. emphyteusis. num.* 78. *Guido Papa cons.* 192. *num.* 1. *Clarus lib.* 4. *sent.* §. *emphyteosis. quæst.* 13. *num.* 6. *aliique per eum adducti.*

450 Magna inter Doctores de hac quæstione disputatio est: An emphyteuta, si fundum emphyteuticum, absque consensu domini alienatum, in continenti recuperet, effugiat pœnam caducitatis sive privationis? Et in affirmatam, tanquam æquiorem, sententiam plerique concedunt, *Salicet. num.* 20. *& Iason num.* 156. *in l. ult. C. de jur. emphyteut. Iacob. de Nigris eius repetit. l. si insulam.* 48. *n.* 299. *&* 304. *ff. de verb. obligat. Ambros. de Opizonib. in repetit. l. filius familias.* 114. §. *divi* 11. *num.* 116. *ff. de legat.* 1. *Roman. in d. l. sequitur.* 4. §. *item Labeo.* 10. *ff. de usurpat. & usucap. Anton. de Butr. in c. potuit.* 4. *n.* 10. *extr. de locato, & in consil.* 34. *sub n.* 2. *vers. de æquitate tamen, &c. & Guilielm. Redoan. in tractat. de rebus eccles. non alienand. pag.* 523. *num.* 48. Sed conclusio negata (quam amplectuntur *Alberic. de Rosat. colum.* 3. *& Sichard. num.* 2. *in d. l. ult. C. de jur. emphyteut. Imola in d. c. potuit. num.* 48. *ext. de locat. Alexand. in l. si à me.* 19. *num.* 4. *ff. ad leg. Falcid. & post alios, quos citat, Corbulus in tractat. de jure emphyteut. cap.* 14. *amplicat.* 29. *sub num.* 2. *vers. cæterum etsi supradicta declaratio, &c.*) verisimilior esse videtur. Ea- 451

que confirmatur argumento textus *in d. tit.* 44. *lib.* 2. *feudor.* ubi dicitur; vasallum, qui illicitè feudum alienavit, licet postea recuperaverit, privationis pœnam non evitare. Et quamvis vocabulum (*postea*) 452

in isto textu positum, à quibusdam de longo temporis intervallo accipiatur: natura tamen illius dictionis ostendit, ea quoque, quæ in continenti sequuntur, postea facta dici. *l. quoties.* 19. §. *si quis ita scripserit.* 14. *ubi Bartol. ff. de heredib. instituend.* Deinde emphyteuta per alienationem prædii emphyteutici ipso jure caducitatem incurrit, & jus suum amittit, idque domino applicatur. *d. l. ult. ibique Elbertus Leoninus. num.* 1. *C. de jur. emphyteut.* Quod qui- 453

dem jus domino acquisitum, ei invito & dissentienti adimi haud potest. *l. fin. ff. de pact. dict. l. id, quod nostrum.* 11. *ff. de reg. jur.* Adimeretur autem domino invito jus suum semel acquisitum, si emphyteuta, qui privationis pœnã, propter alienationẽ illegitimè factam, incurrit, per revocationem venditionis pœnam istam declinare & evadere posset. Quare omnino statuendum est: emphyteutam, qui non consentiente domino, prædium emphyteuticum alienavit, pœna privationis non eximi, etiamsi protinus alienationem factam retractaverit.

Hanc conclusionem non infringit textus *in d. c. potuit.* 4. *extr. de locato.* ubi expressum est, quod emphyteuta jus sibi competens alienando, vel in solutione canonis cessãdo, expelli possit, nisi celeri satisfactione sibi consulat. *Nam* certum planumque est, celerem satisfactionem, de qua ibidem agitur, non posse, neque debere ad prædii emphyteutici redemptionem referri. Satisfacere siquidem domino dicitur emphyteuta, quando canonem annuum exolvit: non autem, cum prædium, domino inscio & inconsulto venditum, redimit & recuperat, *argumente l.* 1. *ff. qui satisdare cogantur, &c.* 454

Eandem decisionem non enervat *c. si quis presbyterorum.* 6. *extr. de rebus eccles. alien. vel non.* ubi Prælatus, in continenti recuperans prædium Ecclesiæ contra leges alienatum, excommunicationis pœnam evitat. *Etenim* ex eo evinci non difficulter potest, excommunicationis pœnam non in illum, qui vendit tantum, vel consentit venditioni sive alie- 455

alienationi rei ecclesiasticæ, simpliciter constitutam esse: sed requiri, ut in venditione seu alienatione illegitimè celebrata simul perseveret. At verò adversus emphyteutam, absque domini consensu jus suum vendentem, privationis pœna simpliciter constituta est; neque simul exigitur, ut aliquo temporis intervallo in illa venditione perseveret. *d. leg. ult. C. de jure emphyteut.* Atque hæc interpretatio ex verbis dicti cap. satis luculenter probatur. Ait namque ibi Symmachus Papa: alienatorem anathemate feriendum, si celeri restitutione sibi non prospexerit. Quibus ex verbis colligitur: non simpliciter prælatum propter alienationem excommunicari: sed accedente demum perseverantia huic pœnæ subjici. Posset fortassis & hoc, *in d. c. si qui presbyterorum.* alienatorem, si rem illegitimè venditam mox revocet, facilius à pœna excommunicationis liberari: quod ex alienatione isthac, contra leges facta, nullum jus Ecclesiæ, cujus ad præjudicium alienatio tendit, quæsitum fuerit. Quod nostro in casu secus est. Quandoquidem per alienationem, domino non requisito, factam, hoc ei jus acquiritur, ut emphyteutam statim expellere possit, *crebrò citata l. ult. Cod. de jur. emphyteut.* Quod certè jus ipsi invito & reluctanti per alterum auferri non potest, neque debet, *d. l. fin. ff. de pact. & d. l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.*

456 Nostram quoque opinionem non hebetat, *l. divortium. 3. ff. de divortiis & repud.* ubi mulier, quæ divertit à marito, non dicitur divertisse; si mox ad

457 suum maritum reversa est. *Nec enim in specie illius legis per celerem reditum ad maritum revocatur* divortium: sed potius nullum fuisse declaratur. *Divortium quippe* (ut Paulus ibi loquitur) *non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quicquid in calore iracundia, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur.* Ex quibus Jureconsulti verbis liquidò constat: divortium, ante perseverantiam declaratam, nullum esse. Ast in venditione rei emphyteu-

458 ticæ secus est: quoniam venditio solo consensu initur, & traditione completur, neque ad venditionem declarandam perseverantia ulla desideratur, *l. 1. in fine. ff. de contrah. empt. l. 2. in princ. ff. de obligat. & act. tot. tit. supr. de obligationib. ex consens. l. si traditio. 4. C. de actionibus empti.* Quocirca emphyteuta eo ipso, quod sine consensu domini vendit, pœnæ privationis fit obnoxius: cum nihil aliud ad hanc pœnam ei imponendam exigatur, quam ut res emphyteutica, domino non consentiente, ab eo vendatur.

459 Denique nostro pronunciato nihil decerpit *l. si in lege. 24. §. colonus. 4. vers quod si paucis. ff. loc.* ubi intra paucos dies mora à locatore purgari potest. *Nam* illic propter paucorum dierum prohibitionem, à locatore factam, nullum jus agendi conductori acquiritur: cum is, propter prohibitionem exigui temporis, à locatore interpositam, nullum prætendere possit incommodum. Actio autem non datur, nisi nostra interfit, *arg. principii & §. 1. infr. tit. de action.* Cæterum 460 non interest conductoris, cui paucis tantum diebus utendi facultas per locatorem inhibita est. Atque hinc fit, ut conductor ob paucorum dierum inhibitionem, mercedem locatori diminuere non valeat. Sed in proposito themate statim ex eo tempore, quo venditio prædii emphyteutici, domino contradicente vel irrequisito, interposita est, hoc jus ipsi acquiritur, ut utile consequatur dominium, idque ab emphyteuta avocare possit. Cum igitur species *dicta l. si in lege.* à nostra quæstione sit diversissima: nulla ex ea firma illatio duci potest *l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. eum actum. 17. ff. de negoc. gest. l. qui fundum. 7. §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro emptore. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. vers sed hac dissimilia sunt. ff. de verb. obligat. D. Collega Halbritter. in tract. suo, de jure emphyteut. cap. ult.*

Prædicta porrò conclusio, qua diximus, emphyteutam alienando fundum emphyteuticum, domino irrequisito, jus suum amittere, limitanda & temperanda est, ut non obtineat, si vendere tantum promisit. Aliud siquidem est vendere: & aliud, promittere venditionem, *argum. l. quod si nolit. 31. §. illud. 18. ff. de ædilic. edict. l. non omnes. 5. §. ult. ff. de re militari, Iason in l. fin. num. 134. Codic. de jur. emphyt. Alexand. cons. 173. viso themate. col. 2. vers. secundo respondeo. vol. 2. Roland. à Valle. consil. 69. n. 15. vol. 3. Ioan. Maria de Riminald. consil. 340. num. 19. vol. 3. Tiraquell. de retract. convent. §. 5. ad fin. tit. gloss. 1. num. 45. & Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. c. 14. limitat. 8.* Quinimò, etiamsi emphyteuta inscio domino prædium emphyteuticum vendiderit: non tamen ad traditionem realem processerit, jure eum suo non privari crebrius placuit, *argumento textus in c. Imperialem. §. callidis, ibi, feudum vendunt, & in alios transferunt, de prohibit. feud. alienat. per Frid. tit. 55. lib. 2. feudor. Alberic. de Rosat. Salicet. & Iason. num. 132. & novissimè Elbertus Leoninus num. 2. in d. l. fin. C. de jure emphyteut. Ruin. consil. 163. lib. 1. Ioan. Maria de Riminald. consil. 217. lib. 2. Alexand. d. consil. 173. libr. 2. Molinaus in consuetud. Parisiens. §. 13. gloss. 5. n. 2. & 3.* Ratio est: quia non dicitur alienatum, quod venditum quidem, sed non translatum est: cum verbum (*vendere*) cum effectu sit intelligendum, *argum. l. 1. §. hac autem verba. ff. quod quisque juris in alter. statuerit, l penult. §. 2. in fin. ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi exim. l. alienatum. 67. ff. de verbor. signif. c. relatum. 4. ibi, cum igitur verba accipienda sint cum effectu. extr. de clericis non residentib.* 461 462 463 464

Hinc mirificè ambigunt & rixantur Doctores: 465 An emphyteuta, qui domino non consentiente prædium emphyteuticum vendidit, apposito in contractu venditionis pacto, quod nomine emptoris possi-

dere prædium venditum velit, per hoc constitutum
jure suo cadat? Et partem quidem affirmativam te-
nent Paulus Castrens. in l. 1. §. si rem. n. 11. ff. deposit.
Anton. de Butr. consil. 43. Martin. Laudens. in d. c.
Imperialem. in princip. col. 2. vers. nota secundum, de
prohibit. feud. alien. per Frider. Guido Pap. consil. 147.
col. 7. vers. imò & si foret. & consil. 192. col. 2. ult. Ne-
gusant. in tractat. de pignor. in 3. membro. 2. partu
principal. in fin. Jul. Clarus lib. 4. sentent. recept. §.
emphyteosis. quæst 13. num. 4. Roland. à Valle consil.
51. num. 27. & seq. vol. 2. aliique prope innumeri,
quos magno cumulo cumulat Corbulus in d. tractat. de
jure emphyteut. c. 14. ampliat. 30. ubi hanc commu-
nem, & frequentius receptam esse sententiam testatur.
Contrariam verò & negativam partem sequuntur
Iacobus Alvarott. in c. 1. in princ. col 2. quid juris, si
post alienationem, &c. in usibus feud. Antonius Rub.
in repetit. §. morte, in l. non solum. 8. num. 479. ff. de
oper. novi nuntiat. & Carolus Molinæus in consuetud.
Parisiens. d. §. 13. gloss. 5. num 4. vers. sed contrariam,
466 &c. ubi citat &c. alios. Quibus utpote ratione non
levi suffultis, & ego lubens meritoque accedo. Cer-
to enim certius, & manifesto manifestius est; con-
tractum venditionis emphyteuseos, domino irre-
quisito initum, ipso jure nullum esse, d. l. fin. C. de
467 jure emphyteut. Ergo & pactum constituti, & quævis
alia clausula illi contractui inserta, nullius momenti
erit. Corruente namque principali contractu, corru-
unt etiam & vitiantur pacta, tanquam accessoria, i-
psi adjecta, l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. &c.
accessorium. 42. eodem. tit. 6. Inde fit; ut per con-
stitum, contractui inutili adjectum, neque domini-
um, neque possessio transferatur. Ideoque emphy-
teuta, qui in contractu, absque voluntate ac consen-
su domini inito, tale constitutum apposuit, seque
nomine emptoris possidere dixit, nullam per hujus-
modi constitutum possessionem, nullumque domi-
nium transtulisse, adeoque nec ullam privationis
pœnam incurrisse intelligitur. Sed hac de re paulo ex-
plicatius Molinæus d. §. 13. gl. 5. n. 5.
468 Emphyteuta insuper ob mendacium jure suo pri-
vatur. Etenim si scienter neget, se esse emphyteu-
tam, & rem esse emphyteuticam, & postmodum
mendacii convincatur, haud dubiè emphyteusin
perdit. Quia cum negando in re ipsa peccet: ju-
stum est, ut quoque privatione rei puniatur, argu-
mento l. ex facto. 43. §. Julius Longinus. ff. de vulg. &
pupill. substitut. l. consensu. 8. §. hac nisi. C. de repud. l.
quicunque. 14. C. de Episcop. & cleric. &c. fin. ext. de
469 immunit. Ecclesiar. Confert huc text. in §. vasallus si
feudum. & §. vasallus feudum tit. 26. lib. 2. feudor.
ubi expressè cavetur: quod, si vasallus inficietur feu-
dum, vel feudi partem, aut ejus conditionem, post-
ea de mendacio convictus, feudum, & ejus condi-
tionem perdat. Et ita tradit Speculator in tit. de lo-
cato. §. nunc aliqua (ut vulgò citari solet) vel potius in
t. de emphyteusi, quæst. 65. n. 82. idque fusissimè
declarat Corbulus in tractat. de jure emphyteut. cap. 1.
n. 2. & sub seqq. Et sanè quemadmodum in proposi- 470
to, ita & multis casibus aliis mendacium punitur.
Primum enim heres, qui negat, rem legatam esse 471
hereditariam, in mendacio deprehensus, amittit be-
neficium legis Falcidiæ in illo legato, l. hereditati-
um. 68. (alias est l. computationi) §. ultim. ubi Bartol.
Castrens. Alexand. & alii. ff. ad leg. Falcid. Secundò, 472
qui negat legatum ad pias causas à se relictum, is du-
plum solvere cogitur: imò non solum ob inficiatio-
nem; sed ob dilationem quoque solutionis, lis infi-
ciando hic crescit. §. ex quibusdam. 7. infr. de obli-
gat. quæ q. ex contract. nasc. §. vi autem bonor. 19. & §.
in duplum. 23. infr. de actionib. Tertiò, si quis, cum ex 473
semisse hæres esset, in jure interrogatus responderit
se ex quadrante heredem esse; mendacii hanc pœ-
nam feret, ut in solidum conveniatur. Non enim
debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem
adseverat, inquit Ulpianus in l. de ætate. 11. §. si cum 474
esset. 3. ff. de interogationib. in jure faciend. Quartò,
possessori, qui possessionem rei inficiatur, aufertur
illa, & adjudicatur actori, qui rei vindicationem ad-
versus eum instituit, ut est textus in l. ult. ff. de rei vin-
dicat. Quintò, fidejussor, qui negat, se fidejussisse pro 475
aliquo, convictus perdit beneficium divisionis,
quod alias ex epistola Divi Hadriani inter plures fi-
dejussores locum habet, l. si dubit. 10. §. ita demum. ff.
de fidejussorib. Hippolyt. de Marsil. in rubric. dicti tit.
num. 380. Sextò, socius, qui actione pro socio 476
conventus negat, se socium esse, perdit beneficium
competentiæ, quod alioquin haberet, videlicet ne
in solidum condemnetur; & jam propter mendaci-
um istud in solidum tenetur, non autem in quan-
tum facere potest, l. si unus. 67. in fin. ff. pro socio. & 477
l. sed hoc ita. 22. §. ult. ff. de re judic. Septimò, qui
abnegat propriam scripturam, is convictus benefi-
cium exceptionis non numeratæ pecuniæ amittit:
imò in duplum quoque condemnatur. Auth. contra
qui propriam. C. de non num. pecun. Novell. 18. cap. 8. 478
Octavò, qui depositum abnegat certis quibusdam
casibus (ut incendii, ruinæ, naufragii, vel tumul-
tus causa factum) is pœnæ causa in duplum conde-
mnationem subit. l. 1. §. 1. ff. deposit. d. §. in duplum.
23. & §. sed furti. 26. infr. de actionib. Plures casus,
quibus punitur mendacium, referunt Iason ad l. quod
te mihi. 5. ff. de rebus credit. si cert. pet. & Anton.
Tessaurus decis. 50. hosque citans Conradus Rittershus.
lib. 2. partitionum feudal. cap. 5. quæst. 41. pag. 421.
Tandem emphyteuta amittit suam emphyteusin, 479
si debitum canonem vel pensionem in civili emphy-
teusi intra triennium, l. 2. C. de jure emphyt. in ec-
clesiastica intra biennium non solverit. Novell. 7.
c. 3. §. scire autem. & Novell. 120. c. 8. & Auth. qui
rem. C. de SS. Eccles. c. potuit. 4. extr. de locato. Iul.
Clar. libr. 4. sentent. §. emphyteosis. quæst. 8. num. 1.
Aurel. Corbul. in tractat. de jur. emphyteut. cap 15.
Dominicus Cardinalis Tuschus tom. 3. practicabil.
conclus. lit. E. conclus. 192. num. 1. & seq. Frider.
Pruckman. consil. 17. quæst. 3. numer. 118. vol. Mat-
thias

thias Berlichius conclusion. practicab. part. 2. concl. 46. num. 1. ubi ad hanc conclusionem, utpote receptissimam
480 *& notissimam, plures allegat.*

Hæc conclusio primò procedit, etsi emphyteuta à prædii domino nunquam sit interpellatus, *d. c. po-*
481 *tuit. in fin. extr. de locat.* Quia neminem oportet conventionem vel admonitionem expectare: sed unum quemque decet ultro offerre se, & debitum spontanea voluntate persolvere, *d. l. 2. vers. cum neminem, &c. C. de jur. emphyt.* quia, inquam, unusquisque ea, quæ promisit, in memoria sua servare debet, nec exposcere, ut ab aliis sibi manifestentur: vel quia, *ut vulgò dicitur*, etiam dies interpellat pro homine, *l. magnam. 12. in fin. C. de contrah. & committ. stipulat. Iason num. 35. Sichard. num. 30. & Corasius num. 23. ad d. l. 2. C. de jur. emphyteut. Guilielm. Redoan. in tract. de rebus Eccles. non alienand. quæst. 19. de solutione canonis emphyteutic. num. 6. pag. 433. & quæst. 24. c. 2. num. 2. pag. 495. Brenchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 42. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civil. cap. 15. pag. 456. numer. 10. Althus. lib. 1. dicæolog. cap. 77. nu. 32. p. 268.*

482 Deinde hæc conclusio locum habet, etiamsi emphyteuta non totam pensionem, sed tantum partem ejus non solverit, *arg. l. in executione. 85. §. item si ita. 6. Paulus Castrens. ff. de verb. oblig. l. fistulas. 78. §. qui fundum. 2. ff. de contrah. empt. & l. quamdiu. 6. C. de distract. pignor.* Ratio est evidens: tum
483 quia conditio, *si pensionem non solvit*, est individua & negativa: quæ si in parte deficit, in totum falsa redditur, *l. cui fundus. 56. ff. de condit. & demonstrat.*
484 Tum quia partis solutio fieri non potest invito creditori: ac proinde neque hic domino, *l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. l. Iulianus. 13. §. offerri. 8. ff. de actionib. empt. l. quidam existimaverunt. 21. ibique Donell. & Dd. ff. de rebus credit. l. obsignatione. 9. C. de solutionib. l. planè. 3. & l. his consequenter. 18. §. Celsus. 4. ff. famil. ercisc. Gæddæus ad l. minus. 32. num. 9. ff. de verb. significat. Brenchorst. cent. 1. assert. 63. edit. 1. & noviter Arumæus Exercitat. Iustin. 16. thes. 2.* Tum quia pensio in recognitionem dominii solvitur: unde emphyteuta dominum contemnere dicitur, si non integram pensionem, secundum legem conventionis, persolvit. Ubi enim ex conventio-
485 ne sive pacto expresso aut tacito aliquid debetur, etiam minimum attenditur. *Decius in d. Auth. qui rem n. 18. C. de SS. Eccles. Speculat. in tit. de emphyteusi, quæst. 29. num. 40. Gozadin. consil. 57. n. 15. & consil. 69. num 8. Sichard. in d. l. 2. num. 6. C. de jur. emphyt. & ibidem Leoninus num. 5. Iohan. Francisc. Purpurat. consil. 484. num. 6. Roland. à Valle cons. 17. num. 14. volum. 2. & pluris aliis, quos refert & sequitur Corbulus d. tractat. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 5. ubi num. 7. dissentientes allegat Guidonem Papæ decis. 174. Petrum Benintendum decis. 6. Paulum de Monte Pico in Auth. præterea. num. 12. C. unde vir & uxor. & Iasonem in d. l. in executione. 85. § item si ita ff. de verb. oblig.* Vide quoque alitet sentientem Fachineum *libr. 1. controversiar. jur. cap. 96.*

Tertiò hæc conclusio vera est, tametsi dominus 486
generaliter & simpliciter promiserit, se emphyteutam non expulsurum. Siquidem ista promissio generalis de non expellendo emphyteutam, non tollit ea, quæ emphyteuta ex natura contractus servare tenetur: sed hanc in se tacitam conditionem habet, si emphyteuta nihil committat, propter quod justè expelli possit, *argumento l. quare. 54 §. inter locatorem. ff. locati. Salicet. in d. l. 2. n. 3. Alberic. de Rosat. n. 4. & Iason num. 34. C. de jur. emphyt. Signorolus de Homodeis in l. ubi ita donatur. 27. num. 11. ff. de mortis caus. donationib. Anton. de Butr. num. 11. & Imola, num. 57. in d. c. potuit. 4. extr. de locato, hosque citans Corbulus d. c. 15. ampliat. 2.* Idque nonnulli ad promissionem etiam jurejurando firmatam extendunt, *arg. l. ult. C. de non num. pecun. c. pervenit. 3. quemadmodum. 25. ext. de jurejurand. can. beatus. 22. qu. 2. Baldus in l. fin. vers. secundo quæritur. ff. qui satisdar. cog. Iason. in l. cum proponas. 21. notab. 6. C. de pactis eosque allegans Eggebrecht. in Synopsi juris emphyteutici, conclus. 237.*

Quarto hæc conclusio obtinet, licet res in em- 487
phyteusin concessa, esset magni valoris ac precii, & pensio esset minima, fortè unius tantum nummi. Quia *d. l. 2. C. de jure emphyt.* privans emphyteutam ob non solutum canonem, indistinctè loquitur: proindeque indistinctè accipi debet, *arg. l. de precio. 8. ff. de Public. in rem act.* & quia nummus ille surrogatur in locum totius census sive pensionis legalis de consuetudine, *juxta Bald. in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* quia denique in constituenda pensione, quæ solvitur ab emphyteuta, magis recognitio dominii, quam emolumentum ipsius concedentis, consideratur. Et propterea cum eadem sit ratio in magna pensione, quæ in minima: meritò utrobique idem jus servatur, *l. à Titio. 108. ff. de verb. obligat.* Atque ita tenent *Bartol. num. 5. Iason num. 16. & Dd. communiter in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. Ripa in l. fin. C. de revocand. donat. num. 130. Ruin. cons. 167. num. 10. vol. 1. Barbat. cons. 26 in fin. vol. 2. Tiraquell. de retract. convent. §. 4. gloss. 6. num. 26. in fin. Afflict. decis. 80. num. 2. Socin. cons. 167. non inutile. numer. 7. in fin. vol. 2. Guilielmus Mayner. in l. imaginaria venditio. 15. num. 2. ff. de reg. jur. Clarus in d. §. emphyteosis, quæst 8. num. 3. & D. Obrecht. Disput. 36. de jur. emphyt. thes. 338. & seq.*

Quinto hæc conclusio militat etiam in emphy- 488
teuta, qui sub magno canone, & annuis ferè fructibus respondente, emphyteusin accepit, & qui sterilitatẽ passus est. Cum enim non reperiatur prohibitum, ut emphyteusis pro pensione, annuis fructibus correspondente, concedatur: sequitur, illud esse permissum: ac ea propter emphyteutam non excusari, si ob sterilitatem per triennium canonem

non solvit, *arg. l. 1. C. de jur. emphyt. & præsentis §.* Solutionem siquidem pensionis non fieri in recognitionem fructuum perceptorum, sed in recognitionem dominii, exploratum est, *ut notavit Imola in d. c. potuit. num. 41. ext. de locato. Obrecht. d. Disput. 36. th. 364. & Alvarus Valasc. in tract. de jur. emphyteut. qu. 27. num. 7. ubi ita communiter Doctores tenere profitetur.* Et eandem sententiam, multis utramque in partem relatis auctoritatibus, uberius explicuimus supra num. 379. & seqq.

489 Sextò hæc conclusio locum sortitur, quamvis ab initio contractus convenerit, ut pensio suis quæque temporibus præstaretur; & nisi præstaretur, dominus pœnam sit stipulatus, *ut tradit gloss. in d. l. 2. in verb. repellere. ibique Albericus Rosatus num. 8. Salicet. num. 18. Bald. num. 12. & Iason num. 139. aliique communiter. C. de jur. emphyt.* Neque dicendum est: hanc pœnam ideo adjectam esse, ut ea dominus contentus sit, & pœnam legis remittat: quia hæc pœna adjecta est domini causa, & ut aliquid ad obligationem accedat. Ideoque per hanc pœnam à beneficio ejectionis, quod jure communi competit, recessum non videtur. Cùm enim aliquid obligationi accedit, per hoc ab ea obligatione recessum non intelligitur, *arg. l. si se non obtulit. 4. §. si ex conventione. 4 ff. de re judicat. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 54. circa princip. edit. 1. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civ c. 15. pag. 455. num. 50.* Enimverò dominus & pœnam petere, & simul jure commissi uti (secundum receptam sententiam, quam aliquot ratiunculis impugnare conatur Sichardus *ad. d. l. 2. num. 15. C. de jur. emphyt.*) non potest: sed alterum eligere debet: nisi expressè & specialiter actum sit, ut utrumque fieri vel exigi possit. *L. rescriptum. 10. §. si pacto. ff. de pact. l. apud Celsum. 4. §. Labeo ait. 7. ff. de doli mali, & met. except. l. si duo. 34. §. fin. ff. de recept qui arbitrium, &c. l. prædia. 28. & l. Lucius. 47. ff. de actionib. empt. Gloss. in d. l. 1. verb repellere. vers. sed tamen, & ibi Salicet. num. 19. Iason num. 144. & Corasius num. 21. C. de jur. emphyt. Speculat. ad tit. de emphyteus. num. 46. & 47. Corbul. d. tract. de jur. emphyteut. c. 15. ampliat. 9. num. 8. & Dn. D. Halbritter. in Disp. de jur. emphyt. Respondente D. Bansovio th. 41.*

490 Septimò hæc conclusio non solum in re vectigali, vel in ipsa emphyteusi; sed etiam in meliorationibus locum sibi vendicat. Placet enim, emphyteutam nihilominus, quantumvis multas meliorationes in fundo emphyteutico instituerit, ob non solutum canonem ejici posse, & meliorationes una cum fundo ad dominum ita redire, ut earum nomine nihil domino possit objici, *d. l. 2. vers. nulla ei in posterum, &c. C. de jur. emphyteut.* Neque iniquum est, hoc adversus emphyteutam statui: ut nimirum in eo culpæ suæ pœnam luat, testante Donello *d. lib. 9. Commentar. cap. 15. pag. 455. n. 40.* & Obrechto *d. Disp. 36. thes. 366.* Atque ita ante illos tradiderunt *Bart. & Castrens in l. colonus. 61. in fin. ff. locati. Baldus in rubr. C. de jur. emphyt. num. 4. Iason in d. l. 2. num. 27. C. eod. Decius cons. 518. num. 2. Roland. à Valle cons. 28. num. 16. vol. 1. Guido Pap. decis. 438. emphyteuta. num. 3. Guiliel. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quæst. 17. c. 3. numer. 2. & seq. pag. 406. Iulius Clarus ex communi Dd. sententia lib. 4. sent. recept. §. emphyteosis. quæst. 45.* ubi id locum habere inquit, tam in emphyteuta Ecclesiæ, quam in emphyteuta privati. Eadem de re prolixè disputant Franciscus Sarmientus *lib. 3. selectar. interpretation. c. 4.* & D. Christophorus Besoldus *in delibat. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 11. pag 514.*

Octavò huic conclusioni locus est, etiamsi dominus post cessationem triennii pensionem ab emphyteuta acceperit, ut docet Donellus *d. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 15. pag. 456. num. 20. & seq.* 491
Verum quia hæc disputatio (an scilicet, & quando præsumatur dominus remisisse pœnam caducitatis, recipiendo canonem ab emphyteuta) egregia quidem est, sed ardua & difficilis, teste Menochio *in tract. de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 112. in princip.* quatuor præcipuè casus considerandi veniunt. Primus est: si dominus simpliciter, nulla adhibita protestatione, solutionem canonis pro tempore præterito ab emphyteuta accepit. Et hoc casu receptissima doctrina est: caducitatis pœnam (uti vulgò loquuntur) dominum præsumi remisisse, & juri suo renunciasse, *gloss. Zabarella & Imola in d. c. potuit, ext. de locato. Alexand. cons 113. num. 3. lib. 4. Ruinus cons. 110. num. 4. & cons. 151. num. 12. lib. 1. Paris. cons. 108. num. 44. lib. 1. cons. 5. num. 201. lib. 4. & alii, quos recitat Menochius d. præsumpt. 112. num. 1. & in tract. de recuper. possess. remed. 9. num. 152.* At contraria opinio Bartoli *in d. l. 2. num. 8. C. de jur. emphyt.* probabilior esse videtur: nempe dominum, qui post lapsum triennii pensionem accipit, vindicationi rei emphyteuticæ non intelligi renunciasse: tum quia pensio præteriti temporis non pro re ipsa, sed pro usu rei jam præterito præstatur: tum quia dominus non censeri potest illi rei renunciasse, pro qua omnino nihil accepit. Et sanè, pensione per 494
triennium ab emphyteuta non soluta, duæ res simul domino deferuntur: pensio triennii, quæ pro usu præteriti temporis illi ex contractu emphyteutico debetur: & ager ipse emphyteuticus, cujus revocandi sit illi potestas jure ob cessationem emphyteutæ. Quare cum utrumque simul domino deferatur: uno recepto, alterum non debet amittere, *quemadmodum scitè id explicat* Donellus *loco antè citato, & Menochius d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 1. cum seqq. ubi argumenta contraria diluit.* Alter casus est: si do- 495
minus pensionem præteriti temporis cum hac protestatione accepit: quod rei emphyteuticæ vindicationem sibi salvam conservare velit. Hoc casu ut ab omnibus penè approbata, ita & verissima sententia est: caducitatem non censeri a domino remissam. Et enim si ea sententia vera est, nulla interposita protestatione; verior merito erit, si protestatio accessit:

cessit:

cessit: quia hæc mentem domini apertè declarat. *Bald. & Iasen in l.2.ff.si quis caution. &c. Curt.sen.in*
496 *consf.82.ad fin.Clarus in d.§.emphyteosis.q.10.n.2.* Tertius casus est: si dominus post triennii cessationem, pro futuro tempore pensionem recipit, nulla protestatione adhibita. Et tum sine ulla dubitatione caducitas remissa præsumitur. Eo namque ipso quod futuram, & nondum sibi debitam pensionem accipit, vindicationi rei emphyteuticæ renunciasse videtur. Contraria quippe sunt: in futurum pensionem recipere, & rei emphyteuticæ vindicationē reservare: & ita eundem emphyteutam, & non emphyteutā haberi. *Clar. in d.q.10.n.2.vers.aut verò sumus in dubio, &c. Men. d.lib. 3. præsumpt. 112. n. 19.* Quartus casus est: si dominus post triennii cessatio-
497 nem accepit pensionem in futurum, hac præmissa protestatione: quòd rei vindicationi renunciare nolit. Hoc casu refert, an emphyteuta protestationi consenserit: an contradixerit: an verò omnino tacuerit. Priori specie rei vindicatio remissa non intelligitur: quia etsi hæc protestatio reputetur contraria facto: attamen possunt contrahentes voluntatem suam tacitam, uno modo apertam, contraria verborum declaratione apertius demonstrare, *argument. can. Diaconi. 8. Distinct. 28. Ripa in c. cum M. Ferrariens. num. 130. vers. primus casus, de constitut. & Ruinus consf. 151. num. 12. lib. 1.* At secunda specie rei vindicatio remissa videtur: quia protestatio domini, per expressam contrariam protestationem & contradictionem emphyteutæ sublata fuit, *ut docuit Ripa in d. c. cum M. Ferrariensis. num. 130. vers. secundus casus. de consti-uit. & Ruinus d. consf. 151. n. 12. vers. nec obstat. lib. 1.* Tertia verò & posteriori specie, cum simus in dubio, rei vindicatio remissa censetur. Dum enim pensionem pro futuro dominus recipit, emphyteutam in sua emphyteusi confirmat, & eo ipso declarat, quod præcedentem contumaciam atque pœnam remittat. Ita tenere multos congestos à Iasone *in d. l. 2. in princ. num. 4. ff. si quis cautionib. &c. & in d. l. 2. num. 124 vers. item in quantum, &c. C. de jur. emphyteut.* scribit Menochius *d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 22. & seqq.* ubi contrariis argumentis sufficienter respondet. Atque prædictos casus omnes etiam ita explicat D. Obrechtus *d. disp. 36. de jur. emphyteut. thes. 343. usque ad thes. 364.* De iisdem quoque, & similibus consulantur Aurelius Corbulus *in tract. de jur. emphyt. c. 15. limitat. 21.* & Fachineus *lib. 1. controvers. jur. cap. 99.* Adde Alexandrum Trentacinquium *lib. 3. resolut. 7.* nec non D. Besoldum *in d. delibat. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 10. pag. 509. & seqq. itemque in thesauro practico lit. H. num. 43. pag. 416. ubi allegat Antonium Monterum à Cueva, variè distinguentem, decis. 5.*

498 Nonò huic conclusioni relinquitur locus, etsi emphyteuta per ignorantiam in solutione canonis per triennium cessavit: ut quia rem esse emphyteuticam ignoravit: eò quòd fortè in jus alterius successit. Non enim inter scientem & ignorantem distinguendum est: cùm mora re ipsa contrahatur, adeoque scientia personæ non exigatur. Et hoc de 499
rigore juris ita obtinere tradit Julius Clarus *d. lib. 4. sent. §. emphyteosis. q. 8. n. 9.* siquidem de æquitate detur eo casu successori sive heredi (licet major sit 25. annis) ex generali clausula, *Si qua alia mihi justa causa esse videbitur,* in integrum restitutio, *l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. majores 25. an. in integr. restit. & notat Accursius in d. l. 2. in verbo, legem, quem D. Sichardus num. 25 & cæteri Dd. ibi communiter sequuntur. C. d. jure emphyteut.* Cæterum quòd Dd communiter opinantur, heredem isto casu, ex prædicta generali clausula in integrum restitui posse: hoc falsum esse videtur D. Obrechto, *d. disp. 36. thes. 372.* propterea quòd isthæc clausula ad absentes tantum, non etiam ad ignorantes pertineat, *l. nec non 28 ff. ex quib. caus. majores, &c.* Non tamen idcirco simpliciter negat idem Obrechtus, ignorantibus Prætorem non succurrere: quia ex magna & justa ignorantiæ causa omnino etiam ignorantibus opem fert, 500
§. si quis agens. 31. infr. de actionib. l. 2. ff. de in integr. restitutionib. sed tantum negat, id fieri ex vi generalis illius clausulæ: cum ea duntaxat de absentibus loquatur. *d. l. nec non. 28. ff. ex quib. caus. majores, &c.* Idem censet D. Bansovius *in Disp. de jur. emphyt. Præside D. Halbritter. sub thes. 36. in fin.*

Decimò hæc conclusio etiam viget in minore 25. 501
annis. Nam & ipse legitimo tempore canonem emphyteuticum non solvens, pœnam privationis ipso jure incurrit: ita tamen, ut propter ætatis fragilitatem in integrum restitui debeat, *per textum in l. si tuteru. 23. C. de administrat. tutor. vel curat.* ubi 25. annis minor ratione damni, quod ob non solutum canonem emphyteuticum ex amissione prædii emphyteutici perpessus est, adversus curatorem experitur: & sic ex illa lege perspicuè constat, minorem in solutione canonis cessantem emphyteusi privari. Deinde hæc sententia probatur *l. si ex causa. 9. §. si in commissum. 5. ff. de minorib. 25. an.* ubi Ulpianus respondit; minorem, qui in commissum vectigalis incidit, restituendum esse. Igitur necesse est; minorem, propter vectigal non solutum, ipso jure in commissum incidisse: cum alioqui, si ipso jure tutus esset, restitutio in integrum nulla dari posset, *l. in causa. 16. in princ. ff. eod. & similibus.* Præterea mi- 502
nor & Ecclesia in jure æquipatantur, *c. 1. ext. de in integr. restituit. l. orphanotrophos 32. Cod. de Episcop. & Cleric.* Atqui Ecclesia possidens fundum emphyteuticum, à jure suo cadit, si justo tempore canonem non solvit: quoniam ista resolutio inest ex natura contractûs, *l. quare. 54. §. interlocatorem. ff. locati, Bald. in c. unic num. 10. de alienat. feud. in usib. feud. & in l. placet. 5. num. 3. & in Auth. qui rem n. 4. C. de sacrosanct. Eccles. Speculat. in t. de emphyteusi. q. 15. n. 25. Iason. in l. 2. num. 48. C. de jur. emphyt. & hanc communem esse opinionem, post alios, quos citat, testatur Corbulus in d. tract. de jur. emphyt. cap. 15.*

ampliat. 27. Ergo & minor, canonem justo tempo-
503 re non solvens, jus suum amittit. Ad hæc cõfirmatur eadem assertio per textum *in c. Imperialem. §. præter ea si quis infeudatus, de prohib. feudi alien. per Frid. t.t. 55. lib. 2. feudor.* ubi expressè cavetur, quod minor, intra constitutum tempus investituram non petens, jure suo privetur. Quamobrem etiam canonem intra legitimum tempus non solvens, privationis pœnam subire debet.

504 Non obstat *l. non solum. 4. & tot. tit. C. de prædiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien. item l. sed si pecun. 3. §. si jus ἐμφυτευτικόν. 4. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt, sine decr. &c.* ubi habetur, minorem 25. annis sine judicis decreto rem, etiam emphyteuticam alienare non posse. Jam verò si minor non solvendo canonem, jus suum amitteret; alienatio fundi emphyteutici, ad ipsum pertinentis, sine decreto judicis contingeret: quod jure prohibitum est, *legibus modò allegatis.* Non obstat, *inquam.* Nam alienatione quidem hominis, minor absque judicis decreto rem immobilem alienare nequit, *juribus supra adductis.* Ast hæc alienatio, quæ fit propter canonem non solutum, non est hominis, sed potius legis, utpote proficiscens ex dispositione *dicta legis 2. C. de jure emphyteut.* Quæ sanè alienatio legalis minori non interdicta intelligitur, *arg. l. fine herede. 32. §. Lucius. 6. ff. de administrat. & peric. tutor.* Neque enim hoc casu minor, sed lex potius ipsa, quæ propter non solutum canonem, amissionem rei emphyteuticæ induxit, alienare censetur, *d. l. 2. C. de jur. emphyt.*

505 Non quoque refragatur *l. fin. C. in quib. caus. in integr. restitutio necessar. non est.* ubi dum Imp. Justinianus statuit, præscriptiones temporales minoribus non currere: inde inferri posse videtur; ob canonem intra biennium vel triennium non solutum, minorem jus suum non amittere. Hæc siquidem amissio, cum post triennii spacium contingat; præscriptio quædam esse putatur. Non, *inquam,* lex illa refragatur. In ea namque agitur de re minoris, per præscriptionem, sicque per solum temporis lapsum amittenda. At verò emphyteuta, intra tempus legitimum non solvens canonem, neutiquam propter temporis lapsum, sed propter legem contractus emphyteutici violatam, jure suo privatur. Est enim hæc lex & natura istius contractus, ut quotannis canon constitutus præstetur: & hanc legem emphyteuta maximoperè violat, si per integrum biennium vel triennium solvere cessat: ac proinde hæc transgressio in causa est, ut jure suo privandus veniat.

Nihil item movet *l. 2. C. de fundis patrimonialib.*
506 ubi Constantinus Imp. rescripsit, minoribus non nocere tardiorem solutionem. *Etenim* quod ibi dicitur, ad fraudem juris minorum non accedere, sive minoribus fraudi non esse, si præfixo tempore pensio ex fundo, quem possident, soluta non fit: non sic accipiendum est, quod ipso jure minores fiunt tuti; sed quod per restitutionẽ in integrum iis subveniatur, ut cessario ista obesse illis non possit. Quæ enim per in integrum restitutionem sarciuntur: non esse fraudi minoribus restitutis dicuntur, *l. si intra. 6. C. de in integr. restitut. minor.* Tametsi alii aliter dictam *l. 2. C. de fund. patrim.* exaudiant, *ut videre est ex Cerbulo d. tract. de jur. emphyt. cap. 15. ampliat. 28. num. 7. & Halbrittero in Disp. de jur. emphyteut. de anno 1602. Respond. Bansevio. thes. 34. sub lit. a.* Ex quibus omnibus jam expositis manifestum evadit: minorem 25. annis, ob canonem emphyteuticum non solutum, ipso jure emphyteusin amittere: ita tamen, ut in integrum restitutionis beneficio illam recuperare possit, *d. l. si ex causa. 9. §. si in commissum. ff. de minorib. &c. Et ita sentiunt Speculator in tit. de emphyteusi. n. 24. Iason in d. l. 2. n. 48. C. de jur. emphyt. Bart. & Salicet. in d. l. si tutoris. 23. C. de administrat. tutor. Bald. in l. 2. num. 3. C. si advers. vendit. pignor. Guido Pap. decis. 435. num. 1. Guilielm. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quæst. 24. cap. 2. num. 4. pag. 495. aliique ab his annotati.*

Undecimo hæc conclusio locum invenit etiam in 507
pupillo & infante: quod nimirum & hi ob non solutum canonem ipso jure fundum emphyteuticum amittant: ita tamen, ut restitutionis in integrum auxilio sibi consulere valeant. Quod enim propter canonem non solutum, emphyteuta jure suo privatur: id venit ex natura ipsius contractus, *d. l. 2. C. de jur. emphyteut.* proindeque à contrahentibus tacitè hoc actum judicatur, ut res emphyteutica ad dominum, canone non soluto, revertatur. *Bald. in §. in de potest. num. 10. & ibi Alvarott. col. 3. de alienat. feudi. tit. 13. lib. 1. feud.* Conditionem autem contractus resolutivam, ad præjudicium quoque pupilli & infantis, in contrahendo apponi posse, apparet *ex l. si creditor. 7. §. illud inspiciendum. vers. si verò tempus. ff. de distract. pignorum, & cap. verum. 4. ext. de conditionib. appositis. ibique Dd. communiter notant.*

Assertioni nostræ non obloquitur *l. Imperatores. 7.*
in fine ff. de publicanis & vectigalib. ubi pupillo, vectigal non inferenti seu solventi, pœna commissi remittitur. *Nam* agit de pœna, quam ipsa lex absque conventione hominis constituit. Nos verò hic agimus de pœna commissi, in conventionem à contrahentibus deducta. Etenim in contractu emphyteutico *(ut paulo ante diximus)* tacitè à contrahentibus actum intelligitur; ut canone intra præfixum tempus non soluto, res emphyteutica ad concedentem revertatur. Sed videatur Corbulus *d. tract. de jur. emphyt. cap. 15. ampliat. 29.* ubi hac de re latissimè disputat. Eamque attigi etiam in additionib. *ad Iul. Clar. §. emphyteusis. q. 8. n. 8. & 9.* 508

Duodecimò hæc conclusio ampliatur, ut patre
intra legitimum tempus canonem non solvente, id etiam ejus filiis obsit: quia, patre non solvente, peccatur contra naturam contractus, ratione cujus domino res emphyteutica una cum pensione com- 509

committitur, & ad eundem redit, *d. l. 2. C. de jur. emphyteut.* Et hanc esse communem opinionem testatur Ruinus *conf. 166. num. 12. & conf. 167. n. 28. & conf. 168. num. 6. volum. 1.* Quam confirmant & sequuntur *Baldus in l. adoptivum. 8. §. patronum ff de in jus vocand. Corn. conf. 327. in hac consultatione. n. 4. vol. 1. Alexand. conf. 120. col. 1. num. 3. vol. 5. Iohan. de Amicis conf. 133. num. 8. & 12. Salicet. in l. 2. num. 33. & ibidem Alberic. de Rosat. num. 15. C. de jur. emphyteut. Grat. conf. 132. num. 6. vol. 1. Gozad. conf. 34. n. 1. verf. secundo videmus, & n. 14. item consil. 46. visis. n. 13. & conf. 75. n. 2. aliique plures, quot memorat & amplectitur Corbulus d. tract. de jure emphyt. cap. 15. ampliat. 7. ubi & ipse n. 2. hanc opinionem communem & veriorem dicit.*

510 Decimotertiò hæc conclusio extenditur in emphyteuta, qui plures reliquit heredes, & unus eorum partem canonis intra tempus constitutum non solvit. Hac enim de causa tota emphyteusis in commissum cadit, *juxta gloss. ordinariam, in l. communi dividundo judicium. 7. in princip. super verb. confundetur. ff. communi divid. argument. l. heredes. 15. §. in illa queque. 12. ff. famil. ercisfcund l. 2 §. item si in facto. 5. & l. stipulationum. 5. §. si sortem. 4. ff. de verb. obligationib.* Et prædictam glossam Doctores communibus suffragiis sequuntur, *Ripa in l. eadem dicemus. 4. §. Cato. num. 44. ff de verb. oblig. & ibidem Marian. Socin. num. 143. & seqq. Afflict. decis. 153. n. 4. Roland. à Valle conf. 17. num. 16. vol. 2. Iason in d. l. 2. num. 58. Sichardus num. 7. C. de jur. emphyteut. Clarus in d. §. emphyteosis, quæst. 8. num. 13. & alii à Corbulo cumulati in d. cap. 15. ampliat. 8.* Ejusque ratio non est obscura: tum quia si primus emphyteuta ob particularem canonis solutionem jure suo privari & expelli potuit, *ut supranum. 482. ostensum est*: etiam ejus heres privari debet, ne in hujus persona conditio obligationis immutetur, *contra d. l. 2.*

511 *§. ex hu. 2. ff. de verb. obligat.* Tum quia cum unusquisque heredum in solidum ad canonis solutionem obligatus sit, *ut tradit Cerneus conf. 24. num. 17. volum. 2. Frideric. de Senis consil. 228. factum tale est, &c. & Afflict. de decis. 153. num. 3.* culpa quoque communis erit. Tum quia ex natura contractus emphyteutici, res ob non solutam pensionem in commissum cadit, *ut hactenus sæpè inculcatum ex d. l. 2. Cod. de jur. emphyteut.* Tum denique quia cum pœna sit, ut si non solvatur pensio, emphyteuta jure suo privetur: non sufficit, ut unus ex heredibus partem solvat. Nisi enim totum solvatur, pœna in totum committitur, *per notata Dd. in l. executione. 85. §. item si ita. 6. ff. de verb. oblig. D. Bansov. in d. Disp. de jur. emphyt. Preside D. Halbritter. sub. thes. 36.* Enim verò hanc opinionem summi juris esse, non negatur: ac proinde qui mitiorem sententiam *cum Corasio in d. l. 2. numer. 11. verf. de illo porrò, &c. C. de jur. emphyteut. Oldendorpio class. 5 de act. emphyteuticaria num. 7. Mynsingero cent. 3. observ. 66. Fachineo lib. 1. controverf. jur. cap. 97. Paulo Berens disp. 11. ad Instit. them. 2. quæst. 6. & quibusdam aliis*, sequi velit, non valde peccabit, *asserente D. Obrechto d. disp. 36. de jur. emphyt. thes. 369. & 370.*

Decimoquartò, huic conclusioni datur locus, etiamsi res emphyteutica ex parte interierit; vel aliud damnum, substantia rei salva, contigerit. Non enim emphyteuta idcirco à solutione canonis liberatur: quoniam particularis rei emphyteuticæ interitus, & damnum, substantia rei salva contingens, ad emphyteutam pertinet, *hoc §. nostro, & l. 1 ibique Dd. communiter. ff. de jur. emphyteut.* Sed hanc rem explicatius prosecuti sumus supra *num. 173. & seqq.* Aliud tamen juris est in tributo, quod fisco debetur. Hoc etenim ob particularem agri interitum, annique sterilitatem à censitoribus remitti solet, *l. forma 4. §. 1. ff. de censib.* 512

Decimoquintò, hæc conclusio locum tenet, etsi emphyteuta privari post triennium elapsum celeri satisfactione moram purgare voluerit. Eum namque in continenti moram purgare, adeoque privationis pœnam evitare non posse, verior traditio videtur. Primum enim ubicunque dies & pœna obligationi adjecta est, mora purgari non potest, *l. tra ctitia. 23. ff. de obligat. & actionib. l. magnam. 12. C. de contrah. & committ. stipulat. Broncborst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 2. edit. 1. & Arumæus in tractat. de mora. c. ult. num. 8.* Atqui emphyteutæ dies & pœna est imposita, *l. 2. C. de jur. emphyteut.* Ergo transacto die non poterit purgari mora. Deinde huc facit *l. Celsus. 23. in princ. ff. de receptis, qui arbitrium recep.* ubi si arbiter intra Kalendas Septembres dari jusserit, nec datum erit; licet postea offeratur: attamen semel commissam pœnam compromissi non evanescere, ait Jurisconsultus: quoniam semper verum est, intra Kalendas datum non esse. Tertiò hæc traditio confirmari poterit argumento *l. 1. verf. habebit igitur. ff. de penu legata*, ubi Ulpianus ita respondit: *Habebit igitur heres obligationem tamdiu quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur: nisi fortè aliud tempus, vel mente, vel verbis testator præstituit.* Quarto eadem sententia probatur *ex l. 2. C. de jur. emphyteut.* ubi dicitur, emphyteutam, qui per triennium non solvit, omnimodo repelli posse, *ibi, sed omnimodo eo (si dominus voluerit) repellendo, &c.* Quæ certè verba satis clarè arguunt: ita absolutè emphyteutam repelli posse, ut nec moram purgare queat. Postremò nusquam in toto jure civili cautum reperitur, quod hoc casu moræ purgatio admittatur. At sine jure aut certa lege nihil statuendum, *Novell. 18. cap. 5. in princip.* Atque ita sentiunt & docent *Iason in l. 2. num. 7. C. de jur. emphyteut. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. cap. 17. num. 4. Roland. à Valle consil 87. n. 7. vol. 1. Dominicus Cardinal. Tuschus tom. 3. practicab. conclus. lit. E. conclus. 192. num. 41. & conclus. 193. num. 30 cum seqq. Trentacinquius lib. 3. var. resolut. tit. de jur. emphyt. resolut. 4. num. 7. 8. 26. & seq. Berlich. conclus. practicab. part. 2. conclus. 46. num. 47.*

(Marginal numbers in the right column: 513 beside the line beginning "emphyteuta privari post triennium"; 514 beside the line "tionis pœnam evitare non posse … Primum enim ubicunque dies & pœna obli-"; 515 beside the line "omnimodo eo (si dominus voluerit) repellendo, &c. Quæ".)

num. 47. Fachineus lib. 1. controvers. jur. c. 89. Borcholt. in Commentar. de feud. c. 3. num. 32. & part. 1. Disput. de jur. emphyteut. thes. 29. pag. 137. Gerhard. decad. 15 quæst. 8. D. Besold. d. thesauro pract. lit. H. num. 43. pag. 415. D. Bansovius in Disput. de jur. emphyteut. Præside D. Halbritt. thes. 42. Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 12. lit. D. & ibi Bachovius in suis not. pag. 1137. Quanquam alii aliter ea de re disputent, Francisc. Sarmient. lib. 3. selectar. interpretat. c. 5. Daniel Moller. in Comment. ad constit. Sax. part. 2. constit. 38. num. 6. cum seqq. Heigius in hoc §. nostro. n. 39. cum seq. Sichard. in d. l. 2. num. 20. & 21. ibidemque Leoninus num. 17. C. de jure emphyteut. & Hackelman. disput. 11. thes. 11. 17. lit. cap. ubi pluros citat

516 Nostram sententiam non turbat c. potuit. 4. extr. de locato. in quo disponitur, quod emphyteuta offerendo canonis solutionem post biennium, celeri satisfactione moram purgare possit. Id enim singulariter in emphyteuta Ecclesiæ receptum est: non item in emphyteuta laici sive privati. Et ita communiter concludere Doctores, testatur Ripa in l. si insulam. 84. num. 38. ff. de verb. oblig. Paris de puteo, de redintegrat. feud. c. 93. num. 6. Clarus in d. §. emphyteosis. q. 8. num. ult. Corbulus in d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 41. aliique ab eo relati. Ra-
517 tio specialis juris dilucida est: quia emphyteuta Ecclesiæ, jure suo cadit, si per biennium in solutione cesset: proindeque merito moram purgare potest; ut ita in uno gravatus, in altero sublevetur, argum. l. eum. qui 30. in pr. ff. de jurejuran. Sed emphyteuta privati triennale, sicque longius tempus habet: ac propterea moram nullatenus purgare poterit. Bronchorst. centur. 1. Miscellan. controvers. assert. 46.

518 Similiter minimè resistit l. servum. 91. §. sequitur. 3. ff. de verbor. obligat. ubi respondetur, ex bono &
519 æquo moram purgari posse. Æquitatem autem rigori præferri, notissimi juris est. l. placuit. 8. C. de judiciis. Etenim lex illa haud procedit, ubi dies & pœna obligationi adjecta est. Tunc siquidem moræ purgationi locus non relinquitur, d. l. trajectitia. 23. ff de oblìgat. & act. cum similibus, supra allegatis. Fachineus d. lib. 1. c. 98. ubi & reliqua argumenta, quæ huic assertioni negocium facessere videntur, abunde refutat.

520 Decimosextò & ultimò, hæc conclusio ampliatur & extenditur; ut emphyteuta ob non solutum canonem, ipso jure (modò certum & in confesso sit, illum in solutione cessasse) non expectata judicis sententia privata, emphyteusin amittat, argumento l. 2. C. de jure emphyteut. ubi primò Justinianus ait, domino volenti licere emphyteutam, qui per triennium cessavit in solutione, expellere. Si licet domino eum repellere: consequens est, sententiam judicis necessariam non esse. Et sanè quod sententia judici privativa sit opus: nullo verbo in isto textu attingitur: ut parum credibile sit, id Justinianum
521 Imp. omissurum fuisse, si necessarium foret. Deinde idem Imperator in d. l. 2. & in Novell. 7. c. 3. §. scire autem. 2. utitur præcisis dictionibus, omnino & omnimodo: quarum dictionum hæc vis est, ut indicent, aliquid ipso jure fieri: ideoque tantum esse necessariam declarationem domini, jure suo uti volentis, non verò judicis. Et quod dictiones, omnino, omnimodo, penitus, & similes significent, ipso jure aliquid fieri, prolixè traditum est à Tiraquello in leg. si unquam, super verb revertatur, num. 76. & aliquot seqq. C. de revocand. donationib. & Corseto singul. 194. in verbo, omnino, & singulari. 208. in verbo, penitus, itemque Ludovico Romano in singulari suo primo, nec non Matthesilan. sing. 111. & 114. Hujusque assertionis auctores sunt, Iason in d. l. 2. num. 14. C. de jur. emphyteut. & ibidem Salicetus num 8. Sichardus num. 19. & alii. Hostiens. & Anton. de Butr. in c. potuit. 4. num. 18. extr. de locato. Ruin. consil. 154. n. 6. vol. 1. consil. 57. num. 11. vol. 4. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. num. 14 Connan. lib. 7. Commentar. c. 12. num. 9. Fachineus lib. 1. controvers. jur. c. 93. Clarus lib. 4. recept sentent. §. emphyteosis. qu. 9. Arumæus Exercit. Iustin. 14. thes. 15. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol 1. disp. 19 th 12. lit. B. pag. 1135. cum seq. ibique Hunnius quæst. 48 pag. 1796. & seq. Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat 45. num. 1. aliique ab eo designati. Tametsi contrarium teneant Speculat. in titul. de emphyteusi, quæst. 47. num. 60. Paul. Castrens. in consil. 68. lib. 2. Innocent. in d. c. potuit. extr. de locat. aliique, quos refert Tiraquell. in d. l. si unquam, in verb. revertatur, num. 187. C. de revocand. donationib. Quibus adjiciendi sunt Mynsinger. cent. 3. obs. 65. num. 1. cum seq. & cent. 6. obs. 77. num. 1. & seq. Cravett. consil. 212. num. 2. Dominic. Cardinal. Tuschus. tom. 3. practicabil. conclus. lit. E. conclus. 192. n. 7. & seq. Trentacinquius lib. 3. var. resolut. tit. de jur. emphyteut. resolut. 4. num. 2. Berlichius part. 2. conclusion. practicabil. conclus. 46. num. 5. Gail. lib. 2. observ. 11. num. 7. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 53. edit. 1. & Matthias Stephani cent. 3. quæst. 83. ad lit b. ubi dicit, hanc posteriorem sententiam esse quidem æquiorem & probabiliorem; priorem verò (quam nos amplectimur) de jure veriorem & communem esse.

Non obstat nostræ assertioni, quod Imp. Justi- 522
stinianus in d. l. 2. ibi, jure suo cadat. C. de jur. emphyteut. utitur verbis, non præteritum, sed præsens tempus significantibus: item in d. Novell. 7. c. 3. §. scire. 2. ibi, fient omnino extranei, &c. utitur verbis futuri temporis: quæ verba privationem non ipso jure, sed per sententiam inducunt, juxta gloss. in l. jubemus. 14. §. œconomus. super verb. privetur, C. de sacrosanct. Eccles. & in l. criminali. 5. super verb. habeatur. C. de jurisdict. omn. judic. Nam verba futura vel præsentia, nequaquam pœnam per sententiam infligunt, quando talia verba sunt conjuncta (ut in proposito casu) cum dictione aliqua præcisa, omnino, omnimodo, mox, prorsus, aut simili. Ea enim efficit; ut, licet sint verba præsentia vel futura: tamen

pœna

pœna ipso jure infligatur, *per notata gl. in c. quam sit. 6. ad finem. super verb. vacuetur, de electione, libr. 6. Roman. in consil. 212. quoad primum. circa finem, & Matthesilanus dict. singulari. 111. & aliorum, quos referendo probat D. Borcholt. dict. cap. 3. num. 24. ad finem.*

523 Consimiliter non resistit *cap. 1. de feudo sine culpa non amitt. in princ. tit. 21. lib. 1. feudor. item c. 1. §. sancimus, ibi, nisi convicta culpa, quo tempore miles investituram petere deb. tit. 224. lib. 1. F.* ubi vasallus (cui emphyteuta comparari solet) ob feloniam admissam non cadit feudo ipso jure: sed demum sententia judicis privativa interveniente. *Tum* quia tametsi cognitionis sive sententiæ judicis in locis allegatis mentio fit: illud tamen accidit solummodo propter controversiam inter dominum & vasallum: quæ ubi existit, necesse est, ut competentis judicis sententià
524 definiatur. *Tum* quia à feudo ad emphyteusin, non semper procedit argumentum: & sanè cum quæstio civilis ex jure civili decidi potest, decisio ejus ex jure feudali peti non debet, *c. 1. de feudi cognit. tit. 1. lib. 2. Feudor.*

525 Minùs adversatur *l. lex vectigali. 31. §. 1. ff. de pignorib.* ubi dicitur; canone, secundum legem vectigali fundo dictam, non soluto, pronunciatum fuisse, fundum secundum legem, domini esse. *Etsi* enim in ea quoque lege judicialis pronunciationis fit mentio: non tamen inde sequitur, quod talis pronunciatio necessariò requiratur. Sed & nos non diffitemur; evenire posse, ut judicis pronunciatione hac in re opus sit: negante (*verbi gratia*) emphyteuta, se in canonis solutione cessasse, & domino eum non solvisse affirmante. Tum etenim & judex adeundus, & sententia expectanda est, quæ disputationem & controversiam istam dirimat: licet nihilominus ante judicis prolationem emphyteuta, si non solverit, emphyteusi privatus intelligatur. *Et ita benè hoc explicat Fachin. d. lib. 1 cap. 93. ubi etiam aliis objectionibus satisfacit.* Idem à nobis traditum est *in addit. ad Iul. Clar. §. emphyteusis. quæstio. 9. numer. 4.*

526 Quanquam autem emphyteuta, ob non solutum legitimo tempore canonem, ipso jure prædio emphyteutico excidit, *ut ex prædictis patet*: haud tamen domino illum propria auctoritate, absque judicis decreto expellere, reique vectigalis possessio-
527 nem occupare licet. Ratio hujus in promptu est: tum quia non est singulis concedendum, quod per magistratum publicè fieri debet: ne occasio sit majoris tumultus faciendi, *l. non est singulis. 176. ff. de reg. jur. l. si cujus. 13. §. æquissimum ff. de usufruct. l. dotis 9. C. soluto matrim.* Tum quia per emphyteutæ cessationem & negationem res fit dubia & controversa, ut jam ad ejus discussionem judice opus sit, *ut*
528 *paulo ante dictum.* At nemo sibi ipsi jus dicere potest, præsertim ubi copia judicis habetur, *l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. creditores. 3. C. de pignoribus, l. nullus. 14. C. de Iudæis, l. 3. l. si quis in tantam. 7. l. penult. & ult. C. unde vi, & tot. tit. C. ne quis in sua caus. judicet. Borcholt. d. Commentar. de feud. c. 3. numer. 30. Clarus d. lib. 4. sentent §. emphyteosis, quæst. 11. Fachin. dict. lib. 1. controvers. c. 95. Busius ad l. 2. ff. si ager vectigalis, &c. Heigius in nostro §. num 17. & & seq. ibidemque Vulteius num. 17. Bronckorst. dict. centur. 1. assert. 53. edit. 1. Bansovius disput. de jur. emphyt. Præsidente D. Halbritter. thes. 44. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst 3. pag. 1125. D. Rümelin. exercitat. 15. ad Institut. th. 12. sub lit. b. in fin. pag. 139. Ericus Hedemannus Disput. 17. proposit. 59. & Menochius remed. 1. recuper. possess. num. 78. & 79.* ubi plures variè sentientes allegat. Quibus adjiciatur quoque D. Besoldus *in delibat. jur. ex lib. 6. Pandectar. tit. 3. num. 10. pag. 508. cum seqq.* & Knipschildt *d. exercitat. Acad. 9. quæst. 10. pag 335. & seq.*

Nec reluctatur *d. l. 2. C. de jur. emphyteut. l. quæro. 54. §. 1. ff. locati. & l. æde. 3. C. de locato.* in qui- 529
bus legibus domino emphyteutam, & locatori conductorem, ob pensionem non solutam, expellere permittitur. *Nam* verbum *expellendi vel repellendi* (*quod in citatis legibus extat*) ad juris intellectum sive ordinem referri debet. Proindeque illic non corporalem dejectionem significat, sed legitimam expulsionem: quæ non fit de facto, sed ministerio judicis, & per remedia juris, competentesque actiones, *d. l. extat. 13 ff quod met. caus. cum similibus, pro nostra assertione supra adductis.*

Nihil quoque officit *tit. 54. in fine, & tit. 55. §. fir-* 530
miter. lib. 2. feuder. ubi asseritur, quod vasallo de delicto convicto, dominus liberam habeat facultatem feudum in usus suos redigendi. Quæ utique verba ad dominum feudi referuntur, atque denotare videntur: dominum actum istum, nulla servata legitima solennitate, nec aliquo requisito, sed propria auctoritate explicare posse, *arg. c. de multa. 28. ext. de præbend.* Non, *inquam*, officit. Quando enim *in allegatis titulis* dicitur; dominum, felonia à vasallo commissa, posse feudum in suos usus redigere: id similiter intelligendum est secundum juris ordinem, legitimumque processum: quod nimirum dominus feudum suos in usus redigere possit, non auctoritate propria, sed ope, ministerio & auctori-
tate magistratus; *juribus præcitatis* Non item ad- 531
versatur, quod dominus fundi sive locator civilem, conductor verò naturalem possessionem fundi habeat. Unde, cum conductor vel emphyteuta, qui pensionem seu canonem non solvit, injustus possessor fundi efficiatur: dubium non videtur, domino sive locatori permitti hunc conductorem vel emphyteutam propria auctoritate ex fundi possessione expellere. Omnis namque is, qui civilem alicujus rei possessionem habet: eum, qui hanc rem naturaliter ac injustè possidet, propria auctoritate, non accidente judicis permissione, etiam vi ex illa re expellere potest, *arg. l. clam. possidere. 6. §. ult. & l. seq. ibique gloss. & Dd. ff de acquir. vel amitt. possess.*

l. 3. §. cum igitur 9. ff. de vi, & de vi armat. Non,
inquam, illud adversatur. Quod enim dicitur; eum,
qui civilem habet possessionem, posse illum, qui na-
turaliter rem tenet, vel possidet, de possessione de-
turbare, propriaque auctoritate dejicere, id expres-
sè legibus supra pro nostra sententia adductis con-
tradicit: ex quibus manifestum evadit, quod nemo
sibi jus dicere, nec possessionem ab alio detentam
occupare valeat: sed qui hoc conatus fuerit, posses-
sione ac jure suo cadat, *d. l. extat. 13. ff. quod met.
caus. d. l. nullus. 14. C. de judæis, d. l. si quis in tantam.
7. cum concordantibus. C. unde vi.*
Sic etiam non repugnat *l. penult. C. de pignor. act.*
532 ex qua apparet, quod creditor ex pacto pignus à de-
bitore auferre propria auctoritate queat. Si hoc ex
pacto & conventione licet: multò magis auctorita-
te legis, quæ dat potestatem expellendi emphyteu-
tam, permittendum erit. Non repugnat, *inquam.*
Quia creditor potest propria auctoritate ex pacto
pignus auferre à debitore, si is non resistat: alias
non item, *d. l. creditores. 3. C. de pignoribus.* Etsi i-
gitur debitor creditori facultatem pignus propria
auctoritate occupandi concessit; attamen si debitor
facto vel verbis resistat; non rectè possessionem, ni-
si interveniat judicis auctoritas, occupabit. Siqui-
dem & alioqui, quæ suo jure exigere alicui licet,
melius ac tutius est exigere per judicem, *l. si pupillo-
rum. 7. §. 1. ff. de rebus eor. qui sub tutela, &c. l. si a-
lius. 7. §. bellissimè 3. in fin. ff. quod vi aut clam. l. si
stipulatus. 81. in fine. ff. de solutionib. l. debitores. 10. C.
de pignorib.* Latè & eruditè *Iohan. Vaud. variar.
quæst. lib. 1. quæst. 13.* Hucque spectant, quæ an-
notavimus *ad §. creditor. 4. supr. quib. mod. re con-
trah. obligat. num. 226. item ad principium tit. infr.
de actionib. num. 30. & seqq. itemque in additionib. ad
Iul. Clar. §. emphyteusis, quæst. 11.*
Supradicta autem conclusio, qua statuitur; em-
533 phyteutam, ob non solutum consuetum domino ca-
nonem per triennium vel biennium, jure suo privа-
ri, fundoque emphyteutico licitè expelli posse, ali-
quot modis restringitur & limitatur. Primò enim
non procedit, si in investitura & contractu conve-
nerit, sive actum fuerit, ne emphyteuta ob pensio-
nem non solutam expellatur. Pactionem namque
de rejectione emphyteutæ valere, disertè expressum
est *in l. 2. C. de jur. emphyteut.* Nihil quippe natura-
534 li æquitati magis consentaneum est, quam ea, quæ
inter aliquos placuerunt, servare, *l. 1. ff. de pact.* &
unicuique licet juri suo renunciare, *l. penult. C. eod.
tit.* Atque hoc commune effatum esse, testatur Ia-
son *in d. l. 2. C. de jur. emphyteut. num. 118. & Sali-
cet. num. 13. Speculat in tit. de emphyteus. quæst. 89.
num. 112. Cagnol. post Decium. in Authent. qui rem.
num. 30. in sexta limitatione. C. de SS. Eccles. Bartol.
in l. fundi. 4. C. de fundis patrimonialib. Imola in c.
potuit. 4. ext. de locato num. 57. Corbulus in tract. de
jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 1. ubi plures hanc in
sententiam accersit.*

Deinde isthæc conclusio locum non habet, si in
loco contractus inter Ecclesiam sive dominum, & 535
inter emphyteutam talis observetur consuetudo:
quod emphyteuta ob non solutum canonem expelli
nequeat. Cujus ratio manifesta est: tum quia sic- 536
uti pactum hujusmodi valet, *ut paulò antè diximus*;
ita & consuetudo valere debet: cum ea sit fortior,
quam pactum privatorum, *arg. c. final. ibique gl. &
Canonista. extr. de consuetudine.* Tum quia causas
Ecclesiarum & clericorum secundum consuetudi- 537
nem patriæ terminandas esse, constat *ex c. cum ve-
nissent. 3. extr. de eo, qui mittitur in possess. & c. 1. con-
stitutus. 8. vers. juxta municipii, extr. de in integr.
restitut. & c. cum causa 8. extr. de sentent. & re jud.*
Tum quia consuetudo legem dare potest omnibus 538
rebus, existentibus in territorio, cujuscunque sint,
*secundum Abbatem in consil. 72. vol. 1. allegantem ad
hoc l. ætatem. 3. ff. de consib. & l. munerum. 18. §. pa-
trimoniorum. 21. ff. de muneribus, & honor. can. quæ
contra mores 2. Distinct. 8. & jura similia.* Hæc ta-
men consuetudo non attenditur, si inter dominum 539
& emphyteutam expressè aliud convenit: quia tum
emphyteusis non immeritò ex partium conventio-
ne legem accipit, *l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. l. in
conventionalib. 52. ff. de verb. obligat.* & quia tum ab
illa consuetudine recessum intelligitur, *secundum
Augustinum Beroum in cons. 107. sub num. 7. in fin.
& num. 8. vol. 1. quem refert & amplectitur Corbul.
in d. tractat. de jur emphyteut. cap. 15. limitat. 2. num.
11. & D. Obrecht. in Disput. 36. de jur. emphyteut.
thes. 380.*
Tertiò, conclusio hæc non militat, si alius extra-
neus, tanquam procurator emphyteutæ, vel nego- 540
ciorum ejus gestor, canonem domino solvisset.
Hanc enim solutionem ipsi emphyteutæ prodesse,
æquitati consonum est, *l. solvendo. 39. & l. qua utili-
ter. 45. ad finem. ff de negot. gest.* Nam quotiescun-
que de conservatione juris realis tractatur, ut est
emphyteusis: semper ex benigno jure factum nego-
ciorum gestoris, alteri ad conservationem & reten-
tionem illius juris prodest, *arg. l. usu. 20. ff. quem-
admodum servit. amitt. & l. arborib. 12. §. quid tamen.
ff. de usufruct.* Et ita in individuo sive terminis (*ut lo-
quuntur*) tenent *Ang. in l. lex vectigali. 31. ff. de pigno-
rib. Lud. Rom. in cons. 103. incip. viso proposita quæ-
stionis themate. in princ. hosque referens Iason in d. l. 2.
C. de jur. emphyt. num. 68. & 69. Dominic. Cardinal.
Tuschus tom. 3. practicabil. conclus. lit. E. conclus. 192.
num. 90. 107. & 152. Berlichius part. 2. conclus. pra-
cticabil. conclus. 46. num. 37. & aliquot seqq.* Huc-
que revocari poterunt, quæ notavi *in addit. ad Iul.
Clar. §. emphyteusis. qu. 8. num. 39. & seq.*
Quartò, conclusio ista etiam non obtinet, si ca-
non à quodam tertio, nullum jus in emphyteusi ha- 541
bente, nomine suo proprio solutus domino esset.
Quandoquidem, ut jus in rem conservetur, non re-
fert, quomodo, aut à quo, aut cujus nomine pen-

fio exolvatur: dummodo exoluta sit, *d. l. arboribus 22. §. quid tamen, ubi Bald. ff. de usufruct. l. qui fundum. 12. ff. quemadmodum servitut. amitt.* Et expressius probatur argumento *l. forma. 4. §. si, cum ego. ff. de censibus.* ubi solutio census aut canonis, per eum suo nomine facta, qui jus in re nullum habuit, prodest jus habenti, quoad conservationem juris sui censualis, vel emphyteutici, ut docet Jason *in d. l. 2. num. 69. C. de jur. emphyt.* citans Speculatorem *in tit. de emphyteusi, quæst. 82. num. 104.* & alios: cum quibus transeunt *Secin. Iun. consil. 70. incip. prosequendo ordinem. num. 2. vol. 1. Abbas consil. 67. col 3. prope finem. vol. 2. Beroia. consil. 199. n. 19. & consil. 204. num. 17. vol. 1. Petr. Ancher. consil. 44. incip. primò de viribus. num. 7. Tiraquell. de retraict. lignag. §. 1. gloss. 9. num. 259. Guilielm. Rodoan. in tractat. de reb. Eccles. non alienand. quæst. 24. c. 3. num. 25. pag. 500. & Elbertus Leoninus in d. l. 2. n. 19. C. de jur. emphyt.* Hoc tamen rursus non pro-
542 cedit, si dominus ab isto tertio, qui non est procurator emphyteutæ, canonem recipere recuset.
543 Quanquam enim aliquis, invito quoque creditore, pro alio solvere possit, *d. l. solvendo. 39. ff. de negot. gest. l. solutione. 23. l. si pro me. 40. & l. solvero. 53. ff. de solutionibus.* non tamen ideirco tertius, invito domino, pro emphyteuta, à quo nullum mandatum habet, canonem solvere potest: quia solutio canonis non tantum fit ad consequendam liberationem, sed etiam fit in recognitionem dominii. Atqui hæc recognitio per tertium fieri nequit. Ergo etiam domino invito tertius pensionem solvere nequit, *ut tradunt Bald. in l. acceptam. 19. num. 37. & ibidem Salicet. in ultima quæst. C. de usuris. Iason. in d. l. 2. n. 70. C. de jur. emphyt. Natta consil. 194. n. 8. & Tiraquell. d. §. 1. gl. 9. num. 262.* Nec tertius iste, si ca-
544 nonem deponit & consignat, quicquam agit: quia si non potest invito domino canonem pro emphyteuta solvere; multò minùs hunc poterit deponere & consignare. Nisi fortè tertius iste in emphyteusi hypothecam constitutam habeat. Tum enim etiam absque mandato, pro emphyteuta invito domino solvere, deponere, & consignare canonem poterit: quoniam hæc solutio, depositio & consignatio ad conservationem juris sui instituitur, *tradente post alios, à se relatos, Corbulo in d. tract. de jure emphyteut. c. 15. limitat. 7. n. 3. & 4.*
545 Quintò, illi conclusioni locus non tribuitur, si nemo adfuit, cui emphyteuta canonem solvere potuit: quia forsan Ecclesia toto biennio vacavit, vel hereditas toto triennii tempore jacens fuit. Tum enim tutus est emphyteuta & excusatur. *Hostiens. in summa tit. de locat. column. penult. Ruin. consil. 151. num. 4. vol. 1. Bald. in l. 2. fin. C. de jur. emphyt. Alexand. consil. 92. num. 9. & seq. vol. 1. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 77. num. 35. pag. 268.* Nec hoc casu protestatio necessaria est: quia cum revera non adsit, qui canonem recipiat: una mora non malè cum altera compensatur, & neuter in mora esse dicitur, *juxta Castrens. in l. si & per emptorem. 51. in princip. per istum textum. ff. de actionibus empti Decium consil. 566. incip. premisit. num. 4. & seq. Ruinum d. consil. 151. num. 4. vol. 1. & D. Obrechtum d. disp. 36. de jur. emphyt. thes. 387.*

Sextò, conclusio illa vera non est, si emphyteuta 546
toto biennii aut triennii tempore in carceribus detentus fuit. Siquidem propter impedimentum carceris, excusationem meretur, uti docuerunt *Anton. de Butr. in c. significante. 7. in 4. notabil. extr. de pignorib. & ibidem Barbat. col. 3. vers. nota, quòd ee ipse, &c. & Imola colum. 3. num. 5. Secin. Iun. consil. 70. num. 7. vol. 1. Dec. in Authent. qui rem. num. 9. vers. septimo fallit. C. de sacrosanct. Eccles. Iason in d. l. 2. quæst. 21. n. 65. Guilielm. Rodoan. in tractat. de rebus Eccles. non alienand. q. 24. cap. 3. num. 24. pag. 466. Paul. de Monte Pico in consil. 76. num. 20. Anton. Rub. in repetit. l. vinum. 22. numer. 199. ff. de rebus credit. si cert. pet. &* alii, quos congessit Corbulus *d. tractat. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 10.* ubi hoc procedere inquit, etiamsi emphyteuta sua culpa carceratus fuerit.

Septimo, conclusioni isti non est locus, si domi- 547
nus prædii emphyteutici intra triennium canonem oblatum accipere recusavit: quia eo ipso emphyteuta canonem lucratur, nec dominus illum è prædio ejicere potest. Quod tamen tum demum verum est, si emphyteuta pecuniam, quam dominus recipere noluit, consignet, & consignatam deponat. Ut 548
enim commissi pœna evitetur: omnino pecuniæ debitæ oblatio, consignatio, & depositio necessaria est, *per apertum textum in d. l. 2. in fin. ibi, pecunias offerre, hisque obsignatis. & secundum legem depositis.* C. *de jure emphyt.* Et propterea Glossæ *in dict. l. 2. in verb. secundum legem. Cyni, Baldi, Iacobi de Arena, Alberici, Saliceti, Sichardi, num. 31. in fin. & Elberti Leonini. num. 21. C. de tit. Iulii Clari. lib. 4. recept. sentent. §. emphyteusis. q. 8. n. 10.* adeoque commune Doctorum pronunciatum, existimantium, solam oblationem à pœna caducitatis seu commissi excusare: at consignationem & depositionem ad plenariam liberationem pertinere; ut scilicet emphyteuta nec ejici, nec de solutione pensionis præteriti temporis compellari possit, meritò improbandum est. Hoc enim verbis *dicta l. 2. in fin. C. de iur. emphyt.* perspicuè reclamat, quæ tria, puta pensionis oblationem, consignationem & depositionem copulativè ac nominatim requirit, ut emphyteuta ejectionis periculo liberetur: idque per ablativos absolutos, *consignatis & depositis*: quos conditionem facere in- 549
dubitatum est, *l. ab emptione. 58. ff. de pact. l. à testatore. 109. ff. de condit. & demonstrat. l. evictis. 8. & l. lite contestata. 35. ff. de usur. l. acceptis. 93. ff. ad l. Falcid. l. facta. 63. §. rescripto. ff. ad Senatuscons. Trebellian.* Conditio autem præcisè & ad 550
unguem impleri debet, *l. qui heredi. 44. & l. Mavius. 55. ff. de condit. & demonstrat. & dictum supr. numer. 74.* Sed & argumento à contrario

 sensu

sensu (quod in jure fortissimum est, l. 1. ibi, hujus rei
fortissim. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. si neque
consignet, neque deponat pecuniam, ostendit Justi-
nianus, emphyteutā è prædio ejici posse, d. l. 2. in fin.
C. de jur. emphyt. Quamobrem verius videtur, speciale
esse hoc in casu, ut sola oblatio ad suffugiendam de-
552 jectionis pœnam non sufficiat. Cujus specialitatis
ratio hæc fortassis non incommoda redditur: quia
cum habeant emphyteutæ hoc prærogativæ, ut non
sicut cæteri conductores, quamprimum solvere ces-
sarint, expellantur, l. vectigalia. 10. §. fin. ff. de pu-
blican. & vectigal. l. ade. 3. ubi Dd. C. de locato. sed
cessatio triennii continui necessaria sit, hocque no-
mine domini non parum aggraventur: naturæ con-
sentaneum Imperator censuit, in hoc vicissim do-
minis faveri, ut eis pensionem revera emphyteutæ
solvant: quod tantum contingit, si numeratam pe-
cuniam domini recipiant, aut postquam recusave-
rint: ea consignetur & deponatur: ut meritò consti-
tutum sit, non satis esse emphyteutæ offerre, nisi
præterea pensio consignetur & deponatur, sæpe alle-
gata l. 2. C. de jure emphyt. ubi ita expressè docent Ias. n.
182. Corasius n. 29. & Ioan Ferrar. Montanus circa fi-
nem. Quibus novissimè etiam suffragantur D. Obrecht.
d. Disp 36. th 349. cum seq. Bansov. in Disp. de jur. em-
553 phyt. de Anno. 1602. thes. 38. & Eggebt d. synopsi juris
emphyteutici. conclus. 245.
Octavò præfata conclusio locum sibi vindicare ne-
quit, si tota res emphyteutica periit, hoc § nostro, in
fin. & l. 1. ubi Dd. communiter. Cod. de jure emphy-
554 teut. & monuimus supra numer. 373. & seq. Hujus-
que ratio evidens est: quia cum jus emphyteuticum
non nisi in re aliqua consistat: meritò, re non am-
plius existente, jus quoque illud intercidit. Non
enim accidens sine subjecto esse potest: sed hoc sub-
lato, & illud interit. initio J. de usufruct. l. 2. ff. eod.
l. nihil dole. 129. §. 1. & l. cum principalis. 178. ibique
Decius. ff. de reg. jur. Hinc si domus aliqua, in em-
phyteusin data, una cum superficie, forte chasmate
periit; etiam jus emphyteuticum periit: cum nulla
res supersit amplius, in qua jus illud locum habere
possit. Quod si verò non tota domus periit; sed ad-
huc area salva remansit: tum distinctio adhibenda
est. Aut tota domus, ut aream quoque comple-
555 ctatur, in emphyteusin est concessa: aut tantum su-
perficies, quæ etiam domus appellatione venit.
Priore casu si fortasse incendio domus periit, salva
adhuc area, pensio debetur: quoniam area, quæ
censetur maxima sive potissima pars domus, adhuc
superest, l. qui res. 98. §. aream. 8 ff. de solutionib. At
posteriori casu, si superficies periit, nulla amplius
debetur pensio: quia nihil superest, ex quo solvi ali-
quid possit, ut rectè affirmant Imola in c. potuit. ext. de
locat. & Iason in l. 1. num. 15. limitat. 32. in quo capite
556 is plures alias utiles limitationes, quas qui volet, cogno-
scere poterit, accuratè recenset.
Modis finiendi juris emphyteutici abunde expo-
557 sitis: coronidis & quasi auctarii loco primum quæri

potest: Utri incumbat probatio, si emphyteuta di-
cat, se solvisse canonem, dominus verò neget? Et
emphyteutæ incumbere, rationabile est: quia solu-
tionem alleganti, tanquam affirmanti, incumbit
probatio solutionis, l. ult. C. de solutionib. l. 1. C. de
probationib. l. 2. ubi Gothofred. lit. c. & l. eum, qui 22.
ff. eod. Novell. 18. cap. 8. Gloss. in l. 2. in verb. repellere.
vers. item quis probabit. C. de jur. emphyt. Bald. ibid.
num. 16. Bart. num. 9. vers. quare, quis, &c. Albe-
ric. Rosatus num. 7. Salicet. num. 15. & Iason. n. 132.
Anchor. & Imola num. 55. in c. potuit. ext. de locato.
Marian. Socin. cons. 111. numer. 15. vol. 2. ubi hanc
communem esse opinionem testatur: quam etiam, uti
veram & receptam, comprobat Ignæus in repetit. l. ne-
cessarios. 5. §. non alias, num. 310. ff. ad Senatusc. Silan.
Beroius cons. 152. num. 1. volum. 1. Guilielm. Redoan. 558
in tractat. de reb. Eccles. non alien. q. 20. n. 23. p. 446.
Sed hanc impugnare videtur sententiam textus
in c. super his. 16. ext. de accusationib. ubi Innocenti-
us indicat; quòd, si contra electum quispiam exci-
piat, & proponat, eum perjurum esse: propterea quod
promiserit solvere Titio decem, quæ non solvit: li-
cet hic excipiens fundet se in negativa: quia asserat,
illum non solvisse: tamen ipse excipiens negativam 559
istam probare cogatur. Ergo & in proposita specie
dominus, qui se fundat in negativa non soluti cano-
nis, hanc negativā probare tenetur. Verū respondetur:
quòd in caussis criminalibus is, qui se in negativa fun-
dat, eā probare cōpellatur, ut ex verb. dict. c. apparet:
in civilibus autem negociis procedat regula, quòd
affirmanti & ponenti probatio incumbat, d. l. 2. &
d. l. eum, qui. 22. ff. de probationib. & similib. Vel
etiam forte non ineptè dici poterit: si tertius qui-
dam se in negativa fundet, hanc probare eum teneri:
secus autem, si altera partium id faciat, ut à Sichar- 560
do traditum est in d. l. 2. num. 17. Cod. de jure emphy-
teutico. Cæterum eo ipso, quod emphyteuta pro-
bat, se tribus annis proximis singulatim canonem
solvisse, præsumitur: quòd pro omnibus aliis annis
præteritis semper solverit: ita ut dominus non pos-
sit ab eo canonem petere, nec eum expellere sub
prætextu, quòd aliis anterioribus annis non solve
rit: nisi dominus illum non solvisse evidenter do-
ceat, argum. l. quicunque. 3. C. de apoch. publicis.
gloss. in d. l. 2. in verb. repellere, vers. vel quod tribus
annis. C. de jur. emphyt. & inibi Salicet. & Iason n.
135. Anton. Gabriel. lib. 1. de præsumptionib. conclus.
11. ampliat. 1. Vivius in suis opinionibus communibus
opin. 92. part. 1. Mascardus in tractat. de probationib.
conclus. 603. n. 9. & 21. vol. 1. ubi plures citat. Idem 561
de colono sive inquilino monuimus in pr. supra hoc
tit. num. 78. Solutio porrò canonis vel confessio-
ne domini, vel instrumentis & apochis, vel testibus
ad minimum duobus probari solet & potest, ut tenet
Baldus in l. testium. 18. num. 2. C. de testib. & in d. l.
2. num. 18. C. de jur. emphyteut. ibidemque Iason n.
134. Oldendorp. class. 5. de actione emphyteut. in verb.
reus triennio jam elapso, &c. pag. mihi. 954. Afflict.
decis.

decis. 13. num. 26. Octavian. Cacheran. decis. 53. n. 7.
562 & 15. quos refert & sequitur Aurelius Corbul. in tract. de jur. emphyteut. c. 15. quaest. 4. n. 4. & 6.

Deinde in disceptationem & illud cadit: si emphyteuta in solutione canonis cessaverit, & antequam dominus declaraverit, se velle, eum jure suo cecidisse, fructus perceperit, an ad restitutionem eorum teneatur? Et teneri, plerique affirmarunt: *Speculator in tit. de emphyteusi, quaest. 10. n. 19. Bald. in l. si pater. 5. in 3. notab. C. de usufruct. Iason in l. 2. num. 17. C. de jur. emphyt. Angel in Novel. 7. c. 7. si vero & perpetuam, &c. Feliu. in c. de quarta. num. 33. ext. de praescript. Capolla in cons. civili. 25. n. 7. Ripa in l. 1. §. si heres. 16. num. 16. ff. ad senatusconf. Trebell. Guilel. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quaest. 19. c. 2. num. 12. pag. 441. & Tiraquell. in repetit. l. si unquam in verb. revertatur. n. 271. Cod. de revocand. donat. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 12. lit. B. pag. 1136.* Contrarium vero tenuerunt *Rota Bononiensis. Petrus de Benintendis decis. 37. Corbul. d. c. 15. ampliat. 38. num. 2. Mynsinger. cent. 6. obs. 83. num. 5. Fachineus lib. 1. controvers. jur. cap. 94. vers. verum re maturius, &c. Hedemannus Disp. 17. proposit. 61. & Bansovius in Disp. de jure emphyteut. Praeside D. Halbrittero, th. 45.* Quorum sententiam, veluti (*teste Mynsingero dicto loco*)
563 saniorem, & aequitati magis consentaneam, atque post multam disputationem in Camera Imperiali obtentam, & ego omnino sequendam censeo. Quia clarissimi juris est: fructus spectare ad eum, qui rei est dominus, *l. & ex diverso. 35. §. 1. & l. solum. 49. §. 1. ff. de rei vindicat.* Ast antequam dominus declaret, se velle esse locum caducitati, emphyteuta jure suo non est privatus, sed dominium rei retinet, *d. l. 2. C. de jur. emphyteut.* ubi sancitur expresse, emphyteutam cadere jure suo ob canonem non solutum, *si*
564 *dominus voluerit.* Ergo antequam dominus velit, cadere non dicitur. Illa siquidem verba (*si dominus voluerit*) conditionem important. Priusquam autem conditio eveniat: actus sub conditione factus non habet effectum, *l. cedere diem. 213. ff. de verb. signific. l. legata sub conditione. 41. ff. de condit. & demonstr.* Quapropter cum fructus ad ipsum emphy-
565 teutam pertineant, eos restituere non est obligatus.

Huic decisioni non adversatur, quod malae fidei possessor fructus non faciat suos, sed omnes restituere teneatur, *l. fructus. 33. l. si navis. 62. §. ult. ff. de rei vind. l. domum. 5. l. si fundum. 17. & l. certum. 22. C. eod. §. si quis à non domino. 35. ubi & nos explicavimus. num. 58. & seq. supra de rer. divis. &c.* Emphyteuta autem, posteaquam jure suo cecidit, malae fidei possessor censeatur. *Nam* respondetur per inficiationem: quoniam emphyteutam esse malae fidei possessorem ex eo tempore, quo in solutione cessavit, nequaquam conceditur: cum jure suo privatus non dicatur, nisi dominus voluerit. Igitur ante domini declarationem, non est privatus: & sic bonae
566 fidei esse intelligitur: quia probabiliter credere potest, dominum ipsi poenam remittere velle.

Minus adversatur, quod usufructuarius ad fructuum, quos finito usufructu percepit, restitutionem teneatur, *l. si pater. 5. C. de usufruct.* Quandoquidem nostro in casu jus emphyteuticum ex sola cessatione in solutione, finitum & extinctum esse, prorsus negatur. Idem monuimus *in additionib. ad Iul. Clar. §. emphyteusis, quaest. 27. n. 5.*

Multò minus adversatur, quòd haec sit natura 567 conditionis, ut retrotrahatur, *l. si filiusfamilias. 78. ff. de verbor. obligat.*. ac proinde domino declarante, se velle privationi locum esse, idem sit, ac si statim, cum cessavit, privatus fuisset: quo casu fructus sine dubio ad dominum pertinuissent. *Etenim* id, quod dicitur, conditionem retrotrahi, locum habet; quando à casu conditio pendet: secus, cum à potestate contrahentium, *l. potior. 11. §. 1. & ibi Bartol. ff. qui potior. in pignor. habeant.* Sed conditio illa, *si dominus voluerit*, à voluntate domini pendet: cum is possit velle & nolle. Ideoque retro non trahitur. Praeterea in praejudicium tertii conditionem non trahi retrò, evincitur *ex l. 1. ubi Bald. in ult. colum. C. an servus pro suo facto post manumiss. teneatur. Alexand. consil. 228. num. 3. lib. 6.*

568 Minimè omnium adversatur, quòd principalis causa inspicienda sit, & ab ea dispositio regulam sumere debeat, *argum. l. si heres. 5. ff. de actionib. empto. l. unic. circa fin. C. de imponend. lucrat. descript.* Causa autem principalis, ob quam privetur jure suo emphyteuta, sit: quia non solverit canonem: proindeque illa videatur inspicienda, & ex ea judicandum, privationem inductam esse; & consequenter ex eo die fructus ad dominum, ad quem res pertinuerit, pertinere: non autem ad emphyteutam jam exclusum, & jure suo privatum. Minimè (*inquam*) hoc adversatur: quia facilè conceditur, causam principalem esse attendendam, si talis sit causa, quae effectum producere possit. Sed causa illa, nempe negligentia solvendi canonem, sola effectum producere nequit: nisi voluntas domini concurrat. Itaque meritò ante domini declarationem emphyteuta jus suum non perdit: ac per consequens fructus interim perceptos lucratur. *Reliqua, quae huic assertioni solent opponi, diluit Fachineus d. lib. 1. c. 94.*

569 Ulterius & hoc in disquisitionem vocatur: utrum emphyteuta, si absque ejus culpa emphyteusis finita fuerit (*putà si res emphyteutica concedatur usque ad certum tempus, certamve generationem, & illud tempus elapsum sit, ac generatio extincta*) meliorationes in re emphyteutica factas, repetere possit? Et licet hujusmodi meliorationes non solum ipsi emphyteutae, si vivat; sed etiam ejus filiis & descendentibus, tam masculis, quàm foeminis deberi, crebrioribus Doctorum votis sit receptum; *ut testatur Iulius Clarus lib. 4. recept. sent. §. emphyteosis, qu. 45. Bald. in l. senatus. 43. §. Marcellus. ff. de legat. 1. Decius cons. 518. Iason in d. l. 2. num. 27. C. de jure emphyteut. & Borcholt. de feud. cap 3 num. 31.* attamen verior videtur sententia eorum, qui ejusmodi impensas & meliorationes, quibus res emphyteutica melior est effe-

Eeee 3 cta,

ćta, ad dominum pertinere contendunt. Pro qua opinione facit, quod contractus emphyteutic' ea de
570 causa maximè instituitur, ut res melior efficiatur: quemadmodum ex ipsius verbi etymologia seu significatione efflorescit, *de qua dictum supra num.* 1. *&* 114. Et idcirco Ecclesia prædia ruinosa ad meliorandum in emphyteusin concedere consuevit, *ut in auth. si quas ruinas. C. de sacros. Eccles.* Quare si hanc ob causam contractus emphyteuticus celebrari solet: utique dominus expensas meliorationum solvere non tenetur. Ob id enim dat prædium in emphyteusin, ut ab hoc sumptu liberetur: quod non fieret, si impensam solvere cogeretur. Confirmatur quoque hæc sententia *ex l. 1. C. de jur. emphyteut. & hoc §. nostro. in fin.* ubi damnum, quod per rei deteriorationem contingit, ipsi emphyteutæ, non verò domino imputatur. Ex quo apparet, emphyteutam non posse repetere à domino expensas, in reficiendo factas. Quia si repetitio emphyteutæ daretur: non ejus damnum, sed domini esset. Sed & eadem doctrina ab æquitate non est aliena: quia cum emphyteusis plerunque pro exigua mercede concedi soleat: hinc in compensationem fructuum meliorationes domino ex natura contractus cedunt, finita emphyteusi, etiam sine culpa emphyteutæ. Nam si ex culpa amittatur emphyteusis, veluti ob non solutum canonem, vel ob alienationem illicitè factam, aliamve ob causam: tunc dominum meliorationes lucrari, extra controversiæ aleam positum est, *l. 2. C. de jure emphyt. Novell. 7. cap. 3. §. scire autem, &c.*

571 Non obstat *l. domos. 58. ff. de legat. 1.* ubi si quis faciat impensas in re subjecta restitutioni post tempus, poterit eas impensas repetere ab eo, cui rem restituit. Idem ergo in materia nostra dicendum videtur: cum res emphyteutica post certum tempus, vel certam generationem restitutioni subjecta sit. *Quia breviter respondetur*: ibi non esse rem ad meliorandum datam, neque meliorationes venire, sicut ex natura contractus emphyteutici veniunt.

572 Non obluctatur etiam textus *in c. 1. §. si vasallus. tit. Hic finitur lex 28. lib. 2. feud.* ubi secundum unam lecturam, meliorationes pertinent ad vasallum, & non ad dominum. *Nam* res, quæ conceduntur in feudum, non ad meliorandum dantur, sed propter servitia personalia, quæ sunt causa feudi. At causa contractus emphyteutici regulariter melioratio censetur, ut ex verbo ipso constat. Imò ille ipse textus magis confirmat, quam evertit decisionem nostram: quia secundum opinionem ultimam, quæ in isto textu refertur, finito feudo meliorationes factæ omnino ad dominum feudi pertinent: quæ opinio
573 ultima in dubio tenenda est, *per notata Accursii & aliorum in l. qui filium. 74. §. Fabius, in verb. & alia. ff. ad senatusconsult. Trebell. & in l. ea lege. 3. C. de condict. ob caus.*

574 Nihil quoque movet, quod dominus videatur locupletari cum alterius, scilicet emphyteutæ, jactura & detrimento, contra regulam juris, *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb. l. jure natur. 206. ff. de reg. jur.* Quoniam, ubi intervenit consensus tacitus, vel expressus, vel conventio: prædicta regula officium suum perdit: cum consentienti & volenti injuria non fiat. *l. 1. §. usque adeo. §. ff. de injur. c. scienti. 27. de reg. jur. in 6. & tradidimus in additionib. ad Iul. Clar. §. emphyteusis, quæst. 45. num. 7. & seq.*

Sic nõn repugnat *l. usufructu. 7. §. quoniam vers.* 575
hactenus. & l. sed. si quid. 15. in princ. de usufruct. & l. eum, ad quem. 7. C. eod. t. ubi usufructuarius, cui similis est emphyteuta, potest expensas utiliter factas repetere, vel detrahere. *Quandoquidem* & illæ leges nostram sententiam magis corroborant, quam impugnant: quia usufructuarius expensas modicas, ad quas de natura usufructus tenetur, repetere non potest: eas autem, quæ ex natura usufructus non veniunt, repetere potest, *d. l. usufructu. 7. quoniam. ff. de usufr. d. l. eum, ad quem. 7. C. eod. t.* Cæterum omnes impensæ, quæ fiunt in re emphyteutica, ex natura ipsiusmet contractus veniunt: proindeque nullæ impensæ rei emphyteuticæ repeti possunt. *Atque ita tradunt Franciscus Sarmient. lib. 3. selectar. interpretat. c. 4. Fachineus lib. 1. controvers. jur. cap. 92. & Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 45.*

Postremò, quæ actio ex contractu emphyteutico
detur & profluat, Doctores admodum variant: quibusdam actionem præscriptis verbis dari putantibus, 576
Accurs. in l. 1. verb. custodiri, C. de jur. emphyteut. ibique Petr. de Bella Pertica, & Cyn. quæst. 5. & Alberic. num. 8. Iohan. Andr. ad Speculat. in tit. de emphyteus. quæst. 171. num. 197. in fine & Oldendorp. class. 5. de act. emphyt. nonnullis condictionem ex lege competere contendentibus? *Iason. in d. l. 1. num. 68. C. de jur. emphyteut. & ibidem Sichard. in fin. Wesenbec. in Paratit. ff. si ag. vectigal. id est, emphyt. pet. num. 2. Ferrar. in tract. de jur. emphyteut. circa princip. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civ. cap. 14. Treutler. Disput. 29. th. ult. lit. g. vol. 1. Iacob. de Nigris in l. 1. num. 48. ff. de legat. 1, Valasc. in tract. de jur. emphyt. quæst. 6. num. 8. Hedeman. Disput. 1?. propositi. 48. & Iul. Clar. lib. 4. recept. sent. §. emphyteosis. quæst. 47. ubi hanc communem esse opinionem affirmat, ex mente Bartoli in l. unic. num. 7. ff. de condict. ex leg.* Ego verò peculiarem ac propriam indè actionem, videlicet emphyteuticariam, proficisci juri magis consonum esse concludo, *arg. l. si finita. 15. §. si de vectigalibus. 26. ibi, vectigali actione. ff. de dam. infect. & l. si, cum venditor. 66. in princ. ibi, actione, quæ de fundo vectigali, &c. ff. de evictionib.* Hujusque conclusionis ratio satis dilucida est: quia 577
hic contractus emphyteuticus sua indole & natura, absque ulla nova lege, obligationem & actionem producit. Ideoque ex eo nulla alia actio oriri potest, quam emphyteutica sive emphyteuticaria. Actiones enim, quæ ex nominatorum contractuum vi natu-

naturali & propria proveniunt, etiam appellationem ab ipsorum contractuum nomine sortiuntur.
578 Sic actio, quæ ex pignoris contractu nascitur, pignoratitia appellitatur. *§. ult. J. quib. mod. re contrah. oblig. & tot. tit. ff. & C. de pignorat. act.* Sic ex deposito sequestratio quæ oritur actio, depositi se-
579 questraria actio dicitur, *l. si in Asia. 12. §. cum sequestre. 2. ff. depositi.* Quare sententia illorum, qui præscriptis verbis actionem ex hoc contractu concedi affirmant, planè erronea est. Hæc quippe
580 præscriptis verbis actio ex contractibus innominatis, qui nimirum certum & speciale nomen non habent, descendit, *l. 1. 2. & 3. ff. de præscriptis verbis.* Innominatus autem contractus ex rei traditione vel
581 facto initium capit & perficitur, *l. 1. §. item emptio. ff. de rer. permutat. & l. naturalis. 5. in princ. & §§. seqq. ff. de præscript. verb.* cum tamen contractus emphyteuticus ad sui perfectionem neque rei traditionem, neque factum desideret: id quod vel ex eo colligitur, quod olim vel pro emptione & venditione, vel pro locatione & conductione haberetur, *per hunc §. nostrum, & l. 1. C. de jur. emphyt. & explicatum supra num. 55. & 62.* quos contractus solo consensu perfici, tralatitium est, *instit. tit. J. de obligat. ex consensu, l. 2. in princ. ff. de obligat. & actionibus.*
582 Quin & illi, qui condictionem ex lege hic competere autumant, æquè hallucinantur. Etenim condictioni ex lege toties est locus, quoties nova aliqua lege obligatio introducta est, nec tamen cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, *d. l. unic. ff. de condict. ex leg.* Atqui obligatio hujus contractus non est introducta Imperatoris Zenonis nova lege: siquidem & ante ejus constitutionem hic contractus sua natura fuerit efficax ad producendam obligationem & consequenter actionem, *ut patescit ex hoc §. nostro, & tot. tit. ff. si ager vectigal. &c.* Rectè ergo statuitur, ex hoc contractu proficisci peculiarem seu propriam actionem, nimirum emphyteuticam; quæ à veteribus Jurisconsultis interdum actio vectigalis, interdum de fundo vectigali dicitur, *d. l. si finita. 15. §. si de vectigalib. 26. de dam. infect. & d. l. si, cum venditor. 66. in princ. ff. de evictionib.* Quam sententiam tenent etiam & tuentur *Mynsinger. ad hunc §. num. 6. D. Bocerus class. 2. Disp. 14. thes. 39. edit. 2. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 43. D. Halbritter in Disp. de jur. emphyt. de anno 1602. Resp. D. Bansovio, thes. ult. Hœnonius Disp. 16. controvers. 19. sub lit. a. Bachovius in suis not. ad d. disput. 29. Treutleri. vol. 1. lit. G. pag. 1142. & ibid. Hunnius quæst. 58. pag. 1863. & d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 13. item Richter d. tract. de contractib. disput. 10. thes. 6. pag. 324.* Huc que referantur, quæ docui *in additionib. ad Iul. Clar. §. emphyteusis, quæst. 47.* Hoc loco Dn. Collega Bocerus, *num. 25. pag. 436.* incivilem & rigidum nimis agit Censorem. Licet enim expressè scripserim *supra num. 47. 376. & hoc num. 582.* ex contractu emphyteutico propriam & specialem actionem proficisci, videlicet emphyteuticariam; & ita quoque sentientem ipsummet Bocerum allegaverim: nihilominus tamen sinistrum meis verbis affingere conatur sensum, quasi tradiderim: ex hoc contractu competere illam actionem vectigalem, quæ realis est, & adversus quemlibet rei emphyteuticæ possessorem datur, *l. 1. §. ult. ff. si ager vectigalis, &c.* Itáne verò te ipsum prodis, mi Bocere? Itáne consuetam tuam calumniandi libidinem detegis? Non dubito equidem: intelligere viros eruditos, sententiam illam, quam mihi adscribere non vereris, meam haud quaquam esse; sed hoc me saltem voluisse: actionem emphyteuticariam, quæ hoc ex contractu oritur, à veteribus Jureconsultis actionem vectigalem dictam esse: sicut & ager vectigalis seu emphyteuticarius dicitur *in rubric. ff. si ager vectigal. vel emphyteut. pet.* Verum enimverò hodie 583
parum utilis disputatio vel controversia ista videtur: cum nomen actionis in libello exprimi non sit necessum: sed sufficiat, factum ita aptè narrari, ut sine alia expressione judex colligere possit, quæ actio agenti competat, *per textum manifestum in c. dilecti. 6. ext. de judiciis, ibique Abbas Panormitan. Decius & Canonistæ communiter. Iason in l. edita. 3. num. 2. C. de edendo. Bartol. Angel. & alii in l. 1. ff. eod. tit. Valascus d. tract. de jur. emphyt. quæst. 6. num. 9. Vaconius à Vacuna lib. 6. novar. declarat. jur. declar. 88. & Gail. lib. 1. obs. 61. in princ. & num. ult. qui omnes id copiosius persequuntur.* Taudem coronidis loco 584
monendum: quod in causa emphyteutica judex competens sit ille, cujus in territorio res emphyteutica sit sita. Ita communiori calculo concludunt *Ludovic. Roman. consil. 212. num. 6. Iason. in d. l. 1. num. 73. C. de jure emphyt. Mynsinger. respons. 78. n. 19. decad. 8. Petrus Frider. in tract. de process. in Cam. Imp. extrah. lib. 1. cap. 11. num. 8. eosque laudans novissimè Nicolaus Eggebrecht. in Synopsi juris emphyt. conclus. 104.*

§. Item quæritur. 4.

Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet (verbi gratia) decem aureos: utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur? Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta: dubium non est, quin locatio & conductio sit.

Sum-

SUMMARIA.

1 *Quale exemplum hic proponatur.*
2 *Artifex si constituto precio ex sua materia aliquid fecerit, venditio est: si verò ex materia ejus, qui jussit, conductio.*
3 *Mens & intellectus l. item si, pretio. 2 1. §. 2. ff. locati.*
4 *Area pars domus maxima.*
5 *Unum idemque negocium diverso jure non censetur.*

DE uno exemplo, quo similitudo emptionis & locationis confirmatur & declaratur, videlicet de emphyteusi, *in §. præcedenti*, ubertim disputatum est: hoc loco affertur alterum exemplum, *sumptum*
1 *ex l. 2. in fin. ff. locati.* in quo dubitatum fuit de negocio quodam, emptio ne esset, an locatio. In quo negocii genere diligenter distinguendum est: utrum is, qui sibi quid fieri petit, etiam aliquid det, unde id fiat, necne. Nam si etiam quid dederit, locatio erit: si nihil dederit, erit venditio. Nec enim potest esse ulla locatio, ubi corpus ipsum, seu materia non datur ab eo, cui id fieret, *l. Sabinus. 20. ff. de contrah. emt.* Unde cum artifex, constituto precio, quid efficit, siquidē ex sua materia, venditio: sin ex materia ejus quid efficit, qui jussit, cōductio contra-
2 cta intelligitur, *hoc §. nostro. d. l. 2. in fin. ff. loc. & l. scrib. 34. ff. de aur. & argent. legat.* Sic si conveniat inter me & Titium: ut certum numerum tegularum mihi det certo precio: siquidem ex meo fundo tegulæ fiant, conductio erit: sin ex Titii, erit venditio. Toties enim (*inquit Javolenus*) conductio alicujus rei est, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet. Quoties verò & immutatur, & alienatur: emptio magis, quam locatio, intelligi debet, *l. convenit. 65 ff. de contrah. empt.*

Cui non obstat *l. item si. pretio. 22. §. 2. ff. locati* ubi, si ita convenerit, ut tu insulam mihi ædifices, & omnem materiam suppedites; non venditio, sed locatio esse dicitur: cum tamen tu artifex non operam tantum, sed materiam etiam præstes. Atque ita licet ibi proprietas rerum à conductore alienetur, & in locatorem transferatur: nihilominus tamen locatio contracta esse pronunciatur, contra regulam jam propositam, qua asseritur, locationem non esse, ubi conductor rem, in qua aliquid fecit, in locatorem transfert. Non obstat, *inquam*. Hoc et-
4 enim in casu materia mea fit, non ratione contractus (nam alioquin esset emptio) sed ratione soli sive areæ, quæ domûs pars est potissima & maxima, *l. qui res. 98. §. ult. ff. de solutionib.* Et sic in specie illius legis sciendum est: conductorem non præstitisse ipsum corpus, hoc est, solum, in quo præstabat operas: & domum quidem sua materia ædificasse, sed in solo ipsius locatoris, ut rectè istam legem exaudit *Balduinus, Hotomanus, Bachovius & Heigius hic n. 4. & post alios, quos citat, Menochius in tractat. de retinend. poss. ff. remed. 4. n. 16. & seq.*

Porrò rationes Cassii, cur hoc negocium in præsenti §. relatum, partim emptio videatur, partim locatio, sunt faciles. Cur autem contra Cassium venditio tantum negocium istud, quo quis & operam & materiam præstat, existimetur, hæc est ratio: quia perinde hoc est, atque si annulum antè confectum ab aurifice quis emat, *notante Wesenbecio hic ad lit. a.* tum quia absurdum est, ut unum idemque negocium diverso jure censeatur, *argument. l. rerum mixtura. 30. §. 1. ff. de usurpat. & usucapionib. Giphanius hic in verb. Cassius, &c.*

§. *Conductor autem. 5.*

Conductor autem omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit: id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promisit: ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit: de restituenda ea non tenebitur.

SUMMARIA.

1 *Pacta, in contractu facta, sunt servanda.*
2 *In contractibus bonæ fidei multa ex æquo & bono præstanda veniunt, quæ nominatim expressa non sunt.*
3 *Conductor in solvenda mercede moram faciens, ad usuras tenetur.*
4 *Res conducta alii æquè idoneo rursus locari potest.*
5 *In locationis contractu quid sit præstandum.*
6 *In quibus contractibus præstetur dolus & culpa.*
7 *Casus fortuitus an & quatenus præstetur. & num. 15.*
8 *Culpa lata in contractibus dolo æquiparatur.*
9 *Interpretatio l. in judicio 28. C. de locato.*
10 *Argumentum à contrario sensu quando procedat.*
11 *Instantia refutatur.*
12 *Custodia non accipi potest pro diligentia.*
13 *Qualis custodia in conductore desideretur.*
14 *Positivus pro superlativo interdum, & contra, ponitur.*
15 *An casus fortuitos in se recipiens, vel eis generaliter renuncians, de insolitu etiam sentire intelligatur.*
16 *Vis major quæ dicatur.*
17 *Consideratio l. 1. C. depositi.*
18 *A casu insolito minus damni metuendum, quàm à solito.*
19 *Oratio indefinita æquipollet universali.*
20 *Natura signi vel vocis universalis.*
21 *Vera & genuina sententia l. fistulas. 78. §. frumenta. ff. de contrah. empt.*

22. Con-

22 *Consideratio l. Sejo. 10. §. 1. ff. de annuis legat.*
23 *Qualis interpretatio fieri debeat in ultimis voluntatibus.*
24 *Voluntas defunctorum spectanda.*
25 *In claris non opus est conjecturis.*
26 *Paciscentes ultra intentionem non tenentur.*
27 *Genere expresso, censentur quoque singula expressa species.*
28 *Expositio l. qui occidit. 30. §. 3. ff. ad l. Aquil.*
29 *Sententia l. si putator. 31. ff. eod.*
30 *Quatenus quæ rarò accidunt, in considerationem veniant.*
31 *An qui periculum alicujus rei in se recepit, casum etiam fortuitum in se recepisse intelligatur.*
32 *Periculum omnem omnino casum sub se comprehendit.*
33 *Consideratio l. si, ut certe. 5. §. 2. & seqq. ff. commodati.*
34 *Summa l. item quæritur. 13. §. 5. ff. locati.*
35 *Generalis provisio quid operetur.*
36 *Intellectus l. litis. 37. §. 1. ff. de negot. gest.*
37 *Mens l. negotium. 22. C. de negot. gest.*
38 *Negotiorum gestor de omni culpa, etiam levissima, tenetur.*
39 *Explicatio l. quæ fortuitis. 6. C. de pignerat. act.*
40 *In generali promissione quæ veniant.*
41 *Quod nam damnum in se periculum contineat.*

DOcet hic Justinianus Imperator: quid in loca-
tionis contractu sit præstandum: & ait, servan-
dam esse legem conductionis, hoc est, id præstan-
dum esse, quod convenerit, *l. legem. 16. C. de locato.*
adeò quidem, ut etiam casus fortuitus præstetur, si
ita inter locatorem & conductorem fuerit conven-
1 tum, *l. si quis domum. 9. §. Iulianus. 2. ff. locati.* Pa-
cta siquidem in ipso contractu facta, quæ in jure le-
ges dicuntur, servari oportet, maximè in contracti-
bus bonæ fidei, ut est locatio, *l. si merces. 25. §. con-
ductor. 3. l. ea lege. 51. in princ. l. insulam. 58. §. 1. ff.
eod. l. 1. in princ. & l. juris gentium. 7. §. quinimo. 5.
ibi, quæ legem contractui dant. ff. de pact. l. 1. §. si con-
venit. 6. ibi, contractus enim legem ex conventione ac-
cipiunt. & l. Lucius. 24. in fine. ff. depositi. l. vendi-
tor. 13. in princ. ff. communia prædior. tam urbanor.
quam rusticor. & l. contractus. 23. ibi, legem enim con-
tractus dedit. ff. de reg. jur.* Quod si nihil convene-
rit: sive (*ut Imperator hoc loci loquitur*) si quid in le-
ge prætermissum fuerit: id, quod æquitas postula-
bit, spectabitur. Commune enim hoc est omni-
2 bus bonæ fidei contractibus, ut in iis multa ex æquo
& bono præstanda veniant, quantumvis lingua nun-
cupata sive expressa non sint, *§. fin. supr. de obligatio-
nib. ex cons. §. in bonæ fidei. 30. infr. de actionib. l. quia
3 tantundem. 7. ff. de negot. gest.* Unde conductor, si
in solvenda mercede moram fecit, etiam usuras
mercedis præstabit, utcunque de usuris nihil con-
venerit, *l. 2. l. licet. 8. & l. præses. 17. C. de locato.*
Quia id bonum & æquum postulat. Sic si ædibus
conductis, ab inquilino damnum sit illatum, etsi de
eo resarciendo in lege conductionis nulla facta fue-
rit mentio: tamen, cum factum alienum in alterius
damnum & injuriam redundare non debeat, damnū
illatum inquilinus refundere tenetur: quia & hoc
bona fides sive bonum & æquum exigit, *l. de pupillo.
5. §. si plurium. 15. in fin. ff. de operis novi nunt. l. non
debet alteri. 74. ff. de regul. jur. Borcholt. hic in fine.*
Hinc quoque fit, ut res conducta alii æque idoneo & 4
ad eundem usum rursus locari possit, *l. si tibi alie-
nam. 7. l. cum in plures. 60. in princip. ff. locati. & l.
nemo. 6. ubi Dd. C. de locato. Heigius in §. nostro, num. 1.
Iacobus Cancerius part. 1. variar. resolut. jur. cap. 14.
num. 2. fol. 161.*

Præterea indicat Justinianus *hic in vers. qui pro* 5
usu, &c. in hoc contractu præstari custodiam dili-
gentissimi patrisfamilias: id est, præstari non tan-
tum dolum, sed etiam culpam; casum verò fortui-
tum non item, *d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. d. l.
si quis domum. 9. §. Celsus. 5. ff. locati.* Ratio, cur
dolus præstetur, expedita est: quia hic contractus
est bonæ fidei. *§. actionum. 28. infra. de actionib. l. cum
venderem. 21. ff. locati.* Cur præstetur culpa, ratio 6
illa est: quia hic contractus fit utriusque contrahen-
tium causa. Est autem tralatitium, in iis contra-
ctibus, qui utriusque gratia celebrantur, dolum &
culpam præstandam esse, *l. si, ut certe. 5. §. nunc vi-
dendum. 2. versic. sed ubi utriusque ff. commodati.* De 7
casu fortuito, cur ille non præstetur, ratio est per-
spicua: quia is in nullo bonæ fidei contractu præsta-
tur, nisi aliter convenerit, *dict. l. contractus. 23. in
fin. ff. de reg. jur. l. si in vendition. 10 in fin ff. de peric. &
commod. rei vend. l. videamus. 11. §. 1. l. ex conducto.
15. §. si vis tempestatis, & d. l. si merces. 25. §. vis ma-
jor 6. ff locati. l. licet. 8. & l. excepto. 18. C. eod. l. quæ
fortuitis. 6. Cod. de pigneratit. act. & l. 1. C. depositi.
Brouchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 71.*
Cæterum de culpa quod diximus; culpam latam 8
(quæ in contractibus appellatione doli venit, eique
quasi involvitur, cum ei proxima sit, *l quod Nerva.
32. ff. depositi. l. magna. 226. ff. de verb. signif.*) & le-
vem, non verò levissimam, intelligimus. Cum e-
nim locatio & conductio (*ut paulò antè monitum*) ex
eo contractuum genere sit, in quibus utriusque uti-
litas vertitur: conductorem de levi culpa, non et-
iam de culpa levissima teneri, omnino dicendum
est, *d. l. si, ut certe. 5. §. nunc videndum. 2 ff. commo-
dati §. ult sup. quibus. mod. re contrahit. oblig. Ioan.
Mattienus in repetit. d. l. contractus. 23. ff de reg. jur.
num. 205. cum seqq fol. 173. & seqq. Timæus Faber
disp. 24. ad Instit. Imperial. thes. 11. lit. b. Dn. Besold.
in delibel jur. ex lib. 19. ff. quæstion. 4. pag. 30. & seq.
Döringius in Bibliotheca Iurisconsultor. tom. 1. in
verb. actio locati. num. 12. fol. 380. Locamer. quæstio-
num juridic. fascic. 39. quæst. 5.*

Non obstat huic sententiæ textus *in l. in judicio.* 9
28. C. de locato. ubi Impp. Dioclet & Maxim. ita ex-
pressè rescripserunt: *In judicio tam locati, quam con-
ducti,*

ducti, dolum & custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat. Quibus verbis cum Impp. nihil nisi casum fortuitum, quem conductor præstare non debeat, exceperint: culpam utiq; levissimam sub regula comprehendere voluisse videntur. Non, *inquam*, textus ille obstat. Quia in eo Impp. de dolo, & de custodia, & de casu fortuito tantum consulti, de illis duntaxat responderunt: de culpa levissima respondere necesse non habuerunt: quoniam de
10 ea proculdubio interrogati non erant. Neque verò existimandum est, in constitutionibus à Justiniano in Codicem suum relatis, inclusionem sive positionem unius esse statim exclusionem alterius. Siquidem jam pridem traditum est, argumentum à contrario sensu tum demum procedere, si juris dispositioni, ejusve rationi non sit contrarium, *Nicol. Everhard. in loco legali, à contrario sensu, num. 8. & seqq.*

11 Neque movet quicquam, quod regeritur, in hunc locationis contractum venire custodiam, *d. l. in judicio. 2. Cod. de locat.* Ergo & levissimam culpam. *Etenim respondetur:* custodiam opponi culpæ levi, non etiam levissimæ: huic autem opponi diligentiam: & à quo diligentia & culpa levissima præstanda est, ab eodem præstandam esse, & quidem multò magis custodiam & culpam levem: non vicissim à quo custodia & culpa levis, ab eodem etiam protinus diligentiam & culpam levissimam. Inest enim diligentiæ etiam custodia, non etiam custodiæ diligentia. Quibus consequens est: ut si Impp. *in d. l. 28.* dixissent, in judicio tam locati, quam conducti, venire dolum, & diligentiam; tum rectè inde inferretur, culpam quoque levissimam venire. Quæ si mens ipsorum fuisset: tam fuisset facile dicere *diligentiam*, quam dicere *custodiam:* & sanè ita omnino dicere debuissent, ut omnia illa complexi fuissent: siquidem diligentiam dicendo dixissent utique, etsi verbis non expressis, tamen per interpretationem, ipsamque rei naturam & vocum proprietatem, etiam custodiam. Custodiam autem velle interpretari
12 diligentiam, Jurisconsulti non admittunt. *Paul. lib. 2. sentent. tit. 4. §. servus. in fine. d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commod. l. cum res. 47. §. penult. ff. de legat. 1. l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* Et ita disertè docet D. Vultejus *lib. 1. disceptat. scholast. cap. 15.* & Paulus Berens *disput. 11. ad Institut. them. 2. quæst. 3.*

13 Nec resistit quoque *hic §. noster. & d. l. si merces. 25. §. qui columnam. 7. ff. locati.* quibus in locis disponitur, quòd in conductore talis custodia desideretur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; atque ita ob levissimam etiam culpam teneatur. *Nam utrobique superlativus diligentissimus*, pro positivo *diligens* usurpatus est: *ut monet hic glossa, Wesenbecius, Borcholt. & Heigius n. 3. & sequitur Petrus Faber in d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. ibique D. Bocer. c. 4. num 97. & seq. edit. 2. & in hoc tit. n. 89. pag. 413. Treutl. vol. 1. disp. 29. th. 6. lit. E. & ibi Bachovius in suis not. pag. 1117.* Neque hoc 14
absurdum, aut mirum alicui videri debet: cum è contrario *positivus* pro *superlativo* non rarò positus reperiatur, *ut in §. item si, cui res aliqua. vers. at is, qui utendum accepit. sup. quib. mod. re contrahit. obligat. & in d. l. si, ut certo. 5. §. custodiam. ff. commodati, & in l. heredes. 25. §. non tantum. ff. familia ercisc.* Tametsi aliter alii (quos plerosque dicto loco accuratè satis refellit Bocerus) istud explicent, *Hotomanus, Linius, Schneidevvin. & Mynsinger. in hoc §. Alciatus in d. l. magna. 226. ff. de verb. signif. Caspar Caballinus in tractat. (quem Molinei quidam putant) de eo, quod interest, pag. mihi. 260. num. 182. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 74. edit. 1. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 6. Oltman. ad lib. 3. disputat. juris civil. Giphanij, Disp. 29. n. 19. & Hedemannus disp. 29. proposit. 24. ad lit. b.*

Porrò cum ex modò expositis appareat, conductorem de casu fortuito non teneri, nisi cum nominatim in se receperit: non ineptè quæri poterit: 15
nunquid casus fortuitos in se recipiens, vel eis generaliter renuncians, de insolitis etiam sentire intelligatur? Et quamvis negativam plerique acerrimè defendere nitantur, *Bartol. in l. sed & si quis. 4. §. quæsitum ff si quis cautionib. in judic. sistend. caus. &c. Ripa in tract. de peste. rubr. de privilegiis contractuum tempore pestis. num. 97. Alexand. consil. 28. num. 10. & consil. 281. vol. 1. & consil. 108. num. 16. vol. 3. Socin. consil. 23. lib. 4. Corne. consil. 282. lib. 4. Decius consil. 7. n. 2. Gail. lib. 2. observ. c. 23. n 18. Menoch. lib. 2. de arbitr. judic. quæst. centur 2. cas. 80. Gomez. tom 2. resolut. c. 2. num. 19. Treutl. Disput. 29. vol. 1. thes. 6. lit. h. Forster. Iunior. lib. 3. disput. 28. thes. 13. D. Bocer. in hoc tit. numer. 94. cum seq. pag. 415. Eggebrecht. in synopsi juris emphyteutici. conclus. 181. Hilliger. in Donello enucleato. lib. 16. c. 3. in notat. ad lit. C. D. Besold. vol. 4. consil. 194. n. 61. fol. 295. aliique plures:* ego tamen affirmantium partes sequendas esse judico, *per d. l. si quis domum. 9. §. si quis fundum. 2. ff. locati.* ubi traditur, standum esse pacto, si quis locaverit fundum ea lege: ut, etiamsi quid vi majore accidisset, ei merces præstaretur. Vis autem major intelligitur omnis vis 16
tempestuosæ calamitatis, cui resisti nequit, *d. l. ex conducto. 15. § si vis tempestatum. ff. eod.* Unde saltem in genere, de omni casu fortuito, sive solito, sive insolito, ea pactione cogitatum videtur. Nec dicitur casus fortuitus, nisi rarò contingat, *teste Bald. in d. l. sed & si quis. 4. §. quæsitum. ff. si quis cautionibus, &c.* Eodem non parum confert textus generalis *in d. l. 1.* 17
C. depositi. ubi Alexander Imp. ita rescripsit: *Si incursu latronum, vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint: detrimentum ad heredem ejus, qui depositum accepit, qui dolum solum & latam culpam (si non aliud specialiter convenit) præstare debuit, non pertinet. Quòd si prætextu latrocinii commissi, vel alterius fortuiti casus, res, quæ in potestate heredis sunt, vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur; tam depositi, quam ad exhibendum actio,*

sed

18 *sed & in rem vindicatio competit.* Præterea cum conductor in se casum solitum & frequenter contingentem recipere ac sustinere voluit: censetur profectò multò magis insolitum & rarissimè contingentem casum fortuitum in se recipere voluisse: cum ab hoc minus ipsi damnum & periculum, quam ab illo, me-
19 tuendum sit, atque expectandum. Accedit denique, quòd oratio indefinita æquipollet universali, *l. quod dicitur. 4. ff. de tutel. l. si ita. 43. in pr. & l. seq. in princ. ff. de legat. 2. l. si plures. 98. ff. de legat. 3.* Itaque qui casus fortuitos in se recepit, reputatur o-
20 mnes omnino suscepisse, qui evenire possunt. Et minus dubitandum erit, quando adest signum universale: cujus ea natura est, ut omnia includat, *l. à procuratore. 13. C. mandati. l. omnes. 3. C. sine censu vel reliquis fundum comparari, &c. cap. solita. 6. de majoritate & obedient. c. 2. de observ. jejunior. Cravett. consil. 194. num. 1.*

21 Nec hanc assertionem perturbat *l. fistulas. 78. §. frumenta. 3. ff. de contrah. empt.* ex qua dissentientes colligunt: eum, qui suscipit in se periculum casus fortuiti, de solito, non autem insolito, cogitare censeri. *Nam* verus & genuinus legis istius sensus est: venditorem, qui frumenta in campis existentia vendidit, si emptori promisit, se præstaturum id damnum, quod vis, aut mala tempestas attulisset, ex hac promissione teneri, si nives immoderatæ & contra consuetudinem sævientes, non verò si ordinariæ, mediocres & moderatæ, damnum intulerunt. Quia cum hyemis tempore ningere soleat: non censetur emptor damnum ex moderata nive ac solita tempestate timuisse, sed ex insolita: nec venditor ex causa cujuscunque damni evenientis obligare se voluisse præsumitur. Quæ res nihil juvat contrariam sententiam; sed nostram potius confirmat: quod scilicet sub casu fortuito etiam insolitus contineatur: & venditor, qui in se receperat casum fortuitum, insolitum quoque casum in se recepisse intelligatur.

22 Similiter non obstat *l. Seio amico. 10. §. medico. 1. ff. de annuis legat.* ubi si legentur medico, quæ vivus testator præstabat, ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Unde dicendum videtur, quod ille, qui casum fortuitum præstare promisit, eum duntaxat casum promisisse censeatur, qui consuevit frequenter accidere: non qui rarissimè
23 contingit. Non, *inquam*, lex illa obstat. Quia in ultimis voluntatibus regulariter fit interpretatio, quo minus heres gravetur, adeoque in dubio illud relictum putatur, quod minus est, & de quo testator verisimiliter senserit, *l. si ita sit adscriptum. 14 in fine. & l. eum servus. 39. §. scio. 6. ff. de legat. 1. l. nummis. 75. ff. de legat. 3.* Siquidem in testamentis vo-
24 luntatem defunctorum attendimus & sectamur *l. in conditionibus. 19. in princ. ff. de condit. & demonstrat. Novell. 22. cap. 2.* Atqui in proposita quæstione
25 verba satis clara sunt & manifesta, ut conjecturis locus non relinquatur, *l. continuus. 137. §. cum ita stipulatus, in fin. & l. eum, qui. 138. in fine ff. de verb. obligat.*

Nihil præterea obsistit, quod de casu insolito & 26 rarissimè contingente non præsumatur cogitasse, qui casum fortuitum in se pactione recepit: paciscentes autem ultra intentionem non teneantur, *arg. l. obligationum. 3. §. 1. ff. de obligat. & actionib.* Etenim qui genus promittit, & de genere cogitat: censetur 27 utique etiam de singulis speciebus, eo genere contentis, sensisse, cogitasse & promisisse: cum expresso genere, expressæ quoque censeantur ejus species, *l. si chorus. 79. in princ. ff. de legat. 3. l. si duo. 51. in fine. ff. de administrat. & peric. tutor.* At casum fortuitum insolitum, esse speciem casus fortuiti, exploratum certumque est.

Amplius non obstat *l. qui occidit. 30. §. in hac. 3. in fin. ff. ad l. Aquil.* ubi Paulus inter cætera ita scri- 28 bit: *At si omnia, quæ oportuit, observavit: vel subita vis venti longius ignem produxit: caret culpa.* Quibus ex verbis non obscurè colligitur, quod ad insolitum quis non obstringatur. Non obstat, *inquam*. Illic enim ignem in stipulam suam immittens tenetur de damno, ob culpam dato: at non de casu fortuito. Nam qui ex lege Aquilia convenitur, ex culpa obligatus est, *d. §. 1. & l. in lege. 44. ff. de tit. cum simil.* Ast in proposito non agitur de obligationibus, ex culpa provenientibus; sed de casu, ex facto contingente. Idem respondetur *ad l. si putator. 29 31. ff. eod.* Ibi namque cum putator divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit; merito culpa ab eo non exigitur, *ut habetur in fine istius legis.*

Adhæc non refragatur, quòd quæ perraro accidunt, non veniant in considerationem, *l. 3. & seqq. 30 ff. de legib.* Hæc etenim regula non obtinet locum, quando de iis casibus, qui rarò accidunt, quique insoliti sunt, pactum interpositum est. Tunc siquidem pactioni standum erit. Sic quamvis leges ad ea potius debeant aptari, quæ frequenter & facile, quam quæ perrarò eveniunt, *l. nam ad ea. 5. ff. eod. tit.* attamen & de iis, quæ perrarò finnt, leges ferri solent, *§. insula. 22. supr. de rer. divis. Atque ita docent Angel. Fulgos. Castrens. & Ludovic. Roman. in d. l. sed & si. 4. §. quæsitum. ff. si quis cautionib. &c. Nevizan. consil. 91. n. 13. Gozadin. consil. 27. n. 25. Pinel. in l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 3. num. 29. cum seqq. Fachin. lib. 1. controvers. jur. c. 86. Bachovius in suis not. ad d. vol. 1. Treutleri. disp. 29. th. 6. lit. H. pag. 1118. ibidem Hunnius in suis resolut. qu. 19. pag. 1776. cum seqq. & Hieronymus Pauschman. in declaratione præcipuar. quæstion. circa materiam locat. conduct. &c. q. 7. num. 24. & seqq. aliique per eos laudati.*

In quæstionem vocari & illud solet: utrum qui periculum alicujus rei in se recepit, casum etiam 31 fortuitum in se recepisse intelligatur? At sanè per susceptionem generalem periculi, aliquem ad casum etiam fortuitum obligari, nec necessum esse casus

 spe-

specialiter enumerari, probabilius est & verius: utut dissentiat, *post plures à se citatos, Ioannes Matienzo in d. repetitione. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. num. 299.*
32 *fol. 187.* Primò enim haud incogniti juris est: periculum comprehendere sub se omnem casum, qui cum, vel sine culpa contingit; *l. 1. l. si in venditione. 10. & l. quod si ne que. 14. ff. de peric. & commod. rei vend. l. & Aristoni. 39. ff. mandati.* Genus quippe periculum est: casus verò fortuitus species. Consequens itaque est: ut, qui periculum rei alicujus in se suscepit, etiam de casu fortuito teneatur, *arg. d. l.*
33 *si chorus. 79. in princ. ff. de legat. 3.* Deinde idem evidenter confirmatur per textum *in l. si ut certo. 5. §. nunc videndum. 1. cum duobus §§. seqq. ff. commodati.* ex quo textu colligere promptum est; si de periculo sit conventum, ad recipientem pertinere casus
34 fortuitos. Præterea eandem sententiam non parum probat *l. item quæritur. 13. §. si gemma. 5. ff. locati.* ubi is, qui gemmam includendam, aut insculpendam acceperit, eaque fracta sit; si quidem vitio materiæ factum sit, non tenebitur: nisi periculum in se artifex receperit. Tunc enim, etsi vitio materiæ id evenit, erit ex locato actio. Unde apparet, quòd licet artifex non sit in culpa, sed casus accidat ex vitio materiæ: tamen artifex propter conventionem teneatur. Denique huc facit trita illa regula, qua di-
35 citur, quod generalis provisio tantum operetur, quoad omnes casus, quantum specialis, sive enumeratio specierum, quoad quosdam, *d. l. si chorus. 79. in pr. ff. de leg. 3. l. omnes. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Cum igitur tantum operetur genus, quantum enumeratio specierum: consequens erit, ut sub periculi susceptione & casus fortuitus, tanquam species sub suo genere, comprehendatur. Idque latius paulo declarat Hunnius *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 4. pag. 1127. & seqq. item in resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 29 quæst. 18 p. 1773. & seqq.*

36 Non adversatur huic sententiæ *l. litu. 37. §. 1. ff. de negoc. gest.* ibi dum Paulus significat, quòd etsi quis periculum eorum nominum, quæ ipse contraxit, subire cogatur: non tamen teneatur, si debitores casu non fiant solvendo: inde colligi posse videtur, quod licet ad periculum quis obligatus sit; non tamen de casu fortuito teneatur. Non, *inquam*, lex illa adversatur. Quia in ea casus fortuitus à periculo (quod alias casum sub se fortuitum, tanquam speciem, complectitur) excipitur: sic, ut negociorum gestor nominum sive debitorum, quæ ipse contraxit, periculum sustineat & præstet, excepto casu fortuito, quo debitores ita fortunis & facultatibus suis lapsi eversique sunt, ut tempore litis contestatæ solvendo non sint. Ex quo perspicitur: si casus fortuitus à lege non fuisset disertè exceptus, eum sub periculo, tanquam sub genere, comprehensum fuisse. Quod si igitur negociorum gestor conventione vel pacto in se periculum recepisset, nec expressè casum fortuitum excepisset: certè ad hunc quoque obligatus fuisset. *Hunnius locis modo notatis.*

Non etiam adversatur *l. negocium. 22. C. de negoc. gest.* ubi ad hoc, ut quis de casu fortuito teneatur, requiritur speciale pactum. Unde consequens esse videtur, generale pactum de periculo non sufficere. Non, *dico*, adversatur. Ideo namque pactum speciale ibi requiritur ad hoc, ut negociorum gestor de casu fortuito teneatur, quia ex natura quasi contractus negociorum gestionis, præstandus non venit casus fortuitus. Proinde Imperatores pactum speciale exigunt: quoniam hoc sufficit, nec opus est, ut generale pactum de periculo præstando interveniat: maximè cum & alias expediti sit juris, quòd de omni culpa, adeoque etiam levissima, negociorum gestor conveniri possit, *§. igitur. 1. in fine. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nascunt. ubi id explicatum est fusius, num. 41. & seqq.* ut idcirco planè supervacuum fuerit generale de periculo præstando pactum interponi. 37 38

Non insuper adversatur *l. quæ fortuitis. 6. C. de pignerat act.* ex cujus legis verbis apertè constat, quòd generalis conventio super amissione pignoris non sufficiat, sed specialis desideretur. *Illic* enim nequaquam desideratur, ut casus omnes specialiter enumerentur: sed sufficit, ut generaliter super amissione pignoris conveniatur: qua conventione comprehendantur & casus fortuiti, ut est aggressura latronum, & alii, per quos accidit, ut pignus amittatur. Sed & hoc observandum est: quod *in d. l. 6.* proponatur regula, quod in bonæ fidei judiciis casus fortuitus non præstetur: eique subjiciatur exceptio: nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem. Hanc proinde exceptionem de casu fortuito concepit Imp. Alexander: quia & regula de casu fortuito concepta erat. 39

Pariter non adversatur, quòd in generali promissione non veniant ea, quæ quis specialiter non fuisset concessurus, *l. obligatione generali. 6. & l. denique. 8. ff. de pignorib. l. penult. in princ. ff. de privileg. creditor. l. 1. C. quæ res pignori obligari poss.* adeoque verisimile non sit, ut quispiam ad casus fortuitos, qui varii sunt ac inaudıti, absque expressa mentione & conventione se obligare voluerit, aut de iis cogitare potuerit, *arg. l. qui cum tutoribus. 9. §. 1. & ult. ff. de transactionib.* Respondetur enim: eo ipso, quòd quis in genere consentit, videtur in genere de omni omnino casu cogitasse, *arg. l. qui jure militari. 7. ff. de testament. milit. & consimilium.* Præterea regula illa (quòd in generali promissione non veniant ea, quæ quis specialiter non fuisset concessurus) non est generalis: nam & in contractibus per generalem casus fort[illegible] susceptionem veniunt casus, qui [illegible] verbis comprehendantur: ut specialis eorum enumeratio non [illegible] necessaria, *per rationes supra* [illegible] 40

[illegible] adversatur, quod veritati consentaneum non sit: aliquem casum fortuitum, cui resi[illegible] 41

stere non potest, velle subire, nisi clarissimè de obligantis mente constet. Et quia periculum non illud tantum damnum continet, quod ex casu fortuito, sed & quod culpa contingit: susceptione periculi ad exactissimam diligentiam obligabitur. Hoc, inquam, non adversatur. Quandoquidem ex eo, quod conductor rei sibi locatæ periculum expressa conventione in se recepit, apertissimè constat, quòd non solum ad omnem culpam: sed ad casum etiam fortuitum præstandum sese obligare voluerit. *Alius objectiunculus, qua vulgò contra nostram sententiam adduci solent, satisfacit D. Hunnius locus preallegatu.* Atque huc referenda sunt, quæ annotavimus *ad §. item n. 2. num. 31. & seqq. supr. quib. mod. re contrah. obligat.* Porrò an & quatenus conductor incendium præstet, *post alios*, explicant abundè Andreas Gail. *lib. 2. observat. 22.* Mynsinger. *cent. 6. observat.* 88. & Hunnius *d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7 part. 2. quest. 7 pag. 1136. & seq.*

§. *Mortuo conductore* 6. *& ultimus.*

Mortuo conductore intra tempora conductionis; heres ejus eodem jure in conductione succedit.

SUMMARIA.

1 *Conductore ante præstitutum tempus defuncto, heres ejus eodem jure in conductione succedit.*
2 *Casus sive species facti.*
3 *Heres in omne jus defuncti succedit.*
4 *Voluntas hominis morte terminatur.*
5 *Interpretatio l. si domina. 10. C. de usufructu.*
6 *Ususfructus finitur morte usufructuarii.*
7 *Quibus casibus locator conductorem, ejusve heredem expellere possit.*
8 *Emptor rei locata, & quivis successor singularis locationi, ab alio factæ, stare non cogitur.*
9 *Et eo casu venditor conductori ad interesse tenetur.*
10 *Quando emptor locationi, à locatore factæ, stare necesse habeat.*
11 *An uxor teneatur præcisè stare locationi rerum dotalium per maritum factæ, & contra.*
12 *Successor singularis voluntarius à locatione resilire potest.*
13 *Utrum Studiosus domum conducens, ob necessitatem heredum defuncti locatoris, ante tempus conventum ex ista domo emigrare compellatur.*
14 *Ab expressis verbis legis non recedendum.*
15 *Contractus ex conventione legem accipiunt; pactaque servanda sunt.*
16 *Contractus & pacta ab initio sunt voluntatis, ex post-facto necessitatis.*
17 *Necessitas à fortuna proveniens, justam expellendi conductorem causam præbet.*
18 *Consideratio Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c.*
18 *Studiosi à vectigalibus & similibus oneribus sunt exempti.*
20 *Iure suo utens, injuriam facere non creditur.*
21 *Heredes alicujus officialis mortui, receptoprius integro salario, ad restitutionem aliquam non tenentur.*

HOc loco subjicit Justinianus: quod, conductore ante præstitutum tempus defuncto, heres ejus eodem jure in conductione succedat. Idque non solum in conductione temporali, sed etiam perpetua obtinere, palam est, *l. viam veritatis.* 10. *C. de locat. & conducto. l. sed addes.* 19. *§. ex conducto.* 8. *& l. si in lege.* 24. *§. ult. ff. eod. & l. heredem.* 59. *ff. de reg. jur.* Itemq; statutum reperitur jure renovato Würtembergico, *part. 2. tit. 17. §.* von Zeit des Bestandts/ *&c. vers.* so dann der Zeinß *fol.* 199. Species sive casus talis constitui potest: Titius locavit Sempronio habitationem sive fundum per quinquennium: anno tertio, sicque intra tempus locationis finitum, moritur Sempronius conductor. Quæritur: an Sempronii jam mortui heres in habitatione seu fundo conducto manere, & reliquum tempus complere, atque adeò in conductione succedere possit? Et meritò respondetur, posse: quia tali contractu jus quæsitum est defuncto ad quinquennium. Heres autem in omne jus defuncti succedere solet, *§. sed neque heres.* 16. *juncto §. legatariis, sequente. supr. de testament. ordinand. l. hereditas.* 62. *& l. qui in jus.* 177. *ff. de regul. jur.* Matthias Stephani *cent.* 3. *sub quest.* 77. *Dominic. Card. Tusch. tom.* 5. *practic conclusion. lit.* L. *conclus.* 413. *num.* 1. *cum seq. Berlich. part.* 2. *conclus. practicabil. conclus.* 45 *num.* 1. *pag.* 966. Et hoc quidem verum est: nisi locatio ita facta fuerit, quamdiu voluerit locator. Tum enim, cum voluntas hominis vitæ suæ finibus, id est, morte terminetur: isthæc locatio ad heredem non transit, sed morte locatoris tollitur, *l. locatio.* 4. *Digest. locati. Giphanius & Heigius hic n.* 3.

Decisioni porrò nostri §. non adversatur, *l. si domina.* 10. *C. de usufructu.* ubi morte ejus, qui conduxit usumfructum, extinguitur conductio ususfructus, nec ad heredes conductoris transit; quantumvis intra conductionis tempora conductor mortuus sit. *Nam* aliud obtinet in conductione ususfructus, quam proprietatis. Conductio proprietatis ad heredes conductoris transit: conductio verò ususfructus non transit. Ratio diversitatis hæc est: quia conductio ususfructus secundum naturam, quam habet ususfructus, prout est servitus personalis, facta censetur. Quemadmodum enim ususfructus morte usufructuarii finitur: ita & locatione ususfructus facta, morte conductoris ususfructus conductus perimitur: licet non sit propriè ususfructus constitutus in persona conductoris, sed commoditas quædam utendi fruendi; quæ æquè morte conductoris, ac ususfructus morte fructuarii extinguitur, *§. finitur, supr. de usufruct. l. 3. §. ult. ff. quibus mod.* usus-

usufruct. amitt. l. corruptionem. 16. C. de usufruct. Castrens. in d. l. si domina. 10. C. eod. cumq; citans Brenchorst. centur. 1. Miscellan. controv. assert. 72.

Locator igitur heredem conductoris ejicere aut
7 expellere non potest, sicuti nec ipsum conductorem: nisi propriis usibus domum sive rem necessariam esse probaverit: vel corrigere & reficere domum maluerit: vel conductor, ejusue heres malè in te locata versatus fuerit, l. ade. 3. ibique Bartol. Salicet. Fulgos. & Dd. communiter. C. de locato & conduct. Schneidevvin. hic num. 9. Virgil. Pingiz. in suis quæstion Saxonic. q. 10. Berlich. de conclus. 45. numer. 7. pag. 969. Trentacinq variar. resolut. lib. 3. tit. de locat. & conduct. resolut. 4. & fusius diximus ad princip. supr. hoc tit. n. 64. & seq. Sanè emptor rei loca-
8 tæ, aut quisvis alius successor singularis, præcisè locationi ab alio factæ, stare non tenetur: sed conductorem expellere poterit, l. emptorem. 9. ubi Cynus, Bald. Salicet. Gothofred. Alberic. de Rosat & alii. C. de locat. l. qui fundum. 32. ff. eodem l. nihil proponi. 120. §. ult. ibique gloss. in verb. colonum. ff. de legat. 1. l. arbores. 59. §. 1. ff. de usufruct. Cevarruvias lib. 2. var. resolut. c. 15. num. 1. Guido Papa decis. 480. Petr. Augustinus Morla in emporio jur. part. 1. tit. 10. q. 2. Matth. Stephani d. cent. 3. quæst. 78. lit. b. Cancerius part. 1. var. resolut. jur. cap. 14. num. 20. & seqq. fol.
9 164. Cæterum venditor sive dominus, qui fundum locatum intra tempus conductionis vendidit, tenetur conductori ex conducto in Id, quod interest. l. ex conducto. 15. §. ubicunque. 7. l. si in lege. 24 §. colonus. 4. l. si merces. 25. §. 1. l. qui insulam. 30. in princ. l. si fundus. 33. ff. locati conducti. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 3. numer. 9. Vincent. Caroc. in tract. locat. & conduct. part. 2. tit. de singulari successore. numer. 28. pag. 146. Berlich. d. part. 2. conclus. 45. num. 10. Borcholt. hic in fine & Vultejus in princ. hujus tit. num. 37.
10 Planè, si venditioni ea lex seu pactio fuerit apposita. ut emptor locationem à venditore factam servaret: tum haud dubiè emptor locationi à locatore factæ stare tenebitur: & contra fidem pacti faciens, actione ex vendito convenietur, dict. l. si merces. 25. §. 1. ff locati. l. empto. 11. §. penultim. ff. de actionibus empti dict. l. emptorem. 9. C. de locato. Sed & si fiscus domum vel fundum, quem locaverat, vendiderit: emptor locationi à fisco factæ stabit, & ex die emptionis mercedem capiet: idque favore fisci introductum esse, Paulus ostendit in l. ultim. ff. de jure fisci. Vultejus præallegato loco, num. 39. prædictis adde varias decisiones, à Doctore Matta collectas, tom. 3. digestorum novissimorum. tit. emptor. venditor. cap. 2. & seqq. fol. 156. item tom. 5. tit. successor. c. 19. cum seqq. fol. 178 & seq.

11 Percommodè hic quæritur de uxore: an ea, post divortium, vel mortuo marito, omninò teneatur stare locationi rerum dotalium per maritum factæ? Et non teneri, verisimilius est, l. si filiofamilias. 25. §. ultim. ibique Bartol. Paul. de Cast. & Gothofred. ff. soluto matrimon. Campeg. in tract. de dot. quæstion. 23. part. 2. Vincent. Caroc. d. tract. locati & cond. tit. de jure dot. part. 1. num. 2. pag. 42. Quemadmodum ex adverso nec maritus cogitur stare locationi, per uxorem aut socerum ante dotis constitutionem factæ, argumento d. l. emptorem. 9. C. de locat. & conducto. ex qua liquescit, successorem voluntarium 12
singularem posse à locatione resilire. Maritum autem voluntarium & singularem successorem esse, in confesso est. Ergo is colonum jure expellere poterit, tradente Romano in dict. l. si. si iofamilias. 25. §. ultim. numer. 27. ff. solut. matrimon. Cujus traditionem veriorem, adeoque sequendam esse, existimat Alexand. num. 38. in l. divortio (alias eit l. fructus. 7. §. divortio ff. eod. t. quem, post alios, refert & sequitur Didac. Covarr. d. lib. 2. variar. resolut. cap. 15. num. 5. ubi hanc rem plenius persequitur. Et eadem de re videantur Augustinus Morla dict. part. 1. tit. 10. quæst. 1. numer. 8. & sequente. Berlichius d. part. 2. conclus. 45. num. 13. & seqq. pag. 971. cum seqq. Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restit. disp. 3. quæst. 7. punct. ult. num. 5. & 8 pag. 575. Treutler. vol. 1. disput. 29. thes. 2. sub. lit. E. ibique Bachovius in suis not. pag. 1101. & seq. ut & Hunnius. quæst. 5. pag. 1735.

Quia porrò inter cætera dictum est supra num. 7. 13
locatorem expellere posse conductorem, si propriis usibus domum necessariam esse edocuerit: hinc utilis & elegans quæstio effloreſcit: An etiam Studiosus (cui multa & varia competunt privilegia, de quibus Dd. in Auth. habita. C. Ne filius pro patre, &c. & Petrus Rebuffus in tractat. de privilegiis Universitatum, &c.) in Academia aliqua domum ad certum tempus conducens, cogatur ante finitum illud tempus, viduæ vel liberis locatoris defuncti, domo opus habentibus, jure cedere? Et æquior veriorque videtur sententia existimātium, quod Studiosus conducens domum ad certum tempus, ob necessitatem viduæ vel heredum, ante tempus conventum migrare ex ea teneatur. Hujusque ratio assertionis conspi- 14
cua est: quoniam ab expressis legis verbis non est recedendum, l. non aliter. 69 in princ. ff. de legat. 3. & argument. l. cum non solum. 8. §. ipsum autem filium. 5. Cod. de bonis, quæ liberis, &c. cum similibus. Atqui in præallegata l. 3. Cod. de locato. disertè ac generaliter expressum est: quòd, licet conductor pensionem in solidum solvens, non possit expelli: hoc tamen non procedat, si propriis usibus dominus (quod in nostro casu evenit) domum necessariam esse probarit. Huc facit, quod gloss. in d. l. 3. Cod. eod. super verb. necessariam. astruit, superveniente causa inopinatæ necessitatis (ut in præsenti quæstione) ob quam locator domo opus habeat, conductorem expelli posse.

Hanc decisionem non turbat, quod contractus ex 15
conventione legem accipiant, l. 1. §. si convenit. 6. ff. deposit. l. in conventionalibus 52. ff. de verbor. obligationib. l. contractus. 23. & l. semper in stipulationib.

34 ff.

34. *ff. de reg. jur.* & pacta servanda sint, *l. 1. in princ.*
16 *ff. de pact. & l. 1. in princ. ff. de constitut. pecun.* utpo-
te quæ, quamvis ab initio meri sint arbitrii, ex post
tamen facto in necessarias præstationes convertan-
tur, *l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodati. l.*
sicut. 3. ff. commodati. l sicut. 5. C. de obligat. & act. l.
non minorem. 20. & l. quamvis. 39. C. de transactio-
nib. c. quod semel placuit. 21. de reg. jur. in 6. Hæc,
inquam, omnia prædictam decisionem non turbant:
quia tum demum locum habent, quando quis teme-
re & absque justa causa à pacto discedere, fidemque
fallere vellet. Hoc etenim ei non liceret. Secus
autem in nostro themate, ubi propter necessitatem
supervenientem dissolvitur contractus, altero con-
trahentium invito, *contra textum dicta l. sicut. 5. C. de*
obligat. & act. Et licet necessitas illa non exprima-
17 tur: attamen satis subintelligitur: quandoquidem à
fortuna provenit, & humano consilio prævideri ne-
quit, *l. quæ fortuitu. 6. C. de pigneratit. act.* proinde-
que justam expellendi conductorem Studiosum cau-
sam præbere censetur.
Similiter eandem conclusionem non infringit *d.*
18 *Auth. habita. C. Ne filius pro patre, &c.* ubi dispo-
nitur, quòd Scholares ad loca, in quibus literarum
exercentur studia, tam ipsi, quam eorum nuncii ve-
nire, & in iis securè habitare debeant. *Nam* Fride-
19 ricus Imperator ibi non de tali habitatione, qualis in
nostrâ versatur specie, loquitur: sed vult potius; ut
Studiosi in Academiis securè habitent; id est, à ve-
ctigalibus & similibus oneribus, omnique injuria
exempti sint: quæ injuria proposito in casu illis non
infertur. Heredes quippe suo jure utentes, injuri-
20 am facere non creduntur, *l. injuriarum. 13. §. 1. ff. de*
injur. l. nullus. 55. & l. nihil. 129. ff. de reg. jur. cap.
cum Ecclesia. 31. circa med. ext. de electione, &c. Et
hanc quæstionem latius explicuit Georgius Beatus
in suis Decisionib. quæst. 11. pag. 60. & seqq. Addatur
Joh. Limnæus *tom. 3. de jure publ. Imp. Rom. lib. 8.*
cap. 9. num. 20. ubi ex Pingizero decis. Ienens. 70. re-
fert: secundum prædictam sententiam in Scabinatu
Jenensi, contra Studiosum quendam, fuisse pro-
nunciatum. Illud tandem coronidis vice hic subji-
21 ciendum: quod heredes alicujus Officialis mortui,
recepto prius integro salario, non teneantur ad resti-
tutionem aliquam, etiam pro ratâ temporis, quo
Officialis non inservivit. Atque hanc communem
esse opinionem, testatur Caccialupus *in repetitione*
l. diem functo. 4. num. 14. & seq. ff. de offic. adsessor.
eumque referens Vincentius Carocius *d. tract. locati*
& conduct. part. 2. tit. de offic. assessorum. num. 2.
pag. 131. ubi plures conclusiones, ab hoc loco
non alienas, attingit.

DE SOCIETATE,
TIT. XXVI.

Principium Tituli.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνίαν appellant: aut unius alicujus negociationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

S U M M A R I A.

1 *Societatis definitio, hujusque explicatio.*
2 *Societatem esse contractum, demonstratur.*
3 *Societas cur sit contractus nominatus.*
4 *Cur sit bonæ fidei.*
5 *Omnes contractus, solo consensu constantes, bonæ fidei censentur.*
6 *Intellectus l. societatem. 4. ff. pro socio.*
7 *Et res & opera in societatem conferuntur.*
8 *Si plures domini habeant res communes non affectione contrahendæ societatis, non dicitur societas.*
9 *Ad substantiam societatis quid requiratur.*
10 *Societatis divisio, in universalem & particularem.*
11 *Universalis societas quæ dicatur.*
12 *Hujus societatis subdivisio.*
13 *An totorum bonorum societas etiam tacitè contrahatur.*
14 *Omnium bonorum societate coitâ, omnes res continuo & ipso jure, sine traditione, communicantur.*
15 *Sententia l. traditionibus. 20. Cod. de pactis.*
16 *Mens & intellectus. l. si quis societatem. 74. ff. pro socio.*
17 *Nomina non æque, ut cætera res, in societate universorum bonorum communicantur.*
18 *Creditori invito alius debitor obtrudi non potest.*
19 *Quas actiones socii invicem cedere debeant.*
20 *Directarum actionum natura.*
21 *Quæ res in societatem universorum bonorum veniant.*
22 *Quæ in bonis nostris esse intelligantur.*
23 *Post contractam omnium bonorum societatem acquisita, ad quem transeant.*
24 *An societati sit imputandum, quod socius omnium bonorum filiæ in dotem, vel filio in subsidium studiorum, vel ad honorem consequendum subministravit.*
25 *Sensus l. si socius pro filia. 81. ff. pro socio.*

26 *Socie-*

29 *Societas universorum, quæ ex quæstu proveniunt, quomodo contrahatur.*
27 *Particularis societas quæ dicatur.*
28 *Ea quoque tacitè contrahitur.*
29 *Cum quibus personis societas inlri possit.*
30 *Num filius, societatem cum capitali inimico patris contrahens, legitimam exheredationis causam incurrat.*
31 *Consideratio l. liberi. 28. §. fin. Cod. de inoffic. testament.*
32 *Ex iisdem causis filius exheredatur, ex quibus vasallus feudo privatur.*
33 *Vasallus, contrahens societatem cum inimicis domini, feudum amittit.*
34 *Argumentum à liberis sumptum ad vasallos, & contra, quatenus procedat.*
35 *Iura feudorum ad decisionem causarum civilium non extenduntur.*
36 *Societas inter conjuges contrahi potest.*
37 *Quatenus cum Iudæis societatem inire liceat.*
38 *Iure Würtembergico subditi negociationes cum Iudæis exercere prohibentur.*
39 *Cum clericis, hæreticis, hostibus, persona incerta, societas coiri nequit.*
40 *Socii mei socius, meus socius non est.*

1 TErtius contractus, qui solo fit consensu, dicitur *societas.* Quæ non malè, meo judicio, definitur contractus juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus, de rebus, vel operis, vel utriusque, communionis habendæ animo conferendis. *Ita ferè definivit Clarissimus D. Collega Bocerus class. 2. disputat. 5. thes. 2. edit. & hic ad rubric. tit. num. 2. pag. 437. & Christoph. Philip. Richter. in tract. de contractib. disp. 11. th. 1. pag. 325.* Societatem esse
2 contractum, probatur argumento *l. societates. 5. in princip. ibi, contrahuntur, l. cum duobus. 52. §. idem Papinianus. 8. ibi, voluntarium consortium initum fuerit, l. si id, quod. 58. §. si filiusfamilias. 2. ibi, initium enim his contractibus inspiciendum, & passim. ff. pro socio. l. 1. l. cum in societatis. 3. l. de societate. 6. & l. ultim. ibi, in omnibus contractibus aliis. Cod eodem l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact.* Quin & ea expressè refertur ad contractus a Justiniano Imp. *supra in tit. de obligationib. ex consens.* Sed & ideo societas dicitur contractus: quia sine tractatu habito, hoc est, sine animi motu & consensu ad communionem habendam non constituitur societas, *l. ut sit pro socio. 31. & l. seq. ff. pro socio.* Cæterum Petrus Nicolaus Mozz. *in tract. de societate. in princ. num. 4. post Azonem in summa Cod. pro socio. in princip. Gloss. hic, Angel. & Capicium decis.* 174. item Franciscus Duarenus *in suis Comment. ad tit. ff. & Cod. pro socio cap. 1.* & alii nonnulli, dum societatem definiunt conventionem, proximum genus non ponunt, sed remotius, *monente Hieronymo Treutlero disput. select. 27. thes. 8. sub lit. A. vol. 1. & Wegnero disp. 12. ad Instit. thes. 6. sub lit. A.*

Additur in definitione, *juris gentium,* argumento 3
d. l. juris gentium. 7. in princ. & §. 1. ff. de pact. §. sed jus quidem civile. 2. vers. jus autem gentium, in fine, supr. de jur. nat. gent. & civili. Annectitur, *nominatus.* Quoniam elegans & peculiare, sive certum, atque à lege sibi attributum nomen habet, *d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. d. tit. supr. de obligationib. ex consens. & hoc tit nostro.* Subjungitur, *bonæ fidei.* 4
Cùm enim hic societatis contractus solo consensu absolvatur & perficiatur, nec ad sui perfectionem ullius rei traditionem desideret, *d. tit. supr. de obligationib. ex consens. l. 2. in princ. & §. 1. ff. de obligationib. & act.* idcirco rectè bonæ fidei esse dicitur. 5
Siquidem de omnibus contractibus, qui solo consensu constant, in genere Justinianus asserit, quòd bonæ fidei sint, seu quòd in illis alter alteri obligetur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oporteat, *d. tit. supr. de obligationib. ex consens. in fine.* Et in specie atque nominatim de societate idem affirmat Imperator *in §. actionum autem. 28. infr. de actionib.* Eoque confert *l. ea verò 3. in fin. ubi Salicet. l. pro socio. 38. in princ. l. si communis. 45 in fin. l. cum duobus. 52. §. 1. in proposita. 78. in fin. & l. seq. ff pro socio item l. 3. Cod. eodem.* Adjungitur, *solo consensu initus.* Est quippe societas (*ut modo indicatum,* ex eo genere contractuum, qui solo consensu perficiuntur, *d. tit. supr. de oblig. ex consens. d. l. 2. in princip. & §. 1. ff. de oblig. & actionib.* Cui non ob- 6
loquitur Modestinus *in l. societatem. 4. ff. pro socio.* dum ait: nos posse coire societatem & re, & verbis, & per nuntium; adeoque non solo consensu. *Nam* Jurisconsultus illic non negat, quin principaliter nudo soloque consensu societas contrahatur. Licet enim dicat, & re, verbis, & per nuncium contrahi posse societatem: nihilominus tamen haud obscurè fatetur, eandem principaliter solo contrahi consensu, qui verbis etiam, vel per nuncium, vel factis exprimatur atque declaretur, *quemadmodum tradunt Angelus Aretinus & Christophorus Porcius supr. ad d. tit. de obligat. ex consens. Azo in summa Cod. pro socio. num. 2. Petrus de Vbald. in tract. de duob. fratrib. in 2. part. pr. eosque referens Mozzius d. socios. in pr. numer. 2. & Vultejus hic num. 5. itemque Timæus Faber disp 24. ad Institut. Imperial. th. 12. lit. b.* Adjicitur, *de rebus, vel operis, vel utrisque conferendis.* Etenim 7
& res & operas in societatem conferri, non dubitatur, *§. de illo. 2. infr. hoc tit. l. 1. § 1. l. 3. §. 1. d. l. societates. 5. & l. seq. l. si fuerint. 29. in pr. l. ut sit. 31. cum l. seq. & l. duo societatem. 71. ff. pro socio.* ubi duo societatem inierant, ut Grammaticam docerent; &, quod ex eo artificio quæstus fecissent, commune esset, *item l. 1. Cod. eod.* ubi societatem, uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi, disertè rescriptum extat. Vide Althusium *lib. 1. Dicæolog. cap. 78. num. 6. & seqq. pag. 270.* Apponitur posttemò, *communionis habendæ animo,* argumento *d. l. ut sit. 31. in princip. & l. seq. l. plane. 37. & l. si margarita. 44. ff pro socio.* Etsi verò res duorum do- 8
mino-

minorum, voluntate ipsorum confundi possunt, eaque confusio totum corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune efficit, *l. adeo quidem. 7. §. voluntas. ff. de aequir. rer. domin. §. si duorum materia. 27. supr. de rer. divis.* ipsa tamen sola voluntas de rebus confundendis per se non inducit societatem, quamvis res confusæ communes fiant: sed societas ut sit, necesse est, ut res confundantur, vel conferantur hac affectione & animo, ut sint communes, *d. l. ut sit. 31. in princip. & l. seq. cum similibus*
9 *preallegatis. ff. pro socio.* Equidem Donellus statuere videtur, ad substantiam societatis desiderari, ut communio hunc in finem suscipiatur, ut inde lucrum fiat commune, *lib. 13. Commentar. de jur. civ. c. 15. pag. 183. num. 40. vers. nondum satis, &c.* Verum licèt nihil de lucro communicando in ipso societatis contractu expresse agatur: attamen societatem contrahi vel sola affectione & animo communionis habendæ suprà citatæ leges abundè arguunt. Unde lucri communicatio tantum de naturâ societatis, non de ejus substantia esse intelligitur: sed affectio & animus communionis habendæ, de substantia & forma societatis esse creditur, *ut perspicuè docet D. Bocer. d. class. 2. disp. 5. th. 2. ad lit. E. ed. 2. & hic ad rubric. num. 7. & seqq. pag. 4, 8.*

10 Dividitur societas non ineptè, ratione materiæ vel rerum, in universalem seu generalem, & particularem sive specialem, *argumento hujus principii, ibique Giphanius & Heigius num. 6. l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. societates. 5. l. actione. 65. in princip. ff. pro socio, & inibi Wesenbec. in Paratitl. num. 3. Vult. lib. 1. Iurisprudent. Roman. c. 37. num. 10. Althus. lib. 1. dicaolog. c. 78. num. 33. pag. 272. Schegk. in delibat. jur. disput. 19. thes. 2. lit. B. Arumaus Exercitat. Iustin. 15. th. 1. Treutler. volum. 1. disput. 27 thes. 8. lit f. & g. Plebst. disput. nov-antiq 2. th. 68. Stuckius parte 1. Exercitat. Iustinian. decad. 11. assert. 8. lit. e. & f.* Tametsi alii plura, eaque varia & diversa societatum genera proponant, *Petrus de Vbald. in tract. de duob. fratrib. in princip. Mozzius in tract. de societate. cap. 2. de divisione societatis. Rittershus. in hoc principio Knipschildt exercitat. Acad. 10. th. 4. cum seqq. & Iustus Meier*
11 *us in disput. Pand. lib. 17. tit. 2. th. 4.* Universalis societas (quam Græci κοινωνίαν appellitant, *teste hic Iustiniano*) dicitur, quæ de universarum rerum communione constituta est: & hæc aut totorum est bonorum, sive omnium omnino & universarum fortunarum, *d. l. 1. §. 1. d. l. actione. 65. in pr. l. nemo. 68.*
12 *in pr. l. si societatem universarum. 73. in princ. ff. pro socio.* aut verò universorum tantum, quæ ex quæstu, hoc est, labore & opera sociorum veniunt, *l. coiri societatem. 7. & ll. seqq ff. eodem tit.* Sed utrum omni-
13 um omnino, vel totorum bonorum societas etiam tacitè contrahi possit, quæri solet? Non posse, arbitrantur *Paulus de Castro consil. 349. col. fin. lib. 1. Alexand. consil. 76. num. 10. vol. 4. Roland. à Valle consil. 90. num. 28. 29. & 51. volum. 1. Ruin. consil. 101. lib. 1. col. 1. Menochius consil. 12. num. 10. & consil. 222. num. 1. Treutler. d. disput. 27. thes. 8. ad lit. F. volum. 1. Arumaus d. exercitat. Iustin. 15. th. 1. ad lit. B. Plebst. d. disp. 2. thes. 68. ad lit. b. & Henningus Wegner. disput. ad Institut. 11. thes. 6. ad lit. C.* At probabilius est, istam societatem tacitè quoque contrahi posse: veluti si quidam, citra ullam expressam conventionem, non solum ex communibus negociationibus, iisque variis, promiscuis, & differentibus quæstum; sed alias etiam suas fortunas non quæstuarias sibi invicem communicent, *per textum satis apertum in l. societatem. 4. ff. pro socio.* Qui textus cum generalis sit, & de quavis in genere societate affirmet, quòd vel verbis, sicque expressè, vel re, adeoque tacitè contrahi possit; de societate quoque universorum vel totorum bonorum intelligendus erit. *Ita sentiunt Socin. consil. 291. in princ. lib. 2. Roman. consil. 168. in secundo dubio. & consil. 291. col. 2. Dec. consil. 68. col. 4. vers. ultimò non obstat Iason consil. 2. col. 11. post med. & consil. 3. col. 4. circa med. lib. 3. Corn. consil. 61. col. 1. lib. 2. & consil. 58. col. 2. lib. 4. Cravett. consil. 61. num. 5. Cephal. consil. 485. num. 2. & seqq. lib. 4. Henning. Gæden consil. 87. num. 4. in fine. & num. 5. Iacobus Marchisellus in quæstionibus pract. quæst. 22. Soarez in thesaur. recept. sentent. lit. S. num. 124. Hænonius disp. ad Instit. 17. controvers. 1. Mudæus & Gothofredus ad d. l. 4. ff. pro socio. Andr. Fachineus lib. 12. controvers. jur. cap. 14. ubi hanc sententiam communiorem & veriorem pronunciat.*

Omnium porrò omnino, vel totorum bonorum 14
societate coita, omnes res, quæ contractus tempore coeuntium sunt, continuo & ipso jure, sine apprehensione & traditione, communicantur, earumque dominium in socios hinc inde transfertur, *d. l. 1. §. 1. & l. 2. ff. pro socio.* Idque utilitatis causa receptum videtur: eo quod omnium rerum, quæ in patrimonio cujusque sunt, traditio difficilis est, & sine magno incommodo fieri non potest. Igitur utilitas suasit, ut traditionem & apprehensionem intervenisse intelligamus, *d. l. 2. ff. eod. Duaren. ad eundem tit. cap. 1. circa medium. Connan. lib. 7. Commentar. juris civil. cap. 13. num. 8. Arumaus d. exercitat. Iustin. 15. th. 1. sub. lit. A.*

Nec obstat vulgata *l. traditionibus. 20. Cod. de pact.* 15
ubi dicitur; traditionibus & usucapionibus, non nudis pactis & conventionibus, dominia rerum transferri. *Nam,* omnium bonorum societate inita, traditio quidem vera non intervenit: aliud tamen, quod pro traditione habetur, & per quod rerum dominium hinc inde utrique socio acquiritur, intercedit. Socius etenim, qui omnium fortunarum seu bonorum societatem mecum contrahit, eo ipso, quo contraxit, momento, res suas pro dimidia parte meo nomine possidere incipit. Ex qua possessione meo nomine facta, ipsarum rerum traditio pro parte dimidia facta, adeoque dominium in me translatum esse reputatur, *argum. l. traditio. 20. ult. ff. de acquir. rer. domin.* Is enim possidere intelligitur, cujus nomine possi-

ne possidetur. *l. quod meo* 18. *ff. de acquir. vel amitt. tend. possess.*

16 Similiter non adversatur *l. si quis societatem.* 74. *ff. pro socio.* ubi dum Paulus respondit: id, quod emit quis, non fieri commune in omnium bonorum societate: inde concludendum videtur, quod non omnes res continuo communicentur. *Etenim* lex ista eo de casu loquitur, quando quis post contractam jam societatem rem aliquam emit: quia tunc res non statim communis fit: sed tamen postea societatis judicio ille rem communicare cogitur, *ut ibi in fine subjicitur, & ibidem Glossa innuit, & tradit Olemannus ad Giphanii disputat.* 30. *ad Institut. numer.* 6.

17 Cæterum quod dictum, continuò communicari res, quæ propriæ sunt cujusque sociorum; id exaudiendum est de rebus corporalibus, non de nominibus & actionibus. Ea siquidem, quæ sunt in nominibus, seu actiones, suo in statu manent: sed actiones invicem præstare & cedere socii debent, *d. l.* 3. *in princ. ff. pro socio. Duaren. d. cap.* 1. *post medium.* Ratio, cur nomina non æque, ut cæteræ res, in societate universorum bonorum communicentur, hæc

18 est: quia debitori meo invito non possum facere alium creditorem: sicuti invito creditori alius debitor obtrudi non potest, *argum. l. debitorum.* 25. *Cod. de pactis. l.* 2. *Cod. de heredit. vel act. vendita, & docet Vultejus hic num.* 11. Quæ autem actiones præ-

19 standæ sive cedendæ sint, directæne, an utiles, ambigitur? Et licet utiles actiones socius creditor non mandârit aut cesserit: suo tamen eas nomine alter socius exercere poterit, *l. emptor.* 5. *l. postquam.* 7. *l. ex nominis.* 8. *Codic. de heredit. vel act. vend. l. ult. Cod. quando fiscus vel privatus debitoris, &c. l. ex legato.* 18. *Cod. de legatis.* At directæ personales actiones sine cessione ab aliis exerceri nequeunt, *l. possessio.*

20 49. *in fine. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Idque facit istarum actionum natura: quæ ita cuique constitutæ sunt, ut tribuantur certæ personæ, nec personam egrediantur: utputa actio ex empto datur emptori, ex vendito venditori, nec alii cuiquam præterea. Finge ergo: eum, cui aliquid ex empto aut vendito debeatur, societatem omnium bonorum cum aliquo contraxisse: jus certè non patitur, ut hæc actio fiat socio communis; quoniam socius non est is, qui emit, aut vendidit: sed cessa exerceri potest ab eo, cui cessa est: verum ex persona tantum ejus, qui mandavit, socio procuratore in rem suam constituto, *d. l. ultim. Cod. quando fiscus vel privatus, &c. l. qui stipendia.* 9. *Codic. de procuratorib. d. l. emptor.* 5. *Cod. de heredit. vel act. vendit. Donell. lib.* 13. *Commentar. de jur. civ. cap.* 16. *pag.* 185. *& lib.* 15. *cap.* 43. *pag.* 537. *& seq.* ubi de actionum cessione ex professo tractat. Idem accuratè facit Reinhardus Bachovius *in tract. de actionib. disp.* 4. *ad th.* 3. *p.* 123. *& seqq.*

21 Veniunt in hanc universorum bonorum societatem omnes omnino res, non solum ex quæstu & opera sociorum; sed etiam hereditatis, legati, donationis, vel quocunque alio honesto titulo & modo acquisitæ, *l.* 3. *§.* 1. *& l. societatem.* 73. *ff. pro socio.* Veluti si quid ob injuriam sibi factam, vel ex lege Aquilia socii acquisierint, *l. cum duobus.* 52. *§. socium universa.* 10. *ff. eod.* Ideo autem ad hanc acquisitionem titulum honestum requiri dicimus: quia quæ ex inhonesto titulo, & ex prohibitis causis ad quemque sociorum pervenerunt, puta socii furto, vi, rapina, aliove maleficio: in hanc societatem non conferuntur, *d. l. cum duobus.* 52. *§. ibidem ait.* 17. *& l. seq. ff. pro socio.* Ejusque ratio est perspicua: quia ma- 22
leficio quæsita non sunt in bonis ejus, qui quæsivit: siquidem ad ea retinenda non habeat exceptionem, adversus dominum, eadem repetentem. Ast illa tantum in bonis nostris habere intelligimur, quæ possidentes exceptione tueri possumus, & ad quæ recuperanda actionem habemus, *l. rem in bonis.* 52. *ff. de obligat. & act.* Cum ergo ista in bonis non sint: societas autem bonorum sit contracta: ad communionem non pertinent. Si tamen ultrò in medium collata sint: lucrum commune erit, *l. quod autem.* 53. *in fine. ff. pro soc.* quamdiu socius ex maleficio suo damnatus non fuerit, *l. quod enim.* 54. *ff. eodem.* Quod si ex prohibitis causis acquisita, sciente altero socio, in commune sint collata: damnato socio ex maleficio suo in pœnam: hanc quoque pœnam socius alter, propter scientiam rei illicitæ, etiam dissoluta societate, agnoscere renetur. Æquum enim est: ut, cujus participavit lucrum, ejus participet & damnum, *l si igitur.* 55. *& l. seq. ff. pro socio.* Sanè ea, quæ 23
post contractam omnium bonorum societatem acquiruntur, non statim ipso jure communicantur: sed ad eum socium, cui obvenerunt, plenè transeunt: ita tamen, ut illa societatis judicio in commune redigere cogatur, *prædicta l. si societatem.* 73. *in princ. ibi, in commune redigendam, & l. seq. ff. d. tit. Ant. Gomez. tom.* 2. *var. resolut. cap.* 5. *de societate, num.* 3. *vers. ultim. & explicatum supra num.* 16. Ejusque ratio est: quia hoc casu, quo res postea ad alterum ex sociis pervenerunt, nulla nova conventio intervenit, qua alterius socii nomine velle possidere socius intelligatur. Et licet maximè possidere vellet: non tamen socio ignoranti possessio acquireretur. Ea quippe scientibus tantum, & volentibus acquiritur, *l. ea, qua.* 33. *ff. de acquir. rer. domin.* Hinc si ex duobus sociis omnium bonorum unus rem pignori acceperit, eaque surrepta sit: Mela scripsit, eum solum furti habere actionem, qui pignori accepit: socium non habere, si scilicet res pignorata nondum societati illata sit, *l. si quis uxori.* 52. *§. si ex duobus sociis.* 18. *ff. de furt. Petr. Costal. in l. socium.* 16. *ff. de rebus credit. si cert. petetur.* Hujus prætereà omnium bonorum societatis tanta vis intelligitur: ut, licet unus socius suo nomine pecuniam communem fœneraverit, usurasque perceperit, eas nihilominus partiri teneatur, *l. si unus ex sociis.* 67. *§.* 1. *& ibi Mudæus & Gothofred. ff. pro socio. Cujac. lib.* 23. *observat. cap.* 27.

Sed

24 Sed ut elegans, ita profunda quæstio est: an societati sit imputandum, quod socius omnium bonorum filiæ in dotem, vel filio in subsidium studiorum, vel ad honorem aliquem, puta gradum Magistri, Licentiati, Doctoris, consequendum subministravit? Et, quamvis permulti incredibiliter varieque dissentiant, *Speculat. in tit. de judic. in 4. part. §. vers. quid si unus ex fratrib. Baldus in l. fin. C. de dot. promiss. & consil. 159. vol. 5. Rem. consil. 145. & consil. 413. Alexand consil. 87. & consil. 154. vol. 2. Alberic. & Fulgosius in l. si socius pro filia. 81. ff. pro soc. Paul. de Castro cons. 96. & cons. 366. vol. 1. Socin. cons. 46. vol. 5. vers. circa aliam dubitationem, & consil. 192. vers. circa quartam. volum. 2. Iason in Auth. quod locum, colum. 4. Cod. d. collat. & consil. 291. volum. 1. Corneus consil. 124. colum. fin. vol 1. & consil. 52. vol. 3. & consil. 58. volum. 4. Crotus in l. si constante. 24. ff. solut. matrim. Nevizan. in sylv. nupt. lib. 2. num. 83. Bertrand. consil. 336. col. fin. vol. 3. Paris. consil. 85. num. 18. vol. 1. Beroius consil. 190 volum. 1. Petrus de Vbald. in tract. de duob. fratrib part. 6. quæst. 9. Donell. ad rubric. tit. Cod. pro socio. num. 18. Hilliger in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 16. ad lit. I. Manentes Costa Maceratens. num. 2. in consilio suo, quod extat apud Nicolaum Mozzium in d. tract. de societate, sub finem aliisque per illum citati.* ego tamen affirmativæ sententiæ, tanquam receptiori & veriori, simpliciter ac indistinctè subscribendum judico, *per textum clarissimum in d. l. si societatem. 73. §. ultim. ff. pro socio.* ubi disertè & absque ulla distinctione Ulpianus respondit: ea, quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt, societati imputanda esse. Eodem facit textus *in l. ex parte 39. §. filius. 3. ff. familiæ ercisund.* ubi Scævola ita respondit: *Filius Reipublicæ debita, quæ post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hereditaria reputare non potest, si non in omnibus socii essent.* Accedit *l. cum duobus. 52. §. fin. ff. pro socio.* ubi cum socius omnium bonorum, condemnatus per injuriam judicis, id, in quo damnatus est, ex societate consequi possit: inde colligitur, quod multo magis parens socius illud ipsum, quod in filii studia vel honorem sive in dotem filiæ impendit, consequi debeat. Præterea proprium societatis omnium bonorum est: ut quicquid, quacunque ratione sit acquisitum, communioni acquiratur: & ideo hereditas, & legatū, & quod donatum est, & stipendium, & salarium publicū ad compēdium societatis, pertinet *d. l. est vero. 3. §. 1. ff. pro soc.* Igitur per contrarium, omne damnum, quod quacunque ratione uni ex sociis absque culpa sua contingit, inter eos debet communicari: quia lucri & damni eadem est ratio: & contrariorum eadem est regula. Et iniquissimum est genus societatis, ex qua quis lucrum, non etiam damnum expectat, *l. si non fuerint. 29. §. Aristo. 2. ff. d. tit.*

25 Cui non valde contrariatur *l. si socius pro filia. 81. vers. quæsitum est, &c. ff. pro socio.* ubi dos filiæ constituta, propter pactum seu conventionem, ex communi deducitur: ac proinde cessante pacto, deducenda non venit. *Nam* ibi nec de sociis omnium bonorum quæstio proponitur: nec rectè infertur, quia dos ex communi propter pactum deducitur: ideo, pacto cessante, eam non esse deducendam. Obstaret enim natura societatis omnium bonorum, in qua expensæ omnes societati imputantur, nisi ob delictum fiant, *d. l. cum duobus. 52. §. ultim. & duab. ll. seqq. ff. eodem.* Atque hanc & legendo & consulendo amplexi sunt sententiam *Angelus in l. ex duob. 27. ff. de negoc. gest. & consil. 60. Florianus in d. l. si socius pro filia. 81. ff. pro socio. Anton. de Butrio consil. 7. in princ. Hieronymus Zannettinus inter consilia Socini 6. volum. 4. Decius consil. 66. & 68. colum. 2. consil. 305. colum. ultim. & consil. 548. & in d. auth. quod locum, num. 9. Cod. de collat. Ruinus consil. 101. numer. 15. consil. 104. volum. 1. & consil. 121. colum. 1. volum. 5. Riminald. consil. 194. numer. 13. lib. 1. Hieronymus Cagnol. in l. si emancipati. 9. numer. 202. Cod. de collationib. Natta consil. 91. vol. 1. ad fin. Roland. à Valle consil. 91. num. 34. 40. & 56. volum. 1. Menochius lib. 2. de arbitrar. jud. cent. 2. cas. 127. Mantica, de tac. & ambig. convent. lib. 6. tit. 10. Richter d. disp. 11. th. 1. sub lit. C. pag. 134. D. Collega Bocerus clas. 2. disp. 5. thes. 51. ed. 2. & ad §. ult. infr. hoc tit. num. 7. pag. 454. Treutler. d. disput 27. thes. 8. lit. H. volum. 1. Arumæus d. exercit. Iustin. 15. thes. 2. Matth. Stephani. cent. 3. quæst. 86. lit. A. Mejor. in disputat. ad lib. 17. Pandect. tit. 2. thes. 11. numer. 4. & thes. 25. num. 7. Schröter. decad. 8. diatribar. domesticar. quæst. 6. Petrus Sanz. Morquedus in practica quotid. de divis. bonor. libr. 2. cap. 2. numer. 17. Nigerdinus lib. 3. disput. 7. thes. 2. quæst. 1. Schegk. in delibat. jur. disp. 19. thes. 4. Fabius Turretus consil. 7. lib. 2. Knipschildt d. exercitat. 10. quæstion. 7. pag 357. cum seq. Tobias Nonius consil. 64. Fachineus lib. 8. controversiar. jur. cap. 4. & lib. 12. cap. 13. & Baptista de Hieronymis consilio suo, quod est in fine tractatus de societ. Mozzii. num. 2. & seqq.* ubi non solum assertionis hujus sectatores quam plurimos recenset: verum etiam ad contrarias decisiones latè respondet. Vide tamen Schifordegherum *lib. 3. ad Anton. Fabr. tract. 28. quæst. 8. & seqq.* ubi speciosis rationibus contendit: dotem in societatem universorum bonorum non esse imputandam. Inspice quoque Acacium Antoninm de Ripoll *variar. jur. resolut. cap 9. num. 218. & seq. fol. 267.*

Porrò universorum, quæ ex quæstu proveniunt, 26
societas contrahitur: si de consortio habendo simpliciter, hoc est, nulla rerum vel negociationis certæ nominatione facta, inter duos pluresve conveniant. Cujus societatis hæc vis est: ut communia fiant universa, quæ ex quæstu & opera cujusque veniunt; hoc est, lucrum omnes, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus

bus commerciis descendit, *l. coiri. 7. l. quæstus. 8. l. sed & si adjiciatur. 13. ff. pro socio.* Quicquid verò sociis alieno beneficio obvenit, veluti hereditas, legatum, donatio, ad communionem non pertinet, *l. nec adjecit. 9. & l. seq. ff. eod.* ut nec æs alienum, nisi quod ex quæstu pendet, *l. sed nec æs. 12. ff. d. tit. D. Bocer. d. disput. 5. thes. 13.* Ista autem societas tacitè constituitur: si quidam, nullo expresso tractatu habito, omnis generis quæstus, lucra & damna, ex variis & difformibus negociationibus, & promiscuis actibus conferant, *argum. l. nam cum tractatu. 32. ff. pro soc. Mudæus in d. l. coiri. 7. num. 2. ff. eod. Alexand. consil. 48. num. 4. & consil. 103. num. 6. vol. 3. Lingolis decis. Iustin. 12. quæst. 4. & seq. fol. 124. & seq.* Et hæc de universali seu generali societate dicta sufficiant.

27 Particularis seu specialis societas est: cum certæ alicujus rei, vel certæ cujusdam negociationis communio inducitur. Certæ rei contrahitur societas: veluti si duo societatem ita coeant; ut, si qua justa hereditas alterutri obvenerit, ea communis sit: qualis societas de legitima tantum, non etiam testamentaria hereditate intelligi debet, *l. 3. §. de illo quæritur. 2. ff. pro socio.* Item si duo, puta Titius & Sempronius, conjuncto dominio, atque ita animo habendæ societatis emant prædium: idque traditum pro indiviso communiter possideant, *l. 2. Cod. eod.* Ut & si fratres parentum hereditates ideo indivisas retinuerint: ut emolumentum & damnum in his commune sentirent, *d. l. cum duobus. 52. §. Papinianus. 6. ff. d. tit.* Certæ Cujusdam negociationis fit societas: velut si duo plures ve contrahant societatem vectigalium, *l. societates. 5. in princip. & l. verum est. 63. §. in heredem. 8. pro socio.* aut argentariæ, *d. l. cum duobus. 52. §. cum duo. 5. ff. eod.* aut alterius professionis; veluti ut Grammaticam doceant; & quod ex eo artificio quæstus fecerint, commune sit. *d. l. duo societatem. 71. in pr. ff. d. t.* vel si contrahant societatem mancipiorum emendorum & vendendorum: vel emendi vendendique vini, olei, frumenti, &c. *per hoc principium nostrum. Inst. Mejer. in disp. ad lib. 17. Pandect. tit. 2. thes. 4. pag. 776.* Atque

28 hæc particularis societas tacitè quoque contrahitur: si videlicet quidam unius & alterius certæ negociationis merces, lucra & damna, absque expressa conventione conferant, *l. societatem. 4. ibi, & re. ff. pro socio. Mudæus in l. coiri. 7. num. 2. & in l. si fratres (alias est d. l. cum duobus. 52. §. si fratres. 6.) ff. eod. Henning. Gœden. consil. 87. num. 5. & 6.* Hac autem societate particulari constituta, per socium ære alieno consocius non obligatur: nisi in communem arcam pecuniæ sint versæ, vel alioquin obligatio, qua extraneo socius tenetur, societatem respiciat, *d. l. cum duobus. 52. §. si quis ex sociis. 15. & l. jure societatis. 82. ff. pro socio. Roland. à Valle prædicto consil. 91. num. 49. Wesenbec. consil. 31. n. 27. Eaq; de re videatur Benvenutus Straccha in tractat. de contract. mercat. n. 13. & seqq.*

Cæterum utraque præfata societas contrahi potest, non solum cum personis liberis: sed etiam cum servis, *l. si servus. 18. & l. si id, quod. 58. §. ult. ff. pro socio. l. si cum filiosfamilias. 9. ff. de compensationib.* & cum filiisfamilias, *d. l. si id, quod. 58. §. si filiusfamilias. 2. ff. pro soc. & d. l. si cum filiofamilias. 9. ff. de compensat.* De filio, qui societatem contrahit cum capitali inimico patris, quæri solet: num propterea legitimam exheredationis causam incurrat? Et, nisi se inimicitiarum & contumeliæ socium præbeat, non incurrere, verius est. Tum quia hæc causa non expressa est *in Novell. 115. cap. 3.* Tum quia aliæ honestæ causæ possunt inducere filium, ut sine præjudicio patris societatem contrahat cum inimico patris: qui etiam causam dissensioni dedisse potuit. 29 30

Non obstat *l. liberi. 28. in fin. Cod. de inoffic. testament.* ubi mater, quæ cum inimicis filii amicitiam contraxit, ob eam causam exheredari potest. Idem ergo multo magis dicendum in filio: cum is reverentiam patri debeat eam, quam patet non æquè filio, *l. parentes. 6. ff. de in jus voc. l. apud Celsum. 4. §. adversus parentes. 16. vers. semper enim. ff. de doli mali & met. except.* Nam respondetur, quod aut *d. lex. 28. Cod. de inoffic. testament.* correcta sit *per d. Novell. 115. cap. 3.* aut eo de casu accipienda, quo mater non tantum dicitur amicitias copulasse; sed & ita versata, ut inimica potius filii, quam mater crederetur: *quemadmodum in fine dictæ l. 28. disertè subjicitur.* 31

Sic quoque non obstat, quod ex iisdem causis filius potest exheredari, ex quibus vasallus feudo privatur, *cap. 1. §. prædictis. Quæ fuit prima causa beneficii amitt. tit. 24. lib. 2. feudor.* Atqui vasallus, qui iniit societatem cum inimicis domini, amittit feudum, *argument. dicti capit. 1. §. porro. ibique Gloss. communiter approbata, in verb. assalierit. Menoch. lib. 5. præsumpt. 43. num. 16. ubi ad hoc plures allegat.* Hoc, *inquam*, non obstat. Ut enim argumentum de liberis ad vasallos ductum valet, velut à majore ad minus: ita è converso à vasallis ad liberos, ut à minore affirmativè ad majus sumptum, vix subsistet: præsertim cum jura feudorum ad decisionem causarum civilium, in materiis odiosis & jure limitatis, non extendantur, *Wesenbec. in tract. feud. cap. 1. num. 7.* Atque ita in terminis tradunt *Elias Reberus disput. ad Institut. 17. thes. 9. Matth. Stephani cent. 3. quæst. 84. Andreas Gerhard. de testament. disp. 5. thes. 35. & Paulus Berens disput. ad Institut. 12. them. 1. quæst. 3.* Hucque pertinent, quæ annotavi *ad §. final. supr. de exheredat. liberor. num. 38. & seq.* 32 33 34 35

Præterea cum fœminis, nec non inter virum & uxorem contrahi societas potest, *l. aliment. 16. §. fin. ff. de aliment. & cibar. leg. l. cum hic status. 32. §. si inter virum. 24. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. ex diverso. 17. §. 1. ff. soluto matrimon. Menoch. consil. 121. lib. 2.* Et hodie quidem moribus vulgi societas quædam inter conjuges loco dotis successisse videtur: ita ut maritus lucretur partem aliquam eorum, quæ ex bonis vel industria acquiruntur uxoris: & uxor capiat partem 36

partem aliquam eorum, quæ ex bonis vel operis mariti acquiruntur, *Mejer. d. disput. ad lib. 17. Pand. tit. 2. thes. 5. numer. 5. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 13. cap. 16. lit. B.* Sed & cum Judæis societatem iniri
37 posse, probatur *argumento l. spadonem. 15. §. jam autem. 6. ubi Bald. ff. de excusat. tutor. l. Iudæi. 8. & l. quicunque. 10. Cod. de judæis.* ex quibus constat, nobis licitum esse conversari cum Judæis. Et ita tenent *Alexand. de Nevo consil. 96. in 1. art. declarat. Socin. sen. cons. 61. num. 15. vol. 1. Barbat. consil. 63. col. 1. vol. 4. Decius cons. 51. col. 2. in princ. Marsil. consil. 84. num. 41. volum. 2. & singul. 540. Boerius decis. 179. num. 6. Mozzius d. tract. de societ. colum. 1. sive tit. de person. quæ societatem contrahere poss. n. 21. & Hector Felicius in tract. de societ. cap. 8. num. 22. & 24.* Quod tamen hodie tum demum procedit, si coram ordinario Magistratu, cui Christianus subjectus est, contractus celebretur. *Recess. Imper. Augusti. Anno. 1551. §. diesem zubegegnen/ &c. Schegk. in delibat. jur. disp. 19. thes. 9. ad lit. E. Me er. d. th. 5. num. 16. Knipschildt. d. exercitat. 10. quæst. 1. pag. 351.*
38 *& seq.* Enimverò jure Würtembergico subditi, sub pœna corporali & pecuniaria negociationes cum Judæis exercere prohibentur *Fürstl. Würtemberg Landts-Ordnung / Tit. Die Juden belangende. §. Wir gebieten auch / &c. fol. 63. in fin. & fol. seq.* Planè
39 neque cum clericis seu monachis, cum ipsis à lege pontificia negociari interdictum sit, societas coiri potest, *per c. fen. & ult. ext. de vita & honestate clericor. Federic. de Senis consil. 207. colum. 2. Menoch. consil. 12. numer. 12. volum. 1. Petr. de Vbald. in tract. de duob. fratrib. part. 7. princip. quæst. 8.* neque cum hereticis, hostibus & Saracenis, *per ea, quæ notavit Innocen in c. quod super 8. de voto Felinus in c. ego N. Episcopus. 4. col. 5. de jurejurand. Boerius d. decis. 179. num. 7. Petrus Duennas in fallent. regul. jur. reg. 191. fallent. 1. D. Bocer. hic num. 8. pag. 442. & d. class. 2. disput. 5. thes. 5. Felicius d. cap. 8. num. 21. & Mozzius d. loco. num. 23.* neque cum persona incerta: quoniam certæ personæ industria eligitur, *§. solvitur. 4. infra hoc tit.* ac proinde neque heres socii socius est, *l. nemo potest. 35. d. l. cum duobus. 52. §. idem respondit. 9. l. adeo. 59. in princip. l. socium. 60. in princip. l. verum. 63. §. ult. l. actione. 65. §. morte. 9 ff. pro socio.* neque socii adrogator, *d. l. 65. §. societas. 11.* neque socii mei socius, meus socius erit, *l. nam. socii. 20. & l. seq. ff. eod. l. Modestinus. 105. ff. de verb. significat. l. consilii. 47. in fino. ff. de reg. jur.* sed ejus tantum, qui eum admisit, *l. qui admittitur. 19. ff. pro socio.* Neque
40 enim mihi socius esse potest alius, quam quem mihi volui socium esse *d. l. 19. ff. eodem. Mejer. d. disput. ad lib. 17. Pand. tit. 2. thes. 6. numer. 9.* Porrò de personis, quæ societatem contrahere possunt, vel non possunt, copiosè disserunt *Mozzius d. tract. de societ. colum. 2. & Mejer. d. disput. thes. 5. & 6.*

§. Et quidem. 1. §. De illa sanè. 2. & §. Illud. 3.

Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit: æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes: hæ servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia.

§. 2. De illa sanè conventione quæsitum est: si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia: an rata debeat haberi conventio? Quintus Mutius contra naturam societatis talem pactionem esse existimat, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus sententia prævaluit) contra sensit: quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita coiri posse societatem non dubitatur: ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeò cōtrà Quinti Mutii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit: compensatione facta, solum, quod superest, intelligatur lucro esse.

§. 3. Illud expeditum est: si in una causa pars fuerit expressa; veluti in solo lucro, vel in solo damno, in altero verò omissa: in eo quoque, quod prætermissum est, eandem partem servari.

S U M M A R I A.

1 *De pactis in societatis contractu usitatis.*
2 *Partes lucri & damni, in societate expressa, servari debent.*
3 *Si non expressæ sint: æquales in lucro & damno erunt pro portione Geometrica.*
4 *Altera tantum parte expressa sive definita, definitio casus expressi ad omissum quoque trahenda.*

5 *Contrariorum eadem ratio ac proportio.*
6 *Quatenus pactum, quo inæquales lucri & damni partes fiunt, valeat.*
7 *In toto jure generi per speciem derogatur.*
8 *Mens & sententia l. in causa 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minorib.*
9 *Quatenus pacta sint servanda, & legem dent contractui.*
10 *Consentienti & volenti non fit injuria.*
11 *Societas est quadam fraternitas.*
12 *Opera alicujus sæpe pro pecunia valet.*
13 *Precium opera est artis velamentum.*
14 *Hostimentum est compensatio.*
15 *Conventio, qua unus sociorum lucri partem percipit, de damno non tenetur, quatenus subsistat.*
16 *Lucrum non intelligitur, nisi omni damno deducto.*
17 *Bona cujusque intelliguntur, qua ære alieno deducto supersunt.*
18 *Societas coiri nequit, ut alter sociorum omne lucrum auferat, alter omne damnum solus sustineat.*
19 *Quomodo leo communem prædam cum vulpe diviserit.*
20 *Si unus solam pecuniam, & opera nihil; alter solam operam, & nihil pecunia in societatem conferat: si pecunia casu pereat, ad quem damnum istud spectet.*
21 *Quoque res suo domino perit.*
22 *Consideratio l. cum duobus. 52. §. quidam. 4. ff. pro socio.*
23 *Consideratio l. si non fuerit. 29. §. 1. ff. d. tit.*
24 *Instantia diluitur.*
25 *Alia instantia refellitur.*
26 *An pecunia, quam unus societati intulit, communis fiat, & cum altero sociorum, qui solam operam præstitit, dividi debeat.*
27 *Intellectus l. 1. & 2. ff. pro socio.*
28 *Explicatio l. 1. Cod. eodem tit.*
29 *In societate, quantum fieri potest, æqualitas servanda.*
30 *Opera alterius quatenus æquivaleat pecunia.*
31 *Boni viri arbitrio quid conveniat, & quando id sequendum.*

1 DE pactis in hoc societatis contractu usitatis, sive respectu lucri & damni adhiberi solitis, Justinianus Imp. hoc loco agit, & rem totam trimembri distinctione declarat. Nam à contrahentibus
2 vel expressæ sunt certæ partes tam lucri, quam damni: vel nullæ expressæ sunt: vel denique altera expressa est, altera omissa. Si expressæ fuerint certæ partes, hæ servari debent, *ut hic dicit. in §. 1. vers quod si expressæ, &c.* Siquidem nihil æquitati magis congruit, quam in conventionibus bonæ fidei id custodiri, quod inter contrahentes actum est, *l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. l. ex empto. 11. § 1. ff. de actionib.*
3 *empti.* Si nullæ partes lucri vel damni fuerint expressæ æquales tam in lucro, quam in damno partes inter socios spectantur, *ut hic in §. 1. l. si non fuerint. 19. in princip. ff. pro socio. l. 3. Cod. eodem.* Æquas autem sive æquales partes intelligere oportet, non proportione Arithmetica, sed Geometrica, prout scilicet aliquis in societatem plus minusve contulerit vel operæ, vel industriæ, vel pecuniæ, *argument. l. si societatem. 6. & l. quid enim. 80. ff. pro socio & notat hic Rittershusius num. 1. pag. 487. Hartman. Pistor. quæst. 1. num. 6. lib. 3. cumque referens Iohan. Iacob. Plebst. disput. nov-antiq. 2. thes. 71.* Si verò altera 4
tantum pars, puta lucri, sit expressa: tunc in omissa, damni scilicet, idem erit statuendum, quod in expressa, *§. illud expeditum. 3. hoc tit.* cum contrariorum eadem sit ratio ac proportio, *argum. l. ultim. ff. de legat. 3. l. penult. §. fin. ff. qui satisdare cogant. l. 1. in princ. ff. de his, qui sui vel al. jur. sunt.* Cæterum 5
trimembris istius distinctionis duæ partes posteriores nulla difficultate laborant: cum prima, ubi de partibus damni & lucri expressis agitur, difficilima & intricatissima censeatur. Quæritur enim, nunquid omnis expressio valeat: & quæ proportio lucri & damni esse debeat? Et sanè tria pactorum genera, sive tres conventiones hic adferuntur. Quarum prima hæc est: si duo inter se paciscantur, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia pars lucri & damni. Hoc pactum sive hæc conventio jure valet: nec de eo unquã fuit dubitatum, *secundum Imperatorem hic in §. 1. vers. nec enim unquam, &c.* si modò is, cui plus lu- 6
cri tribuitur, aliquid plus vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei, puta gratiæ, societati contulerit, *d. l. si non fuerint. 19. in princip. ff. pro socio.* Quare pactum hoc, quo inæquales lucri & damni partes fiunt, aliter non valet: nisi alter ex sociis, qui ex conventione plus emolumenti & damni sentire debet, plus etiam pecuniæ vel operæ collocaverit in societatem.

Nec infringit hanc sententiam, quod generaliter, & indistinctè hic dicitur: si duo inter se pacti sint, ut ad unum duæ partes lucri & damni pertineant, ad alium tertia: pactum istud valere. *Nam* quod uno in loco generaliter dictum est: id ex aliis locis & legibus distinctè loquentibus explicandum est. In toto quippe jure generi per speciem derogatur, *l. in toto. 80. ff. de reg. jur.* Quod igitur *hic in §. 1.* Justinianus ait, validam esse conventionem, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes lucri & damni spectent, ad alium tertia: accipiendum est cum temperamento *dicta l. si non fuerint. 29. in princ. ff. pro socio.* dummodo is, cujus in favorem hæc pactio fuit interposita, aliquid plus in societatem attulerit.

Nihil etiam obstat *l. in causa cognitione. 16. §. idem* 8
Pomponius. 4. ff. de minorib. 25. annu. ubi in contractu bonæ fidei naturaliter licet contrahentibus se invicem circumvenire, modo dolus absit: ac proinde videtur dicendum, quod alter ex sociis pacisci

cum

cum altero possit, ut sibi permittatur majorem lucri partem ex societate auferre: qnamvis hoc pactum cum alterius socii detrimento & circumscriptione conjunctum fuerit. Nihil, *inquam*, obstat. Lex etenim ista procedit, quando circumventio non contra substantiam est & naturam contractûs bonæ fidei. Jam verò contra substantiam & natnram societatis est, magnam in ea constituere inæqualitatem, *argum. l. verum est. 63. in fine principii, & l. si unus. 67. in fine principii. ff. pro socio.* Quod certè contingit, quando aliquis de duabus partibus lucri percipiendis cum socio paciscitur: & nihil vicissim confert in societatem, quod alter non contulerit.

9 Nihil item resistit, quod pactum servari debeat, *l. 1. in pr. ff. de pact. l. 1. in 9. pr. ff. de pecun. constitut.* & legem formamque det contractui, *l. juris gentium. 7. §. quinimò. 5. ff. de pact. d. l. 1. §. si convenit. 6. ff. deposit. l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* Quia illud exaudiendum est de pacto, quod substantiæ & naturæ contractus non contrariatur. Siquidem & aliàs pacta, quæ naturæ & substantiæ contractus adversantur, contractui non insunt: sed aut vitiant contractum, aut ipsa vitiantur, *l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt.*

10 Similiter nihil ad rem pertinet, quod consentienti & volenti socio non fiat injuria, *l. 1. §. usque adeò. 5. ff. de injur. c. scienti. 27. de reg. jur. in 6.* Inde namque non sequitur, quod pactio subsistat, si negocio, cui apponitur, perspicuè repugnet. *Ita notavit Hunnius in suu resolut. ad disputat. 27. Treutleri, thes. 8. vol. 1. pag. 1734.*

Altera conventio, quæ *hic in* §. 2. adfertur, hæc est:
11 Titius & Sejus socii inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia: quæsitum est, an ejusmodi conventio rata sit? Et quidem Quintus Mutius, *referente hic Iustiniano*, existimavit: ta-
12 lem pactionem non esse ratam habendam. Ratio Mutii, conventionem istam improbantis, hæc fuit: quia ea conventio sit contra naturã societatis. Ratio rationis: quia societas est quædam velut fraternitas, *d. l. verum. 63. in princip. ff. pro socio.* quæ non patitur, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat: sed flagitat potius, ut æqualitas damni & lucri tanquam inter fratres observetur: qnoniam societas cum contrahitur; tam lucri, qnam damni communio initur, *d. l. si unus. 67. in princip. ff. eod.* Præterea ipsa æquitas exigere videtur, ut qui æqualiter in societatem conferunt pro ratione sortis; etiam in proventu sint pares, *argum. l. qui scit. 25. ff. de usur. & fructib.* Servius autem Sulpitius contrà sensit, præfatamque conventionem subsistere statuit. Ratio Ser-
13 vii, conventionem illam probantis, hæc fuit: *quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti:* hoc est; quia sæpe fieri potest, ut ex sociis unus duntaxat operâ suâ societati prosit: ut æquissimum sit, plus illum lucri percipere, quam alterum otiosum, vel minus industrium. Quanti enim opera in societate sit æstimanda, Imperator hic, Servii sententiam confirmans, tali exponit exemplo, quo duo rectè ita coeant societatem: ut unus pecuniam tantum conferat, alter operam: & tamen lucrum inter eos commune sit: *quia sæpe* (inquit) *opera alicujus pro pecunia valet.* Quo spectat etiam *l. societates. 5. §. 1. ff. pro socio.* ubi Ulpianus ait: quod plerunque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. Item *l. cum duobus. 52. §. utrum ergo. 2. vers. si in coeunda. ff. eod.* ubi idem Jurisconsultus scribit: quod pretium operæ artis sit velamentum. *De quo videatur Theodorus Marcilius hic in vers. nam & ita &c.* Eoque sensu Plautus *in Asinaria scen. 3. act. 1.* dixit: par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia. Hostimentum enim 14
compensatio est, *ut exponit Festus*; cumque referens hic Rittershusius, *circa finem. pag. 488.*

Tertia & ultima conventio hic *in §. 2. vers. & adeò, &c.* proposita hæc est: qua unus sociorum lu- 15
cri partem percipit, de damno non tenetur. Quæ conventio licet reliquis sit iniquior: quoniam efficit, ut ad unum totum damnum recidat? eam tamen valere palam est, *d. l. si non fuerint. 29. §. 1. ff. pro socio.* Enimverò isthæc conventio, secundum Imperatorem Justin. *in d. §. 2. in fin.* ita accipi debet: ut, si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit; compensatione facta, solum, quod superest, intelligatur lucro esse. Quasi dicat Imperator: quod asserimus, conventionem illam valere, qua unus lucri partem sentit, alter totum damnum sustinet: non ita exaudiendum est, quasi in eadem societate simul quis & damnum & lucrum ferat: sed ut damno & lucro inter se comparatis, quod excesserit, id solum remaneat dividendum, sive id sit lucrum sive damnum. Neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno, sive ære alieno deducto: neque contra damnum, nisi omni deducto lucro, *l. Mucius. 30. ff. pro socio.* Sicut & bona intelliguntur 16
cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum. 39. §. 1. ff. de verbor. significat.* Sed exemplo res fit illustrior. Pone ergò: duo societatem contraxerunt; vinariam, & frumentariam. Ex illa damnum est acceptum centum aureorum: ex hac verò lucrum trecentorum. Hic compensatio damni & lucri, facit lucrum, qnod relinquitur, ducentorum aureorum: qui inter socios ratione pactionis dividendi erunt. Contra si damnum sit reliquum ducentorum aureorum: id totum unus tantum sustinebit; adeò, ut si uterqne mille aureos societati contulerit: alter suos mille, alter octingentos tantum aureos, cum solus damnum sustineat, ex pacto sit recepturus. Quod tamen ipsum ex Ulpiani responso ita interpretandum videtur: si modò is, qui nullam sentit partem damni, aliquid plus contulerit societati; si non plus pecuniæ, attamen plus operæ,

ut tan-

17 ut tanti hoc sit, quanti damnum est. Plerunque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia: velut si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus, *d. l. si non fuerint. 29. §. 1. ff. pro socio. Andr. Gail. lib. 2. observation. c. 24. num. 1. 2. & 5. Eaque de re vide Hartmannum Pistoris lib. 3. quaestionum jur. quaest. 1. & 3. Iulium Pacium cent. 4. ἐναντιοφανῶν. quaest. 96. & D. Besoldum in delibatis jur. ex lib. 17. ff. quaest. 7. nec non* Locamerum *quaestionum jurid. fascic. 39. quaest. 6.*

18 Praeter conventiones modò expositas, est & alia, putà ut alter sociorum omne lucrum auferat; alter omne damnum solus supportet. Quae conventio, quia iniquissima est, & societati contraria, non valet: & leonina haec societas à Cassio Jurisconsulto appellari solet. *d. l. si non fuerint. 29. §. Aristo. 2. ff.*
19 *pro socio.* Nam leo (*ut est in pervulgato Aesopi fabulatoris Phrygii Apologo*) sic communem ex venatione praedam cum vulpe dividebat, ut sibi illam totam, vulpi nihil prorsus concedens, retineret. Dicebat enim: haec prima pars erit mea; ratione societatis: secunda itidem erit mea; quia majorem contuli operam: tertia similiter mea erit; quia te sum fortior: & denique partem quartam qui acceperit, amicus meus non erit, *Mynsinger hic num. 7. Giphan. lib. 3. disput. 30. thes. 8. & ibidem Oleman. in suis not. num. 8. & 9.* vel (*secundum alios*) apologus talis est: Leo, asinus, vulpes societatem cojerant, ut quod venatu cepissent, in commune divideretur. Praedam ubi erant nacti, Leo asinum eam distribuere in partes, jubet. Hic, ut erat stolidus, portiones tres aequales fecit. Cujus rei gratia indignatus Leo, quod caeteris aequaretur, asinum adortus dilaniat. Restabat vulpes: hanc de novo praedam partiri voluit. Vulpes totam fermè praedam Leoni attribuit, vix pauxillulum sibi servans. Leo, comprobata distributione, quaerit: quisnam illam partiendi rationem docuisset? Cui vulpes: ἡ τοῦ ὄνου συμφορά, id est, asini calamitas. *Ita ex suo desiderio in Chiliadib. refert Gerardus Tuningius hic in §. 2. in verb. de damno non tenentur, & Tiraquell. leg. connubial. 5. gloss. 1. part. 5. num. 34.* Hucque respicit elegans posthij tetrastichon, *quod refertur part. 5. deliciarum Poetarum Germanor. illustr. pag. 231.*

Felix, alterius quicunque pericula cernens,
Discit ab exemplo posse cavere sibi.
Sic asini fato misero perterrita vulpes,
Alterius facta est doctior ipsa malo.

Porrò de istis, aliisque conventionibus damni & lucri si quaeratur, quae rata sit, & quae non sit, breviter ita definiendum est: illas conventiones ratas esse & valere, in quibus ad utrumque sociorum & lucri & damni pars secundum proportionem Geometricam perveniat: illas verò non valere, in quibus ad unum lucrum tantum, ad alterum damnum tantum respiciat, *per multoties allegatam l. si non fuerint. 29. ff. pro socio. Martin. Bonacina in tract. de contract. & rest. disp. 3. q. 6. punct. 1. n. 1. & 2. p. 527. & seq. D. Mart. tom. 3. digest. novissim. tit. Soc. c. 1. fol. 301.* 20

Cum haud infrequenter accidat, ut unus solam pecuniam, & operae nihil; alter solam operam, & nihil pecuniae in societatem conferat: variè disputari solet, si pecunia casu fortuito interierit: utrum damnum solius sit illius, qui pecuniam contulit, an commune sit, & pro rata parte ad eum, qui operam praestitit, spectet? Et (rejectis aliorum opinionibus, *Oldradi de Ponte, Richardi Malumbrae, Saliceti, Fulgosii, Cyni & caeterorum in l. 1. Cod pro socio. Socini senioris in consil. 265. lib. 2. Schneidewini hic in §. de de illa. 2. num. 6. Petri de Vbald. in tract. de duob. fratrib. pag. 8. num. 42. Trentleri disput. 27. thes. 9. volum. 1. & Hunnii ibidem in sua resolutione, pag. 1745. item lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tractat. 7. part. 3. quaest. 1.*) probabilior mihi illorum videtur sententia, qui statuunt: periculum & damnum ejus solius esse, qui pecuniam in societatem contulit, si modo tanti sit opera, quanti est damnum, *argument. l. societatem. 5. §. 1. & l. si non fuerint. 29. §. 1. ff. pro socio.* Indubitata siquidem regula juris est; quòd unaquaeque res pereat suo domino, *l. pignus. 9. Cod. de pignoratic. act.* Atqui pecuniae dominus est is, qui eam contulit. Sociorum enim intentio in proposito ea censetur; non ut pecunia communicetur, sed tantum ejus usus & commoditas, *argum. §. 2. vers. nam & ita ibi, & tamen lucrum inter eos commune sit, hoc tit.* & per consequens ista meritò soli conferenti, tanquam domino, perit. Deinde hoc in casu permagna oriretur inaequalitas inter socios, si damnum commune esset. Is namque, qui operam adhibuit, duplici afficeretur incommodo: altero, quod operam ac industriam perderet: altero, quod partem damni sustineret. Pecuniam verò conferens, eam non totam amitteret, sed partem duntaxat. Hujusmodi autem aequalitem non patitur societatis cōtractus, *ut patet ex hoc §. 1. & d. l. si non fuer. 29. ff. pro socio.*

Non obstat huic sententiae *l. cum duob. 52. §. quidam sagariam. 4. ff. eod* ubi societas ita erat inita, ut 22
unus pecuniam, alter operam conferret: & is, qui operam contulerat, profectus esse proponitur, & in latrones incidit, adeoque pecuniam in societatem collatam perdidit, & damnum commune esse dicitur. *Nam* non perperam responderetur: legem istam eo de casu loqui, ubi ab utraque parte pecunia contributa est: & in eo commune damnum esse, non negatur. Quod autem de eo casu loquatur: satis evidenter ex illis verbis relucet: *alter ex his ad merces comparandas profectus, suam pecuniam perdidit.* Quod si enim pecuniam contulit is, qui ad merces comparandas profectus est, & consequenter pro socio laboravit, sicque simul operam contulit: sanè alterum quoque socium pecuniam contulisse, omnino verisimile est.

Minus obstat *d. l. si non fuerint. 29. §. 1. ff. pro socio.* 23
ex qua patet, subsistere inter socios hujusmodi pactum: ut, qui operam confert, damnum amissionis pecuniae non sentiat. Unde à contrario colligitur: si tale

tale pactum non intercedat, damnum commune esse: alias quippe pactum adjectum nihil operaretur. Minus, *inquam*, lex illa obstat. Quia multa pactis exprimuntur, quæ alioquin ipso contractu continentur: & ratio pacti duplex viderur: prima, ut de æquitate rei exactius constet: altera, ut firmior obligationis ratio extet.

24 Multò minus obstat, quod objicitur: si nostro in casu commune non esset damnum, æqualitatem in societatem non servari: siquidem is, qui pecuniam posuit, nec fructum ex ea perciperet, nec ipsam retineret, adeoque duplici damno afficeretur: alter verò, qui operas collocavit, unicum duntaxat damnum, videlicet amissionis operarum, pateretur. *Respondetur enim*: non solum nullam inæqualitatem, sed maximam potius æqualitatem nostro hoc casu subesse. Quia quod dicitur, operam conferentem sentire damnum amissionis operarum: id damno, quod alter sentit ex amissione pecuniæ, respondet. Quod si commune sit damnum pecuniæ amissæ: tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit; & alter totius industriæ jacturā facit, & simul particeps est alterius damni: quod æqualitati planissimè repugnat, *argum. l. manifestissimi. 22. §. sed cùm in secundam. 3. in fine. C. de furtis.*

25 Minimè denique omnium obstat, quod is, qui operam confert & industriam, nihil amisisse videatur, si adhuc vivat: cum possit aliàs operari, & ex opera atque industria sua lucrari: si verò mortuus sit, nihil eo nomine heredi debeatur: cum societas morti causam non præbuerit. Cum ergo nihil damni ex operarum amissione sentiat: æquum esse putatur, ut pro sua parte jacturam quoque pecuniæ deperditæ sustineat. Minimè, *inquam*, illud obstat. Etenim negatur, & pernegatur: eum, qui operam industriamque contulit, nihil amisisse, licet vivat, & aliàs operari possit. Nam quòd frustrà laboraverit, nullumque ex vigiliis, assiduo labore, & industria fructum retulerit: id utique damni species haud minima censetur. Atque ita tenent & defendunt hanc opinionem *Accursius, Bartol. Angel. Castrens. Baldus & Sichardus num 5 in d. l. 1. C. pro socio. Martinus Navarrus in manual. confessor. cap. 17. de usura in societ. Didacus Covarruv. lib. 3. var. resolut. cap. 2 n. 2. & seq. Gail. lib. 2. observat. cap. 24. num. 3. Fachineus lib. 2. controversiar jur. cap. 95. Arumæus exercitat. Iustin. 15. thes 3. Mantica, de tacit. & ambig. convent. lib. 6 tit. 5. num. 7. cum seqq & tit. 21 num. 20. Althus. lib. 1. Dicaeolog. c. 28 num. 19. pag 270. Forster. junior. lib. 3. disput. 18 thes. 14. Hœnon. disput. 17. ad Instit. controvers. 3. Paulus Berens disput. 12. ad Institut. them. 1. quæst. 2. Knipschilds exercitat. Acad. 10. quæst. 5. pag. 35. cum seq. & Quirinus Kubach. quæstion. illustr. Politico-jurid. cent. 2. decur. 4. quæstion. 4.*

26 Controversa admodum & hæc quæstio est: an sors sive pecunia, quam unus soci[illegible] intulit, communis fiat, & cum altero sociorum, qui solam operam præstitit, finita societate dividi debeat? Et dividi debere, censuerunt *Accurs. Bartol. & Alberic. de Rosat. in d. l. 1 Cod pro socio, nec non novissimè Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 3. quæst. 1.* Sed contrarium non sine ratione amplexi sunt *Baldus, Castrens. & Sichard. num. 4. in d. l. 1. Cod. eod. eosque citans Fachineus d. lib. 2. controvers. jur. c. 94. Gail. d. lib. 2. observ. 24. num. 6. Forster. d. disp. 18. thes. 15. Hackelman. disput 9. thes. 19. lit. A. Hœnon. d. disp. 17. controvers. 2. Richter. in tract. de contractib. disp. 11. thes. 1. sub lit. l. pag. 329. cum seq. Berens d. disput. 12. them. 1. quæst. 1. Kubach. d. cent. 2. decur. 5. qu. 2. D. Rümelin. Exercitat. 15. ad Institut. th. 16. sub lit. C. & Andreas Gerhardi decad. 15. quæst. 9.* Etenim pecunia non confertur, ut sit communis sociorum: sed ut ex ea negociatio exerceri possit ad lucrum faciendum, quod deinde commune est, *§. de illa. 2. vers. nam & ita ibi, & tamen lucrum inter eos commune sit. hoc tit.* Ideoque hoc ipsum, quod de lucro cavetur, ut id commune sit, de pecunia aliud cautum intelligitur, ne sit communis, *argument. l. si cum dotem. 22. in princip. ff. solut. matrimon. & l. commodissimè. 10. ff de liber. & posthum. heredib. instit.* Et certè quod ex mente contrahentium usus quidem & commoditas, non autem proprietas communicetur, clarescit *ex l. cum duobus. 52. §. utrum ergo. 2. vers si in coeunda. ff. pro socio.* ubi unus ex sociis dedit pecus suum pascendum, vel agrum colendum alii, quærendis in commune fructibus: & manent pecus & ager ejus, cujus prius fuerant, neque communicantur. Accedit, quod summa oriretur inæqualitas inter socios, si ipsa sors dividenda esset. Si enim forsan (quod facilè accidere potest) finita societate, sola pecunia collata remaneret: duplici damno ipse conferens afficeretur: primò, quod dimidiam pecuniæ partem amitteret: secundò, quod otiosam pecuniam habuisset. E contrà conferens operas, lucrum captaret, vel ad minimum nullum damnum sentiret: quoniam dimidiam pecuniæ partem consequeretur: quod æquitati contrarium videtur: cum nemo cum alterius damno debeat locupletari, *l. nam hoc naturā 14. ff. de condict. indebit.* & societas sit jus æqualitatis & fraternitatis, *d. l. verum. 63. in pr. ff. pro socio.* Congruit cum hac sententia jus renovatum Würtembergicum, *part. 2. tit. 6. §. Wann einer sein par Geldt. fol. 253.*

Nec huic decisioni adversatur *l. 1. & 2. ff. pro socio. & §. ult. vers. sufficit enim, &c. infr. hoc. tit.* ubi omnes res, adeoque etiam pecunia, in societatem collata, continuò communicantur. *Quia* in istis locis agitur de omnium omnino bonorum societate, in qua universa bona hinc inde ipso jure, sine traditione, communicantur. Diversum est in societate particulari, sive universorum, quæ ex quæstu proveniunt: ubi omne lucrum, non itidem sors sive pecunia, in societatem deducta (nisi initiò in societatis lege aliter conventum sit) communicatur: *id quod latiùs explicatum est supra ad principium huj. tit. n. 26. & seq.* 27

28 Neque moverit *l.1.Cod.eod.* ubi Impp. Dioclet. & Maxim. verbo *(conferente)* utuntur: quod communicationem denotare videtur. *Tum* quia verbum *conferre* ibi non communicare, sed potius collocare, ponere, dare, contribuere, adferre, deducere pecuniam in societatem significat: *Tum* quia pecunia ibidem intelligitur communicata, non quantum ad ejus proprietatem & dominium, sed tantum quoad usum & utilitatem, *argum. d. l. cum duobus. 52. §. 2. vers. si in coeunda. ff. pro socio.*

29 Non item refragatur, quod in societate, quantum fieri potest, æqualitas sit servanda, *l. si non fuerint. 29. & similibus. ff. d. tit.* At si non dividerent pecuniam, societate finitâ: non exigua inæqualitas existeret: siquidem alter industriam & operam, quam contulit, amitteret: alter verò pecuniam, quam posuit, salvam haberet. *Nam respondetur*: nullam hic prorsus esse inæqualitatem. Qui enim industriam operamque posuit, illud habet incommodi, quòd frustrà laboravit, nullumque emolumentum percepit: cum tamen fortassis percepisset, si alibi operam suam locasset. Qui verò pecuniam contulit, illud patitur incommodi, quòd frustrà eam contulit, quodque nihil ex eâ lucratus est: cum tamen fortasse lucraturus fuisset, si alios in usus eam erogasset, *Fachin. d. lib. 2. c. 94. in fine.*

30 Nihil insuper resistit, quod opera atque industria alterius comparetur & æquivaleat pecuniæ, & sæpe preciosior sit pecunia, ut scribit hic Justinianus *in §. 2. vers. Servius Sulpitius, &c.* Atqui si pecunia hinc inde collocata fuerit; palam est, eam dividendam esse tempore finitæ societatis. Ergo idem quoque faciendum, quando ex una parte pecunia, & ex alterâ opera confertur. *Respondetur* etenim breviter: operam alterius æquivalere tantum isti pecuniæ, quæ provenit, tanquam lucrum, ex capitali sorte, ut ex Sichardo docet Paulus Bereus *d. disp. 12. them. 1. q. 1. ad finem.*

Porrò, si mecum societatem coieris eâ conditio-
31 ne, ut ipse partes societatis constitueres: ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: & conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus: veluti si alter plus operæ, industriæ, pecuniæve in societatem collocaturus sit, *l. si societatem. 6. & l. quid enim. 80. ff. pro socio.* Similiter si societatem mecum coieris eâ lege, ut Nerva amicus communis partes lucri & damni definiret: Nervæ autem arbitrium ita pravum sit, ut manifesta ejus iniquitas appareat: certè hoc etiam casu arbitrium boni viri sequendum est: proindeque pravum istud arbitrium per bonæ fidei judicium corrigi potest, *l. societatem. 76. in l. proposita. 78 & duabus. ll seqq. ff. eod.* Quod si verò Nerva vel noluit partes lucri & damni definire, vel antequam eas constituat, moriatur: pro nihilo est societas. Licet enim non verbis specialiter & nominatim: re ipsa tamen id actum est, ne aliter societas sit, quam ut Nerva arbitratus sit, *l. si coita. 75. ff. pro soc. l. ultim. Cod. de contrah. empt. & vendit. & §. sed nostra de eo, suprà d. tit. l. si merces. 25. in princip. ff. locati. l. si quis arbitratu. 43. ubi Donell. & l. seq. ff. de verb. obligationib. Dn. Collega Bocer. class. 2. disputat. 5. thes. 23. edit. 2. ubi refert dissentientem Cujacium in d. l. 43 ff. de verbor. obligat. & lib. 4. quæst. Pauli. pag 129. & seqq. in explicatione dicta l. 76. & 79 ff. pro soc.* Eadem de re videatur Everhardus Bronchorst. *cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 85. edit. 1.*

§. *Manet. 4. §. solvitur. 5. cum tribus seqq.*

Manet autem societas eò usque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renunciaverit societati: solvitur societas. Sed planè si quis callidè in hoc renunciaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret: cogitur hoc lucrum communicare. Si quid verò aliud lucrifaciat, quod non captaverit: ad ipsum solum pertinet. Ei verò, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunciatam societatem adquiritur, soli conceditur.

§. 5. Solvitur adhuc societas etiam morte socii: quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit: morte unius socii solvitur, etsi plures superstint: nisi in coeunda societate aliter convenerit.

§. 6. Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negocio impositus est: finitur societas.

§. 7. Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est: scilicet si universa bona socii publicentur. Nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

§. 8. Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus, bonis suis cesserit, & ideo propter publica aut privata debita substantia ejus veneat: solvitur societas: sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

S U M M A R I A.

1 *Quibus modis [illegible]tas, rectè contracta, dissolvatur.*

2 Renun-

2 *Renunciatione etiam unius socii, solvitur societas: ejusque ratio.*
3 *Nulla societatis in aeternum coitio est: & numer. 17.*
4 *Nemo invitus in communione remanere cogitur: & num 16.*
5 *Communio rixas & discordias excitare solet.*
6 *Nemini libera testamenti factio adimenda.*
7 *Mens & sententia l. 1. ff. pro socio.*
8 *Quæ pacta contractibus bonæ fidei adjecta, rata esse debeant, legemque dent contractui.*
9 *Singularia quædam in contractu societatis & mandati.*
10 *In societate quid agatur.*
11 *Renunciatio vel est tacita, vel expressa.*
12 *Ea tempestivè & citra dolum fieri debet.*
13 *Cessante causa, cessat effectus.*
14 *Renunciatio per procuratorem fieri potest.*
15 *Societas morte alterius ex sociis finitur.*
26 *Nemo potest societatem heredi sic parere, ut ipse heres socius sit.*
17 *Societatem contrahens, certi hominis fidem eligit.*
18 *Interpretatio l. verum. 63. §. in heredem. 8. ff. pro socio.*
19 *Consideratio l. actione. 65. §. 2. & §. item si alicujus. 10. ff. eod.*
20 *Quatenus unusquisque tam heredibus suis, quam sibimet ipsi prospicere censetur.*
21 *Declaratio l. qui negociationem. 58. in princ. ff. de administr. & peric. tutor.*
22 *Societas morte unius socii adeò rumpitur, ut licet numero plures supersint, tamen societas non perseveret: ejusque ratio.*
23 *Pacta initio contractibus adjecta, mutant eorum naturam.*
24 *Societas perimitur finito negocio.*
25 *Item publicatione bonorum unius ex sociis.*
26 *Homines dupliciter moriuntur: naturaliter, & civiliter.*
27 *Extinguitur societas cessione bonorum: hujusque ratio.*
28 *Utrùm solâ decoctione societas solvatur: an præterea cessio bonorum exigatur, sicque exui bonis decoctorem antè oporteat.*
29 *Consideratio l. 4. §. 1. ff. pro socio.*
30 *Decoctio non proxima, sed remotior egestatis causa.*

1 DIctum est hactenus, quomodo societas rectè contrahatur: nunc explicat Imperator, quibus modis societas rectè contracta rursus dissolvatur. Exposuit autem quinque modos, quibus id contingit. putà 1. renunciatione. 2. morte unius ex sociis: 3. fine negocii. 4. publicatione bonorum unius socii. 5 cessione bonorum. De istis quoque modis tractatur *in l. societatem. 4. §. 1. l. verum est. 63. §. ultim. & duabus ll. seqq. ff. pro socio.* Primò ergo solvitur societas renunciatione: id est, dissensu & voluntate contraria, vel omnium sociorum, vel unius tantum, *hoc §. 4 & legibus jam allegatis.* Eodem modo & mandatum tolli, audiemus infrà *ad §. mandatum. 11. t. proximo.* Ratio, cur renunciatione etiam unius solvatur societas, aperta est: tum quia 3
nulla societatis in æternum coitio est, *l. nulla. 70. ff. pro socio.* tum quia nemo invitus in communione remanere cogitur. *l. ultim. Cod. commun. dividund.* 4
Ratio rationis est: tum quia plerunque communio rixas & discordias excitare solet, *l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de leg. 2.* tum ne cui libera testamenti factio adimatur, *l. cum duobus. 52. § idem respondit. 9. ff pro socio.* Adeò autem unius socii dissensu distrahitur societas: ut eo quoque in casu id procedat, quo nominatim inter socios convenit, ut perpetuò societas duraret, *argument. d. l. nulla. 70. ff. eod.* ubi Paulus perspicuè ostendit: nullam societatem hac lege coiri posse, ut in æternum sive perpetuò duret. 5 6

Nec repugnat *l. 1 ff. eod.* ubi idem Jurisconsultus disertè affirmat: societatem in perpetuum contrahi posse. Nam *in hac l. 1.* societas in perpetuum contrahi posse dicitur, quòd à contrahentibus eâ mente & animo ineatur, ut perpetuò, id est, dum vivunt, in societate manendi propositum habeant. At verò *in d. l. nulla. 70.* non ideò dicitur perpetua sive æterna esse societas: quòd alter alterum ex sociis ad perpetuam societatem adstringere cogitet: sed quòd utriusque propositum ad perpetuam æternamque societatem, cui renunciare nullo modo liceat, expressè sit destinatum. *Vide Bachovium hic num. 2. pag. 816. & seq. itemque Locamerum quæstionum juridicar. fascic. 39. quæst. 9.* 7

Nec item illud resistit, quòd pacta in contractibus bonæ fidei in continenti adjecta, firma & rata esse debeant, atque legem dent contractui, *argum. l. ex empto. 11. ff. de action. empti. & l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* Illa enim regula de pactis jure validis, quæque substantiæ & naturæ contractûs, cui apponuntur, non adversantur, accipienda est, *l. non dubium. 5. Cod. de legib.* Atqui ejusmodi pactum, quod alterum ex sociis ad perpetuam societatem obstringit, jure non subsistit, *per d. l. nulla. 70. ff pro socio, & d. l. ultim. Cod. commun. dividund.* Præterea bonis moribus & naturæ societatis pactum istud refragatur: quia ansam præbet litium & discordiarum. Nihil etenim frequentius propemodum accidit, quam ut rixæ & inimicitiæ inter eos oboriantur, quorum alter alterum invitum in societate permanere cupit, *arg. d. l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de legat. 2.* Invitus igitur in societate perseverare nemo cogitur. Atque ita in hoc contractu societatis, & in contractu mandati, *de quo in §. rectè quoque. 9. infrà tit. seq.* illud est singulare: ut hi duo contractus licet jam utriusque contrahentium consensu perfecti; rescindi tamen & revocari alterius tantum voluntate possint, contra naturam aliorum con- 8 9

tractuum, *l. sicut. 5. Cod. de obligat. & actionib.* Sic
& illud in utroque contractu singulare est: quod al-
terius contrahentium morte dissolvatur: quod idem
non contingit in reliquis contractibus, qui etiam ad
heredes transmittuntur. §. *fin. supr. tit. proximè præ-
cedente.* Ratio singularis juris nulla esse videtur a-
lia, quam quod in utroque contractu personarum ra-
tio habeatur: in aliis contractibus non item, §. *sol-
vitur. 5. hoc tit. l. mandatum. 57. in fine ff. mandati.*
Adde, quòd in societate hoc agitur: ut unus socio-
10 rum alterius socii, cum quo contraxit, beneficio af-
ficiatur: & simul ut ex unius socii industria, opera,
& facultatibus reliqui utilitatem accipiant, & bene-
ficium. Aut igitur is, qui societati renunciat, be-
neficium sociis suis confert, aut accipit. Illo casu
dubium non est, quin socius licitè renunciare possit:
cum ab æquitate nequaquam sit alienum, unum-
quemque nostro tamdiu uti beneficio, quamdiu vo-
luerimus: hoc verò casu, quo renunciat ille, qui be-
neficium ex societate sentit, idcirco rectè renuncia-
re censetur: quia omnes licentiam habent renun-
ciandi his, quæ in sui favorem & commodum intro-
11 ducta sunt, *l. penult. Cod. de pactis.* Porrò renuncia-
tio vel est tacita; vel expressa. Hæc fit verbis: illa
fit re ipsa, si nimirum socii separatim agere cœpe-
rint, & unusquisque eorum privatim sibi negocie-
tur, *l. itaque. 64. ff. pro socio.* Quod autem dicitur,
12 renunciatione societatem tolli: id obtinet, si tem-
pestivè & citra dolum renunciatio fiat. Si quis enim
callidè & dolo malo societati renunciet, ut obveni-
ens aliquod lucrum solus habeat: à se quidem libe-
rat socios suos: sed non viceversa, se ab illis liberat,
l. actione. 65. §. diximus. 3. ff. eod. Lucrum etenim,
quod captavit, si acquisierit, communicare actione
pro socio cogitur: damnum verò, quod præter spem
fortè, vel expectationem emergit, cum solum respi-
cit, qui dolo malo societati renunciavit, *d. l. 65. §. 3.*
13 *ff. d. tit.* Quod si tamen post renunciationem aliquid
industria sua renunciator acquisierit, id communi-
care non tenetur: quia nullus in eo dolus argui pot-
est: & sic cessante causa, cessat etiam effectus, *hoc §.
4. vers. si quid verò, &c. d. l. actione. 65. §. diximus. 3.
& aliquot. seqq. ff. eod.* Cæterum quæcunque com-
moda ei, cui renunciatum est, post renunciationem
societatis acquisita fuerint, ea sibi soli habebit, *ut hic
in vers. ei vero, &c.* Planè renunciationem etiam per
procuratorem, tam speciale mandatum habentem,
quam omnium bonorum, & procuratori fieri posse.
certum est, *d. l. actione. 65. §. renunciare. 7. & §. seq.
ff. eod.* Quin & curator furiosi (qui scilicet post con-
14 tractam societatem furere cœpit) renũciationem e-
jus nomine tam facere, quam accipere potest, *per tex-
tum expressum in l. ultim. C. pro socio.*

Secundo finitur societas morte unius socii, §. *sol-
15 vitur. 5. hoc tit. d. l. societatem. 4. §. 1. l. sec um. 60. in
fine princ. d. l. verum. 63. §. ult. & d. l. actione. 65. §
morte. 9. ff pro soc.* Idque usque adeò verum est, ut
ne quidem ab initio pacisci liceat, ut heres in socie-
tate succedat, *argum. l. si convenerit. 14. ibi, ne so-
cietate abeatur. & l. adeò. 59. ff. d. tit.* Hujusque mul- 16
tiplex affertur ratio: Tum quia nemo potest socie-
tatem heredi suo sic parere, ut ipse hæres socius sit,
l. nemo. 35. ff. eod. Tum quia nemo invitus cogitur
in societate detineri, *d. l. ultim. Cod. commun. divid.* 17
Tum etiam quia qui societatem contrahit, certi ho-
minis fidem, diligentiam, solertiam, mores, & in-
dustriam eligit, *d. §. solvitur. 5. hoc. tit.* Tum postre-
mò quia nulla societas in æternum (ut videlicet so-
cietas ultra vitam contrahentium sociorum exten-
datur) coitio est, *d. l. nulla. 70. ff. pro socio. Bronchorst.
cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 84. cd. 1.* Henning. Gœden.
*consil. 86. de societat. num. 2. Tiber. Decian. resp. 22.
volum. 3. Cujac. lib. 10. observ. cap. 25. & in Com-
mentar. in lib. 32. Pauli ad edict. pag. 122 & seq. Mat-
thias Stephani cent. 3. quæst. 85. ad lit. B. Timæus Fa-
ber disp. anniversf. 24. ad Instit. Imperial. th. 13. lit. b.
Rober. disput. 17. ad Instit. thes. 11. Paul. Berens dispu-
tat. 12. ad Institut. them. 1. quæst. 4.* Hunnius *lib. 3.
variar. resol. jur. civ. tract. 7. quæst. 4. Marchisellus
in quæstion. pract. quæst. 22. num. 12. Arumæus Exer-
citat. Iustin. 15. thes. 4. Schikhard. disput. 15. thes. 1.
resolut. quæst. 1.* Hackelman. *disput. 9. thes. 19. ad lit.*
D. Knipschildt *exercitat. Acad. 10. quæst. 3. pag. 354.
Forster. in tract. de pact. cap. 6. pag. 194. cum seq. &
part. 1. disput. 18. th. 16. ubi contradicentem citat* Ho-
*toman. in Commentar. pro socio. pag. 220. & Iacobum
Theming. decis. 53.*

Non evertit hanc sententiam *d. l. verum. 63. §. in* 18
heredem. 8. ff. pro socio. ubi dicitur, quod heres socius
non sit, *nisi fuerit adscitus*: unde sequi videtur, quod
ex pacto heres in societatem succedat. *Nam* vulgò
respondetur: hoc in publica vectigalium exercendo-
rum societate; non itidem in privata, specialiter re-
ceptum esse: tum propter negocii magnitudinem,
variosque [illegible]tatus: tum ne, dissoluta societate,
publica locatio damnum faciat. *Bronchorst. Aruma-
us, & Berens dictis locis.* Wesenbec. *in Paratitl. ff. pro
socio. num. 11.* Deinde, quia textus *dicti §. in here-
dem. 8.* expressè de societatibus vectigalium, *cætero-
rumque* loquitur, aliter responderi posse videtur: ni-
mirum hæc verba, *nisi fuerit adscitus*, hoc sibi velle:
quod nisi assumptus fuerit à sociis in societatem he-
res, atque cum ipso de novo inita fuerit societas, non
possit esse socius. Atque hanc interpretationem, uti
verissimam, comprobat D. Hunnius *d. quæst. 4. vers.
non obstat præterea, &c.*

Non etiam turbat assertionem nostram *d. l. actio-
ne. 65. §. si in rem. 2. & §. item si alicujus. 10. ff. pro so-* 19
cio ubi lucrum, post socii mortem ex negatione per-
ceptum, cum herede ejus communicatur: adeoque
societas ad heredem socii transit. *Respondetur enim*:
diversa esse, societatis contractum in heredem socii
transire, & actionem pro socio in heredem socii da-
ri. Societas quidem finitur morte socii: sed tamen
actio pro socio non finitur. Unde tenetur socius
quæsita post mortem socii cum ejus herede commu-
nicare;

nicare; si modò, rebus adhuc omnibus integris manentibus, ignoravit, illum mortuum esse: secus, si scivit, *d. l. verum. 63. §. in heredem. 8. & d. l. actione. 65. §. item si alicujus. 10. ff. eodem.* Sed & quoad negocia, quæ incepta & inchoata sunt geri, manet societas inter superstitem socium, & heredem socii: ut scilicet lucrum & damnum, quod ex ante gesto dependet, cum herede in commune conferatur, *l. heres. 40. & d. l. 65. §. morte. 9. in fine. ff. eodem tit.*

20 Sic quoque non frangit conclusionem nostram *l. tale pactum. 40. §. fin. ff. de pact. & l. si pactum. 9. in fin. ff. de probationib.* ubi scribitur: unumquemque tam heredibus suis, quam sibimetipsi cavere & consulere censeri. *Id namque* locum habet & procedit, nisi contractuum natura pactionem istam aversetur; quod in proposito themate fieri, ex rationibus suprà *num. 16. & seq.* allatis constat. *Arum. d. exercitat. 15. thes. 4. circa finem.* Illudque accuratius explicat Timæus Faber *d. disp. 24. ad Instit. thes. 13. sub lit. b.*

21 Adhæc minimè decisionem nostram enervat *l. qui negociationem. 58. in princip. ff. de administrat. & peric. tutor.* ubi Scævola asserere videtur: testatorem libertis suis, Pamphilo & Diphilo, mandasse; ut societatem à se inchoatam eodem modo exerceant, quo se vivo exercebatur. *Etenim dupliciter respondetur:* & primò quidem, quod illic defuncto nulla cum Pamphilo & Diphilo, libertis suis, societas fuerit: siquidem verba textus satis dilucidè ostendunt, quod defunctus testator suam negociationem per Pamphilum & Diphilum, libertos suos, exercuerit. Olim quippe Romani negociationes per servos & libertos suos exercere consueverunt, *argum. l. si hoc facto. ff. pro socio. & l. libertus. 45. ff. de operis libertor.* Deinde respondetur: etsi heres non sit socius, nec societatis contractus ad heredes devolvatur: tamen inchoata à defuncto negocia per heredem explicari & perfici debere, *d. l. heres. 40. ff. pro soc.* Unde *(ut & antè monitum)* diversissima sunt societatem ad heredem transire: & heredem teneri negocia, per defunctum inchoata, perficere. De illo nostra instituta est disquisitio, de hoc verò accipi poterit *opposita l. qui negociationem. 58. de administr. & peric. tutor. Hunn. d. quæst. 4. in fine.* In tantum præ-
22 terea societas morte unius socii rumpitur: ut licet numero plures supersint: tamen societas inter superstites non perseveret: nisi in coeunda societate aliter convenerit, *d. §. solvitur. 5. in fine. hoc tit.* Cujus rei hæc assignari potest ratio: quia plurium societas, si unus vel morte, vel renunciatione, vel alio solvendæ societatis modo deficiat, in suo utique statu integra non manet: quippe quæ non cum aliquibus tantum, sed certo hominum numero est contracta: ac proinde societas censetur individua, ut vel tota subsistat; vel tota continuò dirimatur: nisi initiò aliter sit conventum. Siquidem non rarò id pacto fit, ut quatuor *(verbi gratiâ)* societatem inter se contrahant, ita ut quamdiu vel duo supersint, eadem societas permaneat. Pacta namque initiò contractibus adjecta, eorum naturam mutant, *d. l. actione. 65. §. morte. 9. ff. pro socio. d. §. solvitur. 5. in fine. hoc tit. l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. Illudque enucleatè & copiosè explicat Schifordegher. lib. 3. ad Anton. Fabr. tract. 28. quæst. 2. & seqq.* Adde Doctorem Martam *Tomo 3. Digestorum novissimorum. tit. Societas. cap. 16. & seqq. fol. 305.*

Tertiò fine negocii extinguitur societas. Si enim 23
inter aliquos certæ rei vel negocii societas est contracta, simulatque finis negocio impositus est, ea finitur, *§. item si alicujus. 6. hoc tit. d. l. actione. 65. §. item si alicujus. 10. ff. pro socio.* Fürstl. Würtemberg. erneuwert Landtrecht / *part. 2. tit. 6. §. ult. ibi* / auch wann der Handel *fol. 254.* Ast hic tollendæ societatis 24
modus non ad universalem, sed tantum ad particularem sive specialem societatem pertinet, nimirum quæ de certo negocio contracta est: ut si equorum vel jumentorum vendendorum societas sit inita, & jumenta perierint, vel rapinâ aut vi militum abducta sint: re sublatâ, societas tollitur, *l. si id, quod. 58. in princ. ff. pro socio. d. §. item si alicujus. 6. hoc tit.*

Quartò societas publicatione omnium bonorum 25
unius ex sociis perimitur, *§. publicatione. 7. hoc tit. d. l. actione. 65. §. publicatione quoque. 12. ff. pro socio.* Ratio ejus rei à Justiniano & Paulo *locis modò allegatis* hæc adfertur: quia cum in ejus, cujus bona publicantur, locum, alius, scilicet fiscus, succedat; pro mortuo habetur: hoc est, quia publicatio bonorum nihil aliud est, quam mors civilis. In jure namque, 26
auctore Ulpiano, homines dupliciter moriuntur, *d. l. verum 63. §. ult. ff. eod.* naturaliter, putà morte, *de quâ paulò ante dictum:* & civiliter, putà servitute, & exilio sive deportatione, id est, maxima & media capitis deminutione: quo & publicatio seu confiscatio omnium bonorum refertur. Nam plerunque bona publicantur eorum, qui maximam & mediam capitis diminutionem patiuntur, *l. bona fides. 31. in princip. ff. depositi. l. ultim. §. 1. ff. de interdict. & relegat. l. ultim. §. ultim. Cod. de sentent. pass. & restitut.* Cæterum secus est in minima capitis diminutione, ut arrogatione vel emancipatione: quæ nullam repræsentat mortem: adeoque eâdem nec societas solvitur. *d. l. si id, quod. 58. §. si filiusfamilias. 2. d. l. actione. 65. §. societas. 11. in fine. ff. pro socio.* Rectè autem hic Imperator *in d. §. publicatione. 7.* indicat, necesse esse, ut universa bona socii publicentur. Si enim pars tantum bonorum publicata & adempta sit: societas non expirat: cum res adhuc sive bona supersint, in quibus, tanquam in materia, societas remanere possit. *Gipham. hic in vers. scilicet si universa, & Rittershus. num. 4. in fine. pag. 490.*

Postremò dissolvitur contracta societas cessione bonorum: si nimirum alter ex sociis, mole debiti 27
seu æris alieni prægravatus, bonis suis cesserit: nec refert, id ob publica, an privata debita fiat, *§. item si quis. 8. hoc tit. d. l. societatem. 4. in fin. d. l. actione. 65. §. 1. ff. pro socio.* Ratio cessionis bonorum eadem videtur, quæ & publicationis & interitûs rei: quòd vide-

videlicet societas, sit bonorum & rerum societas. Rebus itaque, velut materiâ societatis, omnino peremptis: etiam societas perimitur. Nam quemadmodum sine personis nulla societas intelligitur: ita nec sine rebus exerceri eadem potest. Quanquam autem ipso jure societas cessione bonorum distrahitur: continuatione tamen voluntatis & consensus societatem renovari posse, propter futura bona, non dubitatur, *d. §. item si quis. 8. fine, hoc tit.* Is enim, qui creditoribus suis bonis cessit, in posterum sibi acquirere non prohibetur, *§. ultim. infr. de actionib. l. is, qui bonis 4. & l. qui bonis. 6. ff. de cessione bonor.* Quamvis, & opera illius, atque industria pro pecunia esse possit, *§. de illa sanè. 2. vers. Servius Sulpitius*
28 *suprà hoc tit.* Porrò cum egestas (per quam designat cessionem bonorum Modestinus *in d. l. 4. in fine. ff. pro socio,* sequatur decoctionem: dubitari solet, utrum sola decoctione societas solvatur: an insuper cessio bonorum exigatur, atque adeò exui bonis decoctorem antè oporteat? Et non solà decoctione, sed cessione bonorum factâ dissolvi societatem, relucet *ex d. §. 8. hoc tit.* ubi Imperatori Justiniano non sufficit, socios bonis esse lapsos: sed apertè etiam requirit, ut socii bonis suis cesserint. Et ita, *post alios,* sentiunt Parisius *consil. 82. num. 40. lib. 1.* Benvenutus Straccha *in tract. de decoctorib. part. 3. num. 47. & seq.* Mozzius *in tract. de societate. col. ult. sub tit. quomodo annulletur seu solvatur societas. numer. 6.* Schegk. *in delibat. jur. disput. 19. thes. 15. ad lit. C.* Justus Mejer. *in disp. ad lib. 17. Pand. tit. 2. thes. 16.* Bachovius *in not. ad Treutlor. disput. 27. th. 11. vol. 1. pag. 1039.* eumque referens D. Martinus Rümelin. *exercitat 15. ad Instit. th. 17. sub lit. f. pag. 142.*

29 Cui non refragatur *d. l. 4. §. 1. ff. pro socio.* (qua lege motus contrarium statuere videtur Treutlerus *volum. 1. d. disput. 27. thes. 11. lit. C.*) ex qua lege tale colligitur argumentum: Quicquid inducit egestatem, id finit societatem. Decoctio inducit egestatem. Ergo finit societatem. *Verùm* ad majorem bene respondet Mejerus *dicto loco*: quòd non nisi limitata sit vera, hoc modo: Quicquid immediatè inducit egestatem, id finit societatem. Majore sic limitatâ, minor (*Decoctio immediatè inducit egestatem*) erit manifestò falsa. Non enim dum decoquit, sed dum bonis exuitur, egere decoctor incipit. Et certè quotidiana testatur experientia: decoctores, Banckerotierer / splendidè satis vivere, antequam
30 bonis exuantur, & ita egere coeperint. Est igitur decoctio non proxima, sed remotior egestatis causa. Eâdem de quæstione videantur *Hector Felicius in tractat. de societat. cap. 34. num. 24. Plelst. disputat. nov-antiq. 2. thes. 70. in fine, & Hunnius in resolut. ad Treutlerum. d. disput. 27. thes. 11. lit. C pag. 1740. & seq.*

§. *Socius socio. 9. & ult.*

Socius socio utrùm eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est: an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine; quæsitum est? Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim, talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit: de se queri, sibique hoc imputare debet.

S u m m a r i a.

1 *Quid in actionem pro socio veniat.*
2 *Contractus societatis est bonæ fidei.*
3 *Nomine bonæ fidei quid in hoc contractu contineatur.*
4 *Dolus apertè est bonæ fidei contrarius.*
5 *Socius, præter dolum & culpam latam, præstat etiam culpam levem, non item levissimam.*
6 *Consideratio l. quod Nerva. 32. depositi.*
7 *Cur in societate levissima culpa non præstetur.*
8 *An & quatenus unus sociorum pro alio ad testimonium perhibendum admittatur.*

OStendit *in hoc §.* Justinianus: quid in judicium 1
societatis sive actionem pro socio veniat. De quâ re hoc olim generaliter dicebatur: bonam fidem socium socio præstare debere, *l. nemo. 35. in fine. l. cùm duobus. 52. §. 1. ff. pro socio.* Est enim societa- 2
tis contractus, & judicium pro socio bonæ fidei, *§. actionum. 28. infr. de actionib. l. in proposita 78. in fin. & l. seq. ff. pro socio, cum similibus suprà ad principium hujus tit. adductis, num. 5.* usque adeò, ut in eo fides exuberet, *quemadmodum Impp. Diocletianus & Maxim. rescripserunt in l. eum in societatis. 3. C. pro socio.* Nomine autem bonæ fidei quid in hoc con- 3
tractu contineatur, quæstionis est: num dolus tantummodo, an verò etiam culpa? De dolo nulla un- 4
quam fuit controversia: quoniam is apertè bonæ fidei contrarius est, *ea verò. 3. §. fin. ff. eod.* Idcoque si quid socius dolo commiserit: dubium non est ullum, quin eo nomine actione pro socio teneatur, *hoc §. & l. ad 0. 59. in fine. ff d. tit.* Sed de culpa dubitatum controversumque fuit, ut arguit *d. l. cum duobus. 52. §. utrum ergo. 2. ff. eod.* Et obtinuit tandem, ut & culpæ nomine socius teneatur, *ut hic, & d. l. 52. §. 2. & § si qui societatem. 11 & l. socius socio. 72. ex qua lege hic §. sumptus est. ff. pro socio. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* At quam culpam socius præsta- 5
bit? Constat enim, triplicem esse culpam: latam, levem, & levissimam, *ut latius expositum ad §. 2. n. 70. sup. de obligationib.* Et dicendum: præter culpam latam, socium levem etiam præstare debere, *argum. hujus §. & d. l. socius socio. 72. ff. pro soc.* quibus in locis ex-

eis expressum est, culpam non esse dirigendam ad exactissimam diligentiam, id est, culpam hic præstandam esse non levissimam, sed levem tantum: idque ex generali illâ ratione, quæ habetur *in d. l. si, ut certo. §. 2. vers. sed ubi utriusq; commodati*: quod in contractibus, qui utriusque contrahentium gratiâ celebrantur, vel in quibus utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, non tantum dolus & lata culpa, sed & levis culpa præstetur. Concordat jus renovatum Würtembergicum *part. 2. tit. 6. §.* ein jeglicher/so der Gesellschafft zuachtan/ *&c. pag. 254.*

6 Nec obstat, quod is, qui eandem debet diligentiam rebus alienis, quam debet propriis, si eam in alienis non præstat, dolosè agat, culpamque latam committat, *l. quod Nerva. 32. ff. deposit.* Socius autem communibus rebus talem adhibere diligentiam tenentur, qualem suis rebus adhibere solet, *ter hunc §. & d. l. socius socio. 72. ff. pro socio.* Ac ideo socius, si eam diligentiam communibus rebus non præstet, dolosè agat: & consequenter de dolo & latâ culpâ duntaxat, non etiam de levi teneatur. *Nam respondetur:* majorem hujus argumentationis propositionem procedere in rebus omnino alienis, ut rebus depositis, de quibus *allegata lex. 32. ff. deposit.* loquitur: non etiam in rebus communibus. Quare depositarius, si rebus alienis minorem, quam suis, adhibeat diligentiam, dolo sive fraude non caret. Socius verò, si minorem rebus communibus præstet diligentiam, dolo quidem & latâ culpâ caret: culpâ levi non caret. Neque enim facilè videri quis potest dolosè versari in rebus, ad se pro parte pertinentibus. Quod igitur lata culpa est in deposito; levis culpa in societate est, *docente Dn. Collega Bocero in Commentar. ad d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 116. & seq. edit. 2. & D. Hunnio lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 3. quæst. 3. ad fin. Adde Timæum Fabrum disp. 24. ad Institut. Imperial. th. 14. & Iustum Mejerum in Commentar. de culpa in contractibus præstanda. th. 2. 16. & seqq. itemque Locamerum quæstionum juridicar. fasc. 40. quæst. 2.*

7 Ratio porrò, cur in societate levissima culpa haud præstetur, non solum illa est, quod in societatis contractu utriusque socii utilitas vertatur, *d. l. si. ut certo. §. 2. vers. sed ubi utriusque. ff. commodati.* sed & hæc ab ipso Imperatore *hic in fine* redditur: quòd de se queri, sibique imputare debeat, qui parum diligentem & industrium sibi socium elegerit: cum ejus conditionem & negligentiam aut sciverit, aut certè scire debuerit, *argument. l. qui cum alio. 19. ff. de reg. jur.*

8 Tandem quasi coronidis vice quæri poterit: nunquid unus sociorum pro alio ad testimonium recipiatur? Et, pro resolutione hujus quæstionis, inter socios distinguendum erit. Aut enim duo sunt socii omnium bonorum: & tùnc respondetur, quòd alter pro altero ad testimonium non admittatur: cum eadem causa reputetur & propria, *l. 1. §. in propria. tt. ff. quando appellandum sit, &c.* Aut isti sunt socii unius rei: & tunc multum refert: quia aut erat controversia de aliâ re, quam de eâ, in quâ erant socii. Et in hoc casu dicendum, quod unus bene admittatur pro alio ad perhibendum testimonium, *l. 1. §. 1. ff. de testib.* Aut erat controversia de eâdem re, in quâ socii erant: & eo casu pronunciandum, quòd unus quidem admittatur pro alio: cum id non repetiatur prohibitum in jure, *argum. d. l. 1. §. 1. ff. d. tit.* sed minor fides ei adhibeatur, quam aliis, *argu. l. testium. 3. ff. eod.* Atque ita disertè tradit Petrus de Bella Perticâ, *in suis quæstionib. & decisionib. aureis sive singularib. quæst. 30.*

DE MANDATO, TIT. XXVII.

Principium Tit. & 5. §§. seqq.

Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantum gratia mandatum sit: supervacuum est mandatum: & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

§. 1. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum: veluti si quis tibi mandet, ut negocia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.

§. 2. Tua gratia & mandantis: veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur: aut si volente te agere cum eo ex fidejussoria causa, mandet tibi, ut cum reo agas, periculo mandantis: vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.

§. 3. Aliena autem tantum causa intervenit mandatum: veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negocia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.

§. 4. Sua & aliena: veluti si de communibus suis & Titii negociis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio sponderes.

§. 5. Tua & aliena: veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes: quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

SUMMARIA.

1 *Mandati vocabulo quid significetur.*
2 *Mandatum vel publicum est, vel privatum.*

3 De

EX contractibus, qui solo perficiuntur consensu, reliquus est quartus, nempe *mandatum*. Mandati vocabulo significatur nonnunquam præceptum Superioris: ut Dei Optimi Maximi, vel Magistratûs, vel Parentum, vel similium: quod obtemperandi in se necessitatem continet. Et rursus in publicum, & privatum distinguitur. Publicum est, quòd à Magistratu pro Imperio subditis fieri solet: cujusmodi olim erant mandata, quæ Præsidibus in Provincias profecturis à Principe dabantur: qualia etiam hodie censentur, quæ in Aula Imperatoris, & Camera Imperiali quotidiè extrahuntur. *Et de publicis* 1 2

blicis mandatis est tit. Codic. de mandatis Principum & Novell. 17. Privatum est, quod vel à patre liberis; vel à domino servis datur; & propriè jussus appellatur, l. 1. & tot. tit. ff. quod jussu. l. 4. & passim. Cod. quod cum eo, qui in aliena potest. est, negoc. gestum, &c. Auson. Popma. lib. 3. de different. verbor. in ver-
3 bo, jussum, &c. Cæterum tale non est illud mandatum, de quo hic tractatur. Hoc namque commissionem, ab amico voluntariè susceptam, denotat. Proinde qui fretus amicitiâ, quippiam bonâ
4 fide gerendum seu faciendum alicui committit, is mandans, vel mandator dicitur, l. inter. 26. §. non omnia. 6. l. si quis. 27. §. 2. & l. seq. ff. mandati. l. si pro ea. 10. & l. ad comparandas. 16. Cod. eod. §. 1. & 2. & §. mandatum non suscipere. 11. hoc tit. Qui verò aliquid faciendum sine mercede recipit; vulgò, ad imitationem legatarii, mandatarius, & procurator in jure vocatur, l. si remunerandi. 6. §. apud Iulianum. 6. l. salarium. 7. l. si procuratorem. 8. in princ. §. 1. & §. 3. l. idemque. 10. §. 1. & seqq. ff. mandati. l. cum per procuratorem. 9. l. procuratorem. 11. & ll. seqq. ff. eod.
5 Isque duplex perhibetur: aut litium & causarum: aut rerum sive bonorum. De illo præcipuè agitur sub tit. Digestor. & Cod. de procuratorib. & infr. tit. de iis, per quos agere poss. de hoc verò hîc, & tit. ff. & Cod. mandati. & is propriè, secundum interpretes, mandatarius appellitatur, & ab illo differt, ut à genere
6 species: ita ut omnis quidem procurator sit mandatarius: non autem vice versâ, omnis mandatarius sit procurator. Andr. Clud. de condict. certi. c. 3. n. 61. eumque referens Hillig. in Donell. enucleat. lib. 13. c. 11. lit. A. Tametsi id novissimè improbet Justus Mejer. in Disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. thes. 4. & D. Bocerus in hoc tit. num. 32. pag. 462. itemque Richterus in tract. de contractib. disput. 12. th. 1. sub lit. a. pag. 307.
7 eum seq. Mandati verbum à manu datâ non insulsè dictum videtur. Isidor. lib. 5. Etymolog. cap. 24. V. mandatum. Petr. Fab. ad l. semper qui. 60. ff. de reg. jur. Tum quia in mandatis dandis accipiendisve, manus sibi invicem dari mos antiquitus erat: quem adhuc hodie in mutuis promissionibus vulgò observari videmus. Oldend. rp. classf. 4. act. 24. ab initio. Iohan. Emeric. à Rosbach. process. civ. tit. 20. num. 2.
8 ex Azone in summa. C. mand. numer. 7. Mynsing. hic num. 1. & alii. Tum quia manus sive dextera, priscis fidei erat symbolum, teste Livio & Cæsare: unde manum dare, est dare fidem: fallere dextras, hoc est, fidem. Virgil. lib. 6. Æneid. v. 613. Quo facit etiam illud proverb. cap. 6. vers. 1. ibi, defixisti manum, & cap. 22. vers. 26. ibi, defigunt manus suas, &c. Tum denique quia negocium manui, id est, potestati datur ejus, qui gerere debet. Quâ de re videantur quoque Bald. in rubr. tit. ff. mand. ibique Wesenbec. in Paratitl num. 2. Goeddaeus in Comment. in de contrah. & committ. stipulat. cap. 3. num. 183. Chiflet. lib. 1. de jure fideicommiss. cap. 4. Ant. Guibert. de matrimon. c. 4. num. 7. Hilliger. in Donell. enucl. d. lib. 13. cap. 10. lit. 9. lit. b. B. & Stuck. part. 1. exercit. Inst. decad. 12 assert.

Definitur mandatum contractus juris gentium, 9
nominatus, bonæ fidei, nudo consensu initus: quo negocium aliquod gratis efficiendum; voluntariè suscipienti committitur, Eodem propè modo mandatum definit Philippus Knipschildt exercitat. Acad. 10.
th. 36. pag. 346. Dico, mandatum esse contractum, 10
argum. hujus principii, & l. 2. in princip. ff. mand. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. item l. 1. & l. si hereditatem. 32. ibi, & mandati obligationem ff mandati. ubi mandati obligatio dicitur. Atqui illa obligatio ex delicto non est. Igitur ex contractu ut sit, necesse est. Sed & perspicuè mandatum contractibus annumeratur à Justiniano Imp. supra in tit. de obligat. ex consens. & à Cajo in l. 2. ff. de obligat. & actionib. Imperitè ergo ac impropriè nonnulli mandati genus faciunt officium, eo quod mandatarius negocium demandatum expediendo, fungi officio dicatur. Azo, Accursius, Bartol. Salicet, & alii ad rubr. ff. mandati eosque citans Mezzius in tract. de mandato. cap. 1. num. 7. Rectiùs namque genus mandati constituitur contractus: tum quia hoc genus propinquius est, ac specialius, quam officium: tum quia ad finem atque effectum mandati propius accedit. Hoc siquidem agitur contractu mandati, ut mandatarius officium suscipiat, atque ad istud exequendum obligatus sit mandanti: & mandans vicissim obligatus sit mandatario, ad omnia ea refundenda atque restituenda, quæ mandatarius in expeditione negocii sibi demandati impendit, l. si verò. 12. §. si mihi. 9. l. si quis. 27. §. impendia. 4. & l. qui mutuam. 56. §. ult. ff. mandati.
Præterea mandatum ab officio mandatarii plurimum differt. Mandatum siquidem ad officium 11
mandatarii se habet, ut causa ad effectum. Mandatum enim est illud ipsum, per quod officium mandatario defertur & injungitur, & ex quo mandatarius ad officium illud obeundum obligatur. Denique officium solius est mandatarii: mandatum verò ad utrumque tam mandantem, quam mandatarium refertur. Ita bene sentiunt Treutler. volum. 1. disput. 27. thes. 1. ad lit. B. & inibi Hunnius in sua resolutione. pag. 1700.

Dico in definitione, juris gentium, argumento l. ex hoc jure. 5. ff. de justitia & jur. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pactis. d. l. 1. in princip. ff. mandat. & l. 1. §. est autem emptio. 2. ff. de contrah. empt. Dico, nominatus: quia certum & proprium nomen habet, d. l. ex hoc jure. 5. ff. de just. jur. d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. & l. 1. §. 2. in fine. ff. de rer. permutatione. Dico, bonæ fidei, argum. §. actionum. 28. infr. de actionib. l. itemque. 10. in princip. d. l. si verò. 12. §. si adolescent. 11. ibi, adversus bonam fidem. ff. mandati. l. si contra. 20. in fine. Codic. eod. Cui non obstat, quòd
mandatarius fines ac terminos mandati ne latum 12
quidem unguem excedere possit: adeòque mandatum stricti juris esse videatur, §. is, qui exequitur. 8. infrà hoc tit. l. diligenter. 5. in princip. ff. mandati. Hoc enim rectè dicitur de executione mandati obligatione & actione: hoc est, mandatum quidem

strictè exequendum est, *juribus modò allegatis:* sed si
mandatarius id in terminis executus fuerit, ad o-
mnia mandati obligatur, quæ ipsi præstari æquum
& bonum est: & vicissim mandans obligatur man-
datario ad omnium eorum præstationem, quæ præ-
stari æquum & bonum suadet, *d. §. actionum.* 28.
13 *infr. de actionib.* Dico, *nudo consensu initus.* Quia
mandatum ad sui perfectionem nihil quicquam,
præter consensum, desiderat, *d l.1. in princip. ff. mand.*
d. l. 2. in princip. ff. de obligat. & actionib. d. l.1. §. 2. ff.
de rer. permutat. & tot. tit. supr. de obligation. ex con-
sens. Nec obstat *l. res ex mandatu.59 ff. de acquir. rer.*
domin. ubi Callistratus ait, rem mandato meo em-
ptam non antè meam fieri, quam si mihi tradiderit
eam, qui emit. Ergò mandati obligatio re contrahi-
tur, quippe traditione opus est. *Nam respondetur:*
traditionem *in d. l. 59.* referri non ad mandatum, sed
emptionem: quia emptæ rei dominium non trans-
fertur sine traditione. Igitur neque mea fieri pot-
est, nisi tradita mihi sit. At ex mandato est obli-
gatio nudo, soloque consensu, *docente hic Marcilio.*
Hincque-fit, ut mandatum non solum inter presen-
14 tes; sed & inter absentes per epistolam vel nuncium
fieri & suscipi possit, *d. l. 1. §. 1. ff. mandati.* Hinc et-
15 iam perspicitur differentia inter contractum man-
dati. & mandata Magistratûs sive Principum: quòd
videlicet (*ut & supra num. 2. monui*) mandata Prin-
cipum ab initio statim sint necessitatis: contractus
verò mandati ab initio sit voluntatis, & ex post facto
demum necessitatis, *l. sicut. 5. Cod de obligat. & a-*
16 *ctionib.* Dico, *gratis.* Mandatum enim, nisi gratui-
tum, nullum est. Nam originem ex officio atque
amicitiâ trahit, cui contrarium est merces. Inter-
veniente igitur mercede sive pecuniâ: non manda-
tum, sed locatio & conductio contrahi intelligitur,
l. 1. §. ult. l. ita ut omnes. 36. §. 1. ibi, cum mandatum
gratuitum. ff. mandati. & §. fin. infrà, hoc tit. ubi id,
annuente Deo, explicaturi sumus copiosiùs. Dico
præterea, *voluntariè suscipienti.* Quoniam (*ut paulò*
antè dictum) mandatum ab initio necessitatem ob-
17 temperandi non imponit ei, cui factum est: sed libe-
rè à quolibet vel suscipitur, vel non suscipitur, *d. §.*
mandatum non suscipere. 11. infr. hoc tit. l. si manda-
vero. 12. §. sicut autem lib. 11. ff. mandati. l. in commoda-
to. 17. §. sicut. 3. vers. voluntatis est enim. ff. commodati.
Porrò mandati definitioni apposui *supra n. 9.* illa ver-
ba: *Iuris gentium & bona fidei, &c.* non ideò, quod
necessariò fuerint addenda, aut quod demptis his
definitio perfecta non esset: sed tantum majores ex-
plicationis ac perspicuitatis gratia: quemadmodum
Jurisconsultis valde familiare est, ut in suis defini-
tionibus quædam exprimant, licet ea etiam impli-
citè posita sint. Non igitur sat causæ habet Dn. Col-
lega Bocerus, cur hanc meam, aliorumque Juriscon-
sultorum definitionem, ceu superfluam, *hic sub num.*
8. pag. 459. carpat: maximè cum alias nec Boceria-
na mandati definitio à superfluitatis vitio vindicari
posset. Nam cum mandatum definiatur contra-
ctus: ex omni autem contractu oriatur obligatio:
inde apparet, superfluè à Bocero, addi in definitio-
ne, *sub num. 4.* quod negocium illud honestum esse
debeat, quòd in mandatum venit. Nam per se pla-
num est: rei turpis nullam esse obligationem, *l. im-*
possibilium. 185. ff. de reg. jur. juncta l. filius. 15. vers.
namque facta ff. de condition. institut. Ita D. Bocerus
semper culpat in aliis, quod ipsemet in se non anim-
advertit.

Dividitur mandatum variis modis, secundum di- 18
versa genera causarum. I. Ab efficiēte, in expressum,
& tacitum. Expressum mandatū est, quod verbis ex- 19
pressis alicui conceditur: ut, volo, rogo, mando, cu-
pio, &c. ut hoc, vel illud facias. Et sanè qualiacun- 20
que verba, voluntatem mandantis significantia, in-
tervenire possunt, *l. 1. §. 2. ff. mandati.* Cæterum
per verba commendatoria mandatum non contrahi-
tur. Hinc si tibi per epistolam commendavi ami-
cum meum, & tu ei pecuniam credidisti: ex illa
commendatione adversus me mandati agere non
potes: quoniam commendandi magis hominis,
quam mandandi causa, epistola scripta est, inquit
Ulpianus *in l. si vero. 12. §. cum quidam. 22. ff. eod.*
Quanquam pudor alicujus fortassis oneretur, si in-
dignum commendaverit. Unde belle canit monet-
que Horatius:

Qualem commendes, etiam atque etiam aspice
ne mox:
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

Sed & ea; quæ in venditionibus commendandi cau-
sa dicuntur à venditore, sic habētur, quasi neq; dicta,
neq; promissa essent, *l. quod vendit. 37. ff. de dolo malo.*
Non adversatur *l. si literas. 7. Cod. mandati.* ex qua 21
colligi posse videtur: eum, qui literas commenda-
titias misit, ex commendatione ista obligari. *Nam*
in eâ lege non commendationis, sed mandati verba
epistolæ fuerunt inserta. Id quod illis Imp. Gor-
dianus verbis subindicat: *cujus mandatum secutus es,*
&c. Non ergo immeritò actio mandati in specie il-
lius legis adversus scribentem concessa fuit. *Eaque*
de re videatur Vitalis de Cambanis in tract. clausula-
rum. §. enunciativa verba in epistolis prolata. & Lin-
glois in Comment. ad 50. decis. Iustin. fol. 132. quæst. 4.
bosque laudans D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 17. ff.
quæst. 5. Tacitum mandatum est, quod non quidem 22
verbis apertis, sed per silentium, patientiam, rati-
habitionem declaratur: ut si, alio pro me fidejuben-
te, aliudvè negocium gerente, taceam: videor ei
mandare, ut pro me fidejubeat, negociumve gerat,
l. si remunerandi. 6. §. si passus. 2. l. qui patitur. 18. l. si
pro te. 40. & l. qui fide. 53. ff. mandati. l. si fidejussor.
6. Cod. eod. l. licet. 56. ff. de judic. Stuck. part. 1. exer-
cit. Iustin. decad. 12. assert. 9. lit. C. & K.

II. A causa materiali dividitur in mandatum ad
negocia, & mandatum ad lites sive judicia: hoc est, 23
in mandatum extrajudiciale, & mandatum judicia-
le, *l. nam & 12. & l. seq. ibi, ad actionem procurator*
factus.

factius. ff. de pact. l. hoc jure. 86. ibi, litis procuratori. ff. de solutionib. l. filiusfamilias. 8. §. ult. & l. Paulus respondit. 96. ff. de procuratorib. l. licet. 24. Cod. d. tit. Paul. lib. 1. receptar. sent. §. 1. ibi, procurator aut ad negocium, &c. Et illud quidem qui administrat, plerunque mandatarius dicitur: qui verò hoc, procurator appellatur, l. salarium. 7. & l. seq. ff. mandati. l. cum per procuratorem. 9. Cod. eodem. quamvis non rarò idem nomen etiam mandatario tribuatur, ut jam supra dictum, num. 5. Uterque enim procurat, hoc est, prudentiam & solicitudinem in negocio conficiendo adhibet, l. 1. in pr. l. servum. 33. §. 1. ff. de procurator. h. d. l. si remunerandi. 6. §. apud 6. d. l. idemque. 10. in princip. ff. mandati. Mejer. d. disput. ad lib. 17. Pand. tit. 1. thes. 7.

24 III. Ex eadem causa dividitur in generale, & speciale. Generale mandatum est, quod sine ulla negocii definitione alicui committitur, & procurationem omnium rerum sive universorum bonorum & negociorum habet, l. procurator, cui generaliter. 58. l. mandato generali. 60. l. procurator totorum. 63. ff. de procuratorib. l. illud. 25. in fine ff. de minorib. l. si remunerandi. 6. §. apud. 6. vers. si omnium negociorum. ff. mandati. Moz. in tract. de mandato. cap. 2. de divisione mandati. num. 4. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 83. num. 40. & seq. pag. 297. Idque rursus di-
25 stinguitur in mandatum cum liberâ, quod negociorum omnium administrationem nominatim, cum plena potestate, continet, d. l. procurator. 58. ff. de procur. l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mandat. l. si procurator. 10. Cod. de procuratorib. & mandatum sine liberâ, quod quidem administrationem negociorum omnium, sed nudam tantum & simplicem habet, nulla scilicet plenæ potestatis mentione facta, d. l.
26 mandato generali. 60. ff. eod. Et hoc cui datum est, ei administrandi duntaxat potestas concessa fuisse videtur: non etiam transigendi, aut alienandi res immobiles, quam mobiles, d. l. mandato. 60. & d. l. procurator totorum. 53. ff. eod. tit. Illud verò qui habet, non simpliciter tantum administrare; sed & alienare, vendere, exigere, novare, solvere creditoribus potest, omniaque ea facere, quæ dominus verisimiliter faceret, si adesset, §. qua ratione. 43. supr. de rer. divis. d. l. procurator. 58. & l. seq. de procuratorib. l. qua ratione. 4. §. nihil autem interest. 4. ff. de acquisir. rer. domin. Iul. Pac. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. quæst. 47. Forst. jun. in tract. de pact. c. 5. pag. 135. cum seqq. Knipschildt. exercitat. Academ. 10. quæst. 9. & 10. pag. 960. cum seq. late Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ.
27 tract. 7. parte. 4. quæst. 1. Hucque referri poterunt, quæ annotavimus infra ad §. 1. tit. de iis, per quos agere poss. num. 205. & aliquot seqq. Quin & tantundem valet ac operatur mandatum generale cum liberâ, quantum speciale, in iis casibus, in quibus speciale mandatum exigitur, per ea, quæ tradunt Baldus in l. illud. 25. §. 1. ff. de minorib. Angelus Aretin. in §. ult. num. 3. infr. de iis, per quos agere poss. Vantius in tr. de nullitatib. tit. de nullit. sent. ex defect. inhabil. seu mand. numer. 87. Ruinus consil. 93. num. 6. lib. 5. Decius consil. 430. col. 1. & consil. 69. col. 2. Castelian. Cotta in memorab. incip. procurator generalis. Tiraquellus de retract. lignag. §. 1. Glos. 13. num. 32. aliique plures, quos allegat. Quorum Dd. sententia licet minus probetur Mozzio dicto cap. 2. num. 56. & Treutleto volum. 1. disput. 27. thes. 5. lit. A. eam tamen verissimam esse judico, cum D. Hunnio in resolut. Treutleri dicto loco. Etenim in l. jusjuran- 28
dum. 17. §. ult. ff. de jurejurand. habetur; mandatum cum libera, & mandatum speciale ad hoc desiderari, ut procurator jusjurandum deferre possit: adeoque mandatum universale cum libera, & mandatum speciale, quoad delationem jurisjurandi, æquiparantur. Atqui ad delationem jurisjurandi spe- 29
ciale mandatum requiri certum est, l. jusjurandum. 34. §. 1. ff. d. tit. cap. ultim. de juram. calum. in 6. Clement. non potest. 2. de procuratorib. Igitur consequens est, quòd in iis, quæ speciale mandatum desiderant, tantundem mandatum generale cum libera, quantum speciale mandatum, operatur. Deinde ad transactionem speciale mandatum requiri, nec generale sufficere, constat ex d. l. mandato generali. 60. ff. eod. c. per tuas. 9. ibi, sine speciali mandato. ext. de arbitris. & cap. qui ad agendum. 4. vers. procurator quoque de procuratorib. in 6. At verò ad transactionem sufficere mandatum cum libera, arguit d. l. procurator. 58. ff. d. tit. Adhæc ad alienationem bonorum mandatum speciale esse necessarium, expressum est in d. l. procurator totor. 63. ff. de procuratorib. Sed procurator, qui liberam habet bonorum administrationem, alienare potest, d. l. qua ratione. 9. §. nihil autem interest. 4. ff. de acquir. rer. domin.
Præterea formula atque tenor mandati cum libera 30
hanc sententiam evidenter confirmat. Sic enim ea describitur in d. l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mandati: Concedo tibi de omnibus meis, ut vis, negociari: sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcunque operari, ut domino omnium meorum: me omnia firma esse à te facta existimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem. Quibus ex verbis manifestum evadit, quòd is, cui libera bonorum administratio est commissa, omnia ea habeat, quæ speciale mandatum desiderant: adeò, ut non minus de bonis, fidei suæ commissis, disponere queat, quam ipso domino permittitur.

Huic non obstat, quod ad contrahendum matri- 31
monium; in quo exigitur speciale mandatum, non sufficiat generale mandatum cum libera, argum. l. generalis. 34. ff. de rit. nupt. &c. fin. ibique Gloss. de procuratorib. in 6. Respondetur enim primò, quod à 32
matrimonio ad cætera, quæ speciale requirunt mandatum, haud liceat argumentari: cum matrimonium (quod inter conjuges individuam vitæ consuetudinem inducit, & indissolubile vincu-

lum personis contrahentium injicit, §. 1. *supra, de patria potest. l. 1. ff. de ritu nuptiar.*) summi sit præjudicii: ac proinde quo res majoris est periculi, eò cautius sit agendum, *l. 1. §. sed & si quis. 5. vers. nam vel magis consulendum. ff. de Carboniano edicto. c. ubi*
33 *periculum. 3. de elect. in 6.* Dein & illud respondetur:
quod nos hic loquimur de procuratore, cui bonorum administratio commissa est. Matrimonii autem contractus ad bonorum administrationem non pertinet, *l. in copulandis. 8. Cod. de nuptiis.* Quamvis igitur procurator universorum bonorum liberrimam habeat administrationem: non tamen integrum ipsi erit nomine sui domini matrimonium contrahere: quia fines & terminos sui mandati excederet, *contra §. is, qui exequitur. 8. infr. hoc tit. Hunn. de resolut. ad Treutler. pag. 1717. Richter. d. disput. 12. th. 2. sub lit. d. pag. 371.* Speciale manda-
34 tum appellatur, quod est unius alicujus & certæ rei,
quo videlicet dominus unum aliquem actum expediendum, aut rem unam aliquam administrandam specialiter & nominatim expresseque mandat. *l. 1. §. ff. de procuratorib. l. si procurator. 10. Cod. eodem. d. l. si verò. 12. §. contrario. 7. ff. mandati. Althus. lib. 1. Dicaolog. c. 83. numer. 44. pag. 297.* Casus autem illos, qui speciale mandatum requirunt, *post alios,* diligenter recenset Mozzius, *d. cap. 2. de divisi. mandati. num. 10. & multis seqq.* De quibus etiam disseruimus infrà *ad d. §. 1. de iis, per quos agere poss. num.* 241.

IV. Ab objecto seu fine distinguitur mandatum in id; quod vel mandantis, vel alienâ, vel utriusque simul, vel mandantis & mandatarii, vel alienâ & mandatarii gratiâ contrahitur, *per hunc textum no-*
35 *strum, & l. 2. ff. mandati.* Mandantis gratia inter-
venit mandatum: veluti, si quis tibi mandet, ut negocia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes, §. 1. *hoc t. d. l. 2. §. 1. ff. eod.* Et sanè id velut fundamentum hic ponendum est: ut semper utilitas seu id, quod interest, spectetur eorum, inter quos mandatum contrahitur, maximè verò mandantis. Nam si nihil intersit mandantis, negocium expediri: non verum mandatum, sed consilium potius habetur: nec mandati actio competit, *hoc principio nostro, l. si procuratorem. 8. §. mandati. 6. & audiemus in §. tuâ tantum gratiâ. 6. infrà hoc tit.* Rectè autem mandatoris potissimum utilitas spectatur: quia ejus quoque duntaxat periculo negocium geritur, *§. tua gratia. 2. hoc tit. l. Quintus Mutius. 48. §. 1. ff. mandati. Timæus Faber disp. 24. ad Instit. Imperial. th. 16. lit. a.* Alienâ causa intervenit man-
36 datum: veluti, si tibi aliquis mandet, ut negocia
Titii gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, *§ aliena. 3. hoc t. d. l. 2. §. 2. ff. eodem.* Nec impedit hoc mandatum, quòd aliena tantum utilitas hic versetur, nulla mandantis: quod tamen maximè in mandato requiri, modò dictum est. Mandantis namque hoc casu si non utilitas, periculum tamen subest: cum mandatum semper periculo mandantis contrahatur, & adversus eum actio mandati detur, *d. §. 2. hoc tit. d. l. Quintus. 48. §. 1. ff. eod. & notat hic Th. Marcilius ad §. 1.* Nihil 37
item movet, quòd nemo alteri obligationem acquirere possit, *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. oblig.* Non enim alii, quàm mandanti, ex hujusmodi mandato acquiritur actio: & soli mandati mandatarius obligatur ad mandatum istud exequendum: quamquam utilitas hujus mandati ad aliũ, præter mandan- 38
tẽ, redundet. Cæterùm si planè non intersit mandatoris, negocium alterius administrari: mandatum non valere, probabilius est: cum nemo alii, cujus juri subjectus non est, acquirere valeat, *argum. §. si quis alii. 4. & §. alteri. 18. supr. de inutilib. stipulationib. Timæus Faber d. disp. 24. th. 16. lit. c. Adde Ba-* 39
chovium. num. 2. pag. 821. Utriusque simul, sive mandantis & aliena causa mandatum interponitur: velut, si tibi quis mandet, ut ipsius & Titii negocia gereres, vel ut ipsi & Titio fundum emeres, vel ut pro ipso & Titio fidejuberes. *§. sua & aliena. 4. hoc tit. d. l. 2. §. 3. ff. mandati.* Tum etenim & mandantis per se ac sua sponte, & Titii etiam interest: ut, *post Franciscum Hotomannum (ex quo pleraque nomine ipsius suppresso, minus laudabiliter transcripsit)* notavit hic Gerardus Tuningius, *pag. 643. in fine.* 40
Mandantis & mandatarii gratiâ contrahitur mandatum: veluti, si Cajus mandet tibi, ut pecuniam tuam sub usuris credas Pamphilo, mutuò accipienti in ipsius Caij mandantis rem sive utilitatem. Hic primò mandantis causa mandatum fit: quia Pamphilus in rem & utilitatem ipsius mandantis mutuam accipit. Deinde mandatarii quoque gratia fit mandatum: quia is Pamphilo pecuniam credit sub usuris, hoc est, ut certum inde reditum præstet. *§. 2. hoc tit. d. l. 2. § tua & mea. 4. ff eodem.* Alienâ denique & mandatarii gratia mandatum intervenit:
veluti, si aliquis mandet tibi, ut Titio pecuniam sub 41
usuris credas, *§. tua & aliena. 5. hoc tit. d. l. 2. §. tua & aliena. 5. ff. mandati.* Hoc in exemplo tua causa intercedit mandatum: quia tu credis pecuniam sub usuris, quas præstari tibi, tua interest, ut quæstum facias. Alienâ verò causa, nempe Titii, mandatum interponitur: quia mandatur tibi, ut ipsi Titio credas, sicque ejus necessitati succurras. *Vide Hotomannum hic ad verba, ut Titio sub usuris, &c. & ipsius clancularium Sectatorem Tuningium, pag. 644.*

V. Ratione formæ distribuitur mandatum,
in determinatum & indeterminatum. Illud 42
fines & limites certos habet, intra quos sese continere mandatarius debet: hoc nullis repagulis certis est circumscriptum, *argument. l. 3. §. ultim. & d. l. Quintus. 48. §. ult. ff. mandati. Mozz. d. cap. 2. de divis. mandat. num. 68.* Sed & ratione formæ man- 43
datum rursus aliud proprium, aliud improprium constituitur. Illud propriis mandati requisitis, & proprietatibus insignitur, fitque gratuitò: hoc à naturâ mandati propriâ nonnunquam recedit, puta in quo aliquid remunerandi gratia alicui datur, vel

quo,

quo qnis procurator in rem ſuam conſtituitur, l. li-
cet. 42. §. ea obligatio. 2. ff. de procuratorib. Gloſſ. Bar-
tol. & alii in l. 1. ff. eod. Petrus Caſtal. in l. ſi quis in
rem. 34. ff. d. tit. Sichard. in l. qui ſtipendia. 9. num. 3.
Cod. eod. hosque laudans D. Bocer. Claſſ. 2. diſput. 6.
theſ. 8. 9. & 96. edit. 2. Mozz. d. cap. 2. num. 87.

44 VI. Ab Accidente dividi poteſt mandatum in
purum, & non purum. Illud eſt, quod neque ex
certo tempore, neque in certum tempns, neque ſub
conditione contrahitur: hoc verò, quod diem, tem-
pus, vel conditionem annexam habet, l. 1 §. 3. ff. man-
dati. §. mandatum & in diem. 12. infr. hoc tit. Mozz.
d. cap. 2. de diviſ. mand. num. 91. Iul. Pac. in epitome
jur. diſp. 14. th. 43.

45 Porrò cum mandare & mandatum ſuſcipere ſit ex
genere permiſſorum, ſiquidem mandatum origi-
nem ex officio atque amicitia trahit, d. l. 1. §. ultim.
ff. mandat. conſequens eſt, mandare & mandatum
ſuſcipere poſſe omnes, qui non prohibentur, argum.
l. mutuo. 43. §. 1. ff. de procuratorib. l. nec non & ſi. 28.
§. 2. ff. ex quib. cauſ. majores. 25. annis in integr. reſtit.
l. cum prætor. 12. ff. de jud. l. 1. §. 1. ff. de teſtib. & ſimi-
46 lium. Prohibentur autem alii ratione poteſtatis: a-
lii ratione ætatis: alii ob vitium vel animi, vel cor-
poris. Ratione poteſtatis mandare prohibentur ſer-
vi: ſive ſint in poteſtate hoſtium, ſive in poteſtate
dominorum. Licet enim hic contractus juris gen-
tium ſit, ut probatum ſupra num. 11. cujus commu-
nionem etiam ſervi habent, l. quod attinet. 32. ff. de
reg. jur. tamen quo minus ſervi mandare poſſint, rei
natura impedit: propterea quòd cum iis jure civili
nulla eſt efficax obligatio, l. cum ſervus. 54. in prin-
cip. ff de reg. jur. Quod vero de ſervo dicitur, eum
47 mandare non poſſe: tum demum obtinet, cum ſuo is
nomine mandare cupit, & proprio: non cum domi-
ni nomine, & alieno. Hoc etenim caſu etiam ſer-
vus mandare poteſt: ſed ita, ut mandati actionem
non ſibi, ſed vel domino, vel in dominum pariat,
initio tit. infr. per quas perſon. nobis obligat. acquir. l. ſi
verò. 12. §. planè. 3. ff. mandati. Ratione ætatis man-
48 dare prohibentur infantes: quia conſenſu & judicio
carent. Etſi enim conſenſum & judicium habeant
potentiâ: nondum tamen actu habent nec in effe-
ctum eum producunt, l. 1. in princ. ff. de verb. obli-
49 gat. d. l. obligari. 43. ff. de obligat. & actionib. Idem
quoque de pupillis judicandum: niſi vel meliorem
ſuam conditionem faciant, & locupletiores fiant,
per princip. tit. ſupr. de auctor. tutor. l. contra juris. 28.
in princip. ff. de pact. l. ſi quis. 34. §. qui mandatu. 15. ff.
de religioſ. & ſumpt. fun. l. naturaliter. 13. in fin. ff. de
condict. indeb. vel tutoris appoſitâ autoritate man-
50 dent, argum. l. pupillus. 189 ff. de reg. jur. Ob vitium
animi mandare impediuntur furioſi & mente capti:
quia horum conſenſus eo ipſo, quod furiunt & deſi-
piunt, nullus eſt: cum [illegible] deſtituantur: & quid
utiliter, vel quibus mandent, diſcernere nequeant;
l. 2. §. 1. ff. de procuratorib. l. furioſi. 40. ff. de reg. jur.
Idem de prodigo, cui bonis interdictum eſt, ſtatu-
endum. l. Marcellus. 25. ff. de fidejuſſorib. d. l. furioſi.
40. ff. de reg. jur. Denique ob vitium corporis man- 51
dare vetantur illi, qui à natura nec audiunt, nec lo-
quuntur: adeoque animi ſenſa expreſsè declarare
impediuntur. Aliud tamen juris in eo eſt, qui à
natura vel mutus tantum vel ſurdus tantum, vel u-
trumque, ſed caſu exiſtit: ſi modò intelligat, quid
agat: & ſi id, quod intelligit, ſe agere palam demon-
ſtret, d. l. mutuo. 43. in princ. ff. de procuratorib. l. in
quibuscunque. 48. ff. de obligat. & act. Huc que perti-
nent, quæ docui ad §. 1. num. 34. & ſeqq. infr. tit. de iis,
per quos agere poſſumus. Reliqui igitur omnes man-
dare queunt: ſive ſint patresfamilias, ſive filiifami-
lias, l. filiusfamil. 8. in princip. ff. de procurat. l. in fa-
ctum. 13. & l. obligari. 43. ff. de obl. & act. Mozz. d.
tract. de mandato. c. 3. de perſon. inter quas cadere pot-
eſt mandat. num. 7. ſive item maſculi, ſive fœmi- 52
næ: quæ hujus contractus participes ſunt, non qui-
dem abſolutè & ſimpliciter: ſed ſi ſuum negocium
gerant. Pro alio enim intercedendo mandantes non
obligantur, l. quamquam. 7. ff. ad Senatusconſ. Velle-
jan. Quin & tam abſentes, quam præſentes man- 53
dare poſſunt: cum mandatum non ore tantum &
verbis: ſed per nuncium quoque & epiſtolam fieri
queat, d. l. 1. §. 1. ff. mandati. l. 2. §. 2. ff. de obligat. &
actionib. initio tit. ſupr. de obligationib. ex conſenſu.
Præterea non ſolum dominus alicujus negocii, jure 54
mandare poteſt: ſed & procurator negocium ſuſce-
ptum alteri rurſus demandare poteſt, l. ſi procurato-
rem. 8. §. ſi quis. 5. ff. mandati. l. ſi quis. 28. ff. de ne-
goc. geſt. Treutl. volum. 1. diſp. 17. theſ. 2. lit. C. Quod
de extrajudicialibus negociis, de quibus maximè
hic agitur, indiſtinctè verum eſt: aſt in judicialibus
quid juris ſit, explicui ad d. §. 1. infr. de iis, per quos
agere poſſ. num. 58. & ſeqq.

De deportato, utrum mandare poſſit, non parum 55
dubitatur? Et non poſſe verius eſſe exiſtimat Treut-
lerus, d. diſp. 27. theſ. 2. ſub lit. A. volum. 1. ubi &
alios citat. Sed plerique alii rectius ſtatuunt, de-
portatum mandare poſſe, indeque ſibi & obligatio-
nem & actionem acquirere. Tum quia deportatus 56
ea omnia retinet, quæ ſunt juris gentium, l. ſunt qui-
dam. 19. in fin. ff. de pœn. l. deportatus. 15. ff. de inter-
dict. & relegat. Mandatum autem eſſe juris gentium
conſtat, l. ex hoc jure. 5. ff. de juſtit. & jur. & ſimili-
bus allegatis ſupra num. 11. Tum quia in l. ſi manda-
vero. 22. §. is, cujus. 5. ff. mandati. Paulus in hæc 57
verba diſertè ſcribit: Is, cujus bona publicata ſunt,
mandare alicui poteſt, ut ea emat: & ſi emerit: utilis
erit mandati actio, ſi non præſtet fidem. Quod ideo re-
ceptum eſt: quia publicatis bonis, quicquid poſtea ac-
quiritur, non ſequitur fiſcum. Quem textum de de-
portato (non item de relegato, ut cenſet Cujacius ad
l. ejus, qui. 8. ff. qui teſtament. fac. poſſ. Forcatul. ne-
cyomantia dialog. 82. num. 6. Philipp. Matth. n. 15.
& Sturcius num. 16. ad l. ea ſola. 97. ff. de reg. jur.)
accipi debere, inde patet, quòd loquitur perſpicuè
de eo, cujus bona publicata ſunt. Atqui relegati 58

bona non publicantur: sed ipse ea retinet, *l. 1. & l. relegatus. 18. ff. de interdict. & releg.* nisi expressè ac specialiter, salva civitate, bona universa, vel pars aliqua bonorum per sententiam ei adimatur, *l. relegati. 4. l. relegatus est. 14. §. 1. ff. eod. l. deportatorum. 8. Cod. de pœnis. l. chirographis. 57. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. cum simil.* Verum si salva civitate bona sunt publicata: tunc non opus est utili actione: neque justa causa est, cur non actioni directæ locus relinquatur. Cum autem *in d. l. si mandavero. 22. §. 5.* utilis mandati actio sit necessaria contra mandatarium, si non præstet fidem: ea non de relegato, sed de deportato accipienda erit. Quod si omnino evinceretur: relegatum, cui omnia bona specialiter adempta sunt, non habere nisi utilem actionem, ut ita *d. l. 22. §. 5.* de eo quoque intelligi posset: non tamen ideo deportatus excludendus esset. Verba enim *dicti §. 5.* ita se haberent, ut utriq; convenire queant.

59 Nec obstat, quod deportatus omnia amittat, quæ juris civilis sunt, *d. l. sunt quidam. 17. §. 1. ff. de pœnis.*
60 Actiones autem sint jure civili introductæ, *l. 2. §. deinde ex his. 6. ff. de orig. jur.* Nam actiones quoad conceptionem & formam esse juris civilis, quoad originem verò juris gentium, latius probavimus *ad princip. tit. infr. de actionib. numer. 15. & seqq. Idque post alios, eleganter demonstrat. Dn. Collega Besoldus in Commentar. ad l. 5. num. 7. ff. de justit. & jure.* Atque hinc meritò deportato non directæ, sed utiles actiones conceduntur, *d. l. 22. §. 5. ff. mandati.* & utilibus quoque actionibus convenitur, *d. l. relegatus est. 14. §. ultim. ff. de interdict. & relegat.*

61 Neque refragatur, quòd deportato permissum non sit, ut servum manumittat, *l. 2. ff. eod. tit.* tametsi manumissio sit juris gentium, *l. manumissiones. 4. ff. de justit. & jur. initio. tit. supr. de libertinis.* Etenim deportatus eatenus non amittit ea, quæ sunt juris gentium, quatenus fisco damnum & fraudem non infert: quod in manumissione contingeret, *l. deportatus. 15. ff. de interdict. & relegat.*

62 Nihil quoque resistit, quod appellatione bonorum actiones continentur, *l. bonorum. 49. in fine. ff. de verbor. significat.* ac proinde confiscatis sive publicatis bonis, & actiones confiscatæ atque publicatæ censentur. Hoc siquidem argumentum procedit in actionibus, ante publicationem quæsitis, non verò in actionibus, post deportationem quærendis & quæsitis, de quibus loquitur Paulus *in d. l. si mandavero. 22. §. is, cujus. 5. ff. mandati.*

63 Cui minimè contradicit Imper. Alexander *in l. 2. C. de bonis proscript.* ex qua colligi posse videtur, quod deportatus non solum omnia bona, quæ tempore deportationis habuit, amittat: sed etiam universa illa, quæ postea quandoque acquisierit, fisco acquirat. *Bona* enim, quæ post condemnationem acquisivit deportatus, non publicantur, aut fiscum sequuntur, quamdiu deportatus vivit: ideoque illorum nomine utilem actionem habet, *d. l. 22. §. 5. ff. mandati.* sed eo mortuo, devolvuntur ad fiscum: adeò, ut deportatus heredem habere nequeat: unde *in d. l. 2.* dicitur: *sed & hæ publicabuntur.* Quod tamen hodie fallit, si superstites sint liberi aut parentes ipsius deportati: quibus personis Justinianus bona relicta tribuit. *Novell. 134. cap. ultim. §. ut autem, &c.* Atque ita sentiunt *Costalius ad d. l. 22. ff. mandati, ibique Duaren. cap. 2. Pacius cent. 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 87. & seq. Robertus disputat. 17 thes. 12. Arumæus exercitat. Instit. 15. thes. 7. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 17. cap. 4. lit. G. §. arceri item, &c. Mejer. in disputat. ad lib. 17. Pand tit. 1. thes. 10. numer. 11. Bachovius in not. ad Treutler. d. disput. 27. vol. 1. & noviter Knipschildt d. exercit. Acad. 10. q. 12. p. 363. nec non Richter d. disp. 12. thes. 1. sub lit. b. p. 950.*

Mandatum suscipere possunt similiter non solum patresfamilias, sed & filiifamilias, *l. si verò. 12. §. si filiusfamilias. 5. cum §. seq. & l. penult. ff. mand. l. mandasti. 46. ff. de negociis gest.* Et meritò sanè: quia filiifamilias etiam procuratores ad lites constitui absque consensu patris possunt, *l. filiusfamilias. 8. in fine principii. ff. de procuratorib. c. qui generaliter. 5. §. 1. eod. in 6.* Hujusque ratio est evidens: tum quia filiusfamilias est patriæ potestati est subjectus: liber tamen homo est, & civis Romanus: nec ulla prohibitio, de filiofamilias procuratore non constituendo, in jure reperitur. Tum quia officium procuratoris judicialis publicum est & civile, *l. 2. ff. de reg. jur.* At filiusfamilias in publicis & civilibus causis pro patrefamilias habetur, *l. filiusfamil. 9. ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. l. ille, à quo. 13 §. ult. junct. l. seq. ff. ad senatusc. Treb.* Hinc quæstio satis dubia exorta est: si pater negocium, quod filiofamilias à Titio demandatum erat, executus fuerit: quænam actio detur; mandati, an negociorum gestorum? Et rectè Africanus JC. *in d. l. mandasti 46. ff. de negoc. gest.* inspiciendum putat, qua mente pater mandatum, quod filio Titius dederat, expleverit. Nam si in gratiam Titii mandantis, ejusque contemplatione mandatum pater explevit: tum inter mandantem Titium & mandatarii patrem est ultrò citroque actio negociorum gestorum, perinde atque si nullum mandatum intercessisset: quia etsi intervenerit mandatum: non tamen inter patrem & Titium mandantem, sed inter mandantem & filium intervenit: ac proinde inter hos mandati actio erit. Quod si pater in gratiam filii explevit mandatum, liberandæ ejus fidei causa: inter patrem & filium nulla actio esse potest, propter vinculum patriæ potestatis: inter patrem & Titium mandantem nulla etiam actio est ex ipsorum persona: sed est ex persona filii, ultro citroque actio mandati, Titio directa de peculio, patri contraria in solidum: eademque est inter Titium & filium in solidum.

Cui non repugnat *l. si filiusfamilias. 7. ff. de tutel.* 68
ubi Ulpianus ait, patrem etiam teneri in solidum, si agnoverit tutelam demandatam filio, id est, si gesserit, vel gerenti consenserit. *Scitè* enim Jacobus Cuja-

Cujacius *in d. l. 46. ff. de negoc. gest. tract. 7. ad African.* eumque laudans Hunnius *in resolut. ad d. disput. 27. Treutleri thes 2. lit. B. pag.* 1706. respondent: duos esse casus distinctos atque diversos; si gesserit pater, & si filio gerenti consenserit. Quod ad priorem attinet: in casu *dicta l. 46.* pater gessit filii gratiâ, non verò mandantis: & ideo mandanti suo nomine obligari non potuit: sed filii tantum nomine de peculio. At in casu *dicta l. 7. ff. de tutel.* pater gessit pupilli gratia; & ideo is pupillo tenetur in solidum, non quidem tutelæ, sed negociorum gestorum. Quod ad posteriorem attinet casum: in specie *dicta l. 46. ff. de negoc. gest.* nihil gessit filius: sed in specie *dicta l. 7. ff. de tutel.* filius gessit tutelam, patre agnoscente tutelam,
69 id est, agnoscente periculum tutelæ. Nec enim aliud est, agnoscere tutelam, quam agnoscere periculum tutelæ. quare pater suo nomine tenetur, quasi jussor, vel quasi fidejussor. Patre autem non agnoscēte periculum tenetur de peculio dūtaxat, *l. Luc. 21. ff. de admin. & peric. tut.* Consensus igitur, id est, scientia, patientia, taciturnitas patris, non obligat patrē in solidum, *d. l. Lucius.* imò nec cohortatio vel admonitio sola benè gerendæ tutelæ, *d. l. si filiusfamilias. 7. in fine. ff. de tutelis.* sed consensus expressus quasi periculi receptio est, & obligat patrem in solidum, *d. l. si filius. 7. ff. eod. & d. l. Lucius. 21. in fin. ff. de administr. & peric. tutor.* Cæterum secundum distinctionem *dicta l. mandasti. 46. ff. de negoc. gest.* accipienda est *d. l. si vero 12. §. si filiofamilias. 5. & seq ff. mandati.* Mandasti filiosam. meo, ut creditori tuo solveret: ego solvi. Lex ait, te mihi teneri mandati actione: hoc ita, si contemplatione filii solvi Nam si tui gratia solvi: teneris actione negociorum gestorum. Quid verò, si post mancipationem filii solvi? Et ait eadem lex, esse negociorum gestorum actionem, in filium scilicet, si contemplatione ejus solvi: in te, si tui contemplatione. *Ita nervosè docet Cujacius loco praallegato.*

Mandatum præterea suscipere possunt tam fœ-
70 minæ, quam mares, *l. ait prator. 3. §. 1. ff. de negoc. gest. l. sed etsi. 7. §. 1. ff. de institor. act.* Nec sanè uspiam fœminæ mandatum suscipere prohibentur, modo sit tale, quod personæ ipsarum conveniat, hoc est, non contineat virile aliquod officium, quo mulieres removentur, *l. 2. ff. de reg. jur. l. 1. & 2. ff. ad SC. Vellejanum.* Sed & minoribus 25. annis negocia possunt
71 mandari, *§. justa. 5. in fin. supr. quib. ex caus. manumitt. non licet. l. cum mandatu. 23. ff. de minorib.* adeò quidem; ut, si quis minori mandaverit, ut sua negocia gereret: ex ejus persona in integrum restitui nequeat, *d. l. 23. in fin.* nisi fortassis minor sua sponte negocio illius intervenerit; ne majori hac ratione damnum accidat, *l. quod si minor. 24. in princip. ff de minorib.* Planè ex præcedentium numero non est servus: nec is quidem, qui bona fide nobis servit: quia non libera voluntate rem sibi mandatam exequitur, sed quasi ex necessitate servili, *l. & qui natura. 19. §. 2. ff. de negoc. gest.* Quod si tamen vetus servus ex hujusmodi mandato suscepto fortè solvisset: actio mandati adversus mandantem datur; non quidem servo, sed domino ejus, *d. l. si vero. 12. §. 3. ff. mandati.*

§. *Tuâ tantum gratiâ. 6.*

Tua tantum gratia intervenit mandatum: veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum, magis consilium, quam mandatum est; & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur: cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat, consilium. Itaque si ociosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes: quamvis non expediat, eam tibi emisse, vel credidisse: non tamen tibi mandati tenetur. Et adeò hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares: sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Summaria.

1 *Mandatum solius mandatarii causa factum, magis consilium est, quam mandatum, ac proinde non obligatorium.*
2 *Nemo consilium sequi cogitur.*
3 *Consilium in quo differat à mandato.*
4 *Consiliarii quatenus conveniri possint.*
5 *Declaratio l. si remunerandi. 6. §. 5. ff. mandati.*
6 *Conciliatur d. l. 6. §. 5. ff. eod. cum l. 3. §. ultim. ff. de negoc. gestis.*
7 *Mandatum quomodo à consilio sit distinguendum.*

Mandatum solius mandatarii causa factum, est
supervacuum: imò hujusmodi mandatum ma- 1
gis consilium, quam mandatum; putandum est: ac propterea nulla obligatio, nec mandati actio inter mandatarium & mandantem nascitur, *per principium hujus tit. & hunc §. nostrum. l. 2. in princ. & §. tua autem. 6. & l. si remunerandi. 6. §. planè. 5. ff. mandati. l. consilii. 47. ff. de reg. jur. c. nullus. 62. eodem tit. in 6.* Exempli gratia: Mandavit tibi quisquam, ut pecunias tuas ociosas vel steriles in emptiones prædiorum potius colloces, quam fœneres: vel è contrario, mandavit tibi; ut pecunias istas

istas tuas fœneres potius, sive sub usuris credas, quam in emptiones prædiorum colloces. Ex hoc mandato nulla tibi adversus mandantem datur actio. Nam consilium potius tibi dedisse, quam mandasse intelligitur. Si itaque tu damnum ex tali mandato es passus: tibi hoc, non verò mandatori imputare debes. Neque enim tenebaris mandatum illud, quod tua tantum gratia factum erat, exequi, per tritam illam regulam, qua dicitur, neminem cogi consilium sequi, quod ab aliquo petiit, *cap. cum olim. 7. ubi pulchra Gloss. & communiter Canonistæ ext. de arbitru.* Multum igitur differt à mandato consilium. Etenim qui consilium dat, non suam, sed alterius utilitatem spectat: ut contra, qui consilium accipit, suum negocium gerit. Qui verò suscipit mandatum: non gerit suum, sed alienum negocium. Sic qui consilium accipit, & probat: idem improbare potest. At qui semel suscipit mandatum, id non repudiare potest amplius, sed perficere tenetur, *§. mandatum. tr. infr. hoc tit.* Quamobrem neque obligari, neque conveniri Consiliarii possunt; nisi ex consilio fraudulento, actione de dolo, *l. idemque. 10. §. si quis ea. 7. ff. mandati. d. l. consilii. 47. ff. de reg. jur. d. c. nullus. 62. ibique Peckius num. 9. eod. in 6. Hackelman. illustr. quæstion. disput. 9. thes. 17. lit. C.* Sanè si ego tibi aliquid tua gratiâ mandavero; hocque mandatum, sive potius consilium tanti apud te fuerit ponderis, ut alias non fuisses facturus, nisi mandassem: hoc casu mandati actio tibi mecum erit, *per textum clarissimum in d. l. si remunerandi. 6. §. planè. 5. ff. mandati.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit: *Planè si tibi mandavero, quod tua interest: nulla erit mandati actio: nisi mea quoque interfuit: aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, & si mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Qui profectò textus citra cavillationem & divinationem manifestam, neutiquam eo de casu accipi poterit (ut opinantur Donellus *lib. 13. Comment. de jur. civ. cap. 10. pag. 167.* Hunnius *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. parte 4. q. 2. vers. idem planè respondendum, &c.* Knipschilds *exercitat. Acad. 10. quæst. 16. pag. 366.* aliique nonnulli) quo non simpliciter mandatarii solius causa, sed & alterius gratia mandatum intercessit. Siquidem *in §. 4. proximè præcedente* hæc species, mando tibi, ut Titio eredas, tractatur: ideo non dubium est ullum, quin *in d. §. 5.* de alia specie, qua nimirum mandatarii solius causa mandatum est contractum, agatur. Quod maximè procedit, & verum est, si certò appareat, ac de eo testatus sis, quòd si ego non mandassem, tu nunquam facturus esses. *Verbi gratiâ*: constituisti emere fundum. Ego dissuasi emptionem, mandans, ut fœneres potius. Tu aperte profiteris, non nisi mandato meo permotum te fœnerare. Si res malè cessit, ego mandati teneor. *d. l. si remunerandi. 6. §. planè. 5. ubi Gloss. ff. mandati.* Atque ita tradunt *Salicet. & Bartol. in d. l. 2. §. tua autem. ff. eodem ibique Wesenbec. in Paratitl. num. 7. Mozzius in tract. de mandato, cap. 2. de divis. mandati, circa finem. Dynus in d. c. nullus. 62. n. 2. & 3. de reg. jur. in 6. Decius in d. l. consilii. 47. ff. de reg. jur. num. 4. ibique Hippolytus à Collib. nec non Philipp. Matthaeus num. 3. & Sturtius num. 25. Menoch. lib. 2. cent. 4. de arbitr. jud. quæst. cas. 351. Mynsinger. hic num. 4. Bachovius num. 1. pag. 813. Hænon. disput. 17. ad Instit. controvers. 9. & Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 10. ad lit. I.*

Neque dictæ *l. 6. §. planè. 5. ff. mand.* refragatur *l. ait prætor. 3. §. ultim. ff. de negoc. gest.* ubi mandati actio datur etiam ei, qui sua sponte facere proposuerat. *Nam* in utraque lege diversa species est. Etenim *in d. l. §. ultim. ff. eod.* non gratia mandatarii duntaxat, sed gratia tantum aliena fuit mandatum: hoc utique casu rectè ab Ulpiano respondetur, mandati actionem competere: etiamsi sine mandato aliena negocia mandatarius gesturus fuisset. Secus autem est, si mandatarii tantum gratia mandatum est interpositum. Tunc enim mandati actio non conceditur mandatario, si is sua sponte idem facturus fuisset, *argum. d. l. si remunerandi. 6. §. 5. ff. mandati.* Sic porrò mandatum à consilio distinguendum est: ut consilium censeatur, si indefinitè fiat, & certa persona designata non sit: contra videatur mandatum, si persona certa sit expressa. *Exempli gratiâ*: Mando tibi, ut pecuniam tuam fœnori des, est consilium: mando tibi, ut pecuniam tuam fœnori des Titio, est mandatum: proindeque obligatorium. Quanquam ea de re quædam inter veteres Jurisconsultos fuerit pugna. Proculiani namque in utroque casu consilium esse contendebant: Sabiniani verò prædicto modo distinguebant. Et Sabinianorum sententia tandem obtinuit, ex illa ratione; quia non aliter (*ut ait hic in fine Imperator*) Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset: hoc est, quia certæ personæ designatio aliquam utilitatem mandantis, qui tali personæ consultum voluerit, continet, *d. l. si remunerandi. 6. §. si tibi mandavero. 4. & l. si procuratorem. 8. § mandati. 6. ff. eod.* Quarum legum inter se dissidentium conciliationem vide apud Jacobum Cujac. *lib. 17. observat. cap. 29.* Adde Georgium Frantzkium *exercitat. jurid. 11. quæst. 6 pag. 358. & seqq.*

§. *Illud quoque.* 7.

Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuriâ faciendâ mandet tibi. Licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris: non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

SUMMARIA.

1 *Mandatum rei turpis, aut quod contra bonos mores est, nullius momenti est.*

2 De-

2 *Damnum, quod sua quis culpa sentit, non alteri imputandum: & consideratio l. 3. §. 2. ff. de in rem verso.*
3 *Mandatum rei turpis, vel jure prohibitæ non subsistit, etiamsi juramentum intervenerit.*
4 *Sententia cap. cum contingat. 28. ext. de jurejurand. & cap. 2. de pact. in 6.*
5 *Non entis nulla sunt qualitates.*
6 *Omne juramentum, divinæ ordinationi contrarium, est nullum.*
7 *Enucleatio & sensus l. 1. & auth. sacramenta puberum. C. si advers. vendit.*
8 *Contractus ipso jure nullus, impropriè contractus dicitur.*
9 *An delictum mandans pœnâ eâdem, qua mandatarius, affici debeat.*
10 *Injuriarum tenetur non tantum is, qui injuriam fecit, sed & qui illam fieri mandavit.*
11 *Mandator cædis pro homicida habetur.*
12 *Damnum dare, & delictum patrare quis intelligatur.*
13 *Nunquid statutum, homicidium puniens, etiam locum habeat in mandante.*
14 *Iura municipalia interpretationem recipiunt ex jure communi.*
15 *Mens statuentium verbis præfertur.*
16 *Delicta puniri, Reipubl. interest.*
17 *Quatenus rei flagitiosæ nullum sit mandatum.*
18 *Vtrum mandans hominem vulnerari, si eum mandatarius occiderit, ordinaria legis Cornel. de sicariis pœna teneatur.*
19 *Lex Cornelia dolum tantum recipit, non culpam.*
20 *Intellectus l. nihil interest. 15. ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

1 MAndatum, quod contra bonos mores est, non est obligatorium, *auctore hic Iustiniano.* Ut enim societas, *l. quod autem. 53. & l. nec prætermittendum. 57. ff. pro socio.* ita & mandatum rei turpis aut inhonestæ nullum est, *l. si remunerandi. 6. §. rei turpis. 3. l. si vero. 12. §. si adolescens. 11. & l. si mandavero. 22. §. qui adem. 6. ff. mandat.* Quare si furtum Titio mandante admiseris, & ab eo, cui furtum fecisti, conveniaris, sicque ad pœnam condemneris: actionem mandati contrariam adversus Titium mandatorem non habebis: cum nulla implendi mandati necessitas tibi incubuerit, reique turpis mandatum suscipere non debueris: atque ita da-
2 mnum, quod tua culpa sentis, non mandanti Titio, sed tibi sit imputandum, *c. damnum. 86. de reg. jur. in 6. l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.* Neque obstat, quod iisdem casibus actio de in rem verso est, quibus procurator habet actionem mandati, *l. 3. §. & regulariter. 2. ff. de in rem verso.* Atqui de in rem verso actio est, etiamsi quid datum sit ob rem turpem, *d. l. 3. §. nec non 6. ff. eodem.* Nam respondetur: aliud esse in homine libero, *ut hic*: ubi ob rem turpem actio mandati non est: aliud in his, qui sunt in potestate, ut *in d. l. 3. §. 6.* in servo, qui mutuatus nummos, ut domino daret abusuro ad rem turpem. Quippe liber homo alteri non cogitur sic dare: servus pro servitii jure hoc debet, ut & libertus officium facere: *de quo videatur hic Marcilius.* Et sanè 3
non solum rei naturâ turpis, sed & jure atque legibus prohibitæ mandatum non subsistit, etiamsi juramentum intervenerit, *c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. l. jurisgentium. 7. §. & generaliter. 16 ff. de pact. l. si quis inquilinos. 112. §. pen. & ult. ff. de legat. 1. l. non dubium. 5. C. de legib.*

Cui non obstat *cap. cum contingat. 28. ext. de jurejur. & c. quamvis. 2. de pactis in 6.* ubi pactum, jure 4
civili prohibitum atque illicitum, si juramento fuerit confirmatum, dicitur subsistere atque servandum esse. *Licet* enim jure canonico hoc ita sancitum sit: contrarium tamen jure civili receptum, & rationi, & æquitati magis est consentaneum, *d. l. non dubium. 5. Cod. de legib.* Nam præterquam quod omne, quod confirmatur, alicujus valoris ac momenti esse debeat: cum non entis nullæ sint qualitates, 5
argum. l. si servum. 4. §. 1. ff. de actionib. empt. l. decem. 116. ff. de verbor. obligat. & ideo quod contra leges fit, cum ipso jure nullum sit, *d. l. 5. Cod. de legibus.* juramento confirmari aut convalidari nequeat: hæc 6
etiam ratio accedit, quod omne juramentum, divinæ ordinationi repugnans, nullius sit momenti, ac bona conscientia servari non possit, *argument. d. c. quamvis. 2. in fine de pactis in 6. & d. c. cum contingat. 28. in fin. de jurejurand.* Tale autem juramentum esse, quod legibus civilibus repugnat, clarescit *ex cap. 13. ad Roman. vers. 1. 4. 5.* Hoc itaque in puncto, non juri Pontificio, sed potius civili, standum atque inhærendum est, ut quod ad jus divinum propius accedat, & conscientiæ melius consulat, *d. c. Rom. 13.*

Neque refragatur *l. 1. & auth. sacramenta puberum. Cod. si adversus venditionem.* ubi apertè con- 7
stituitur: contractum minoris juratum omnino servandum esse, nec citra perjurii crimen violari posse: cum tamen contractus ille, absque curatoris auctoritate & consensu initus, illegitimus fuerit, jureque improbatus. Etenim *d. l. 1. & auth. subjecta* loquuntur de contractu minoris valido, qui videlicet initus fuerit à minore, curatorem non habente; aut habente curatorem, qui consensum suum & auctoritatem interposuerit. His siquidem casibus contractus non est jure civili invalidus, sed omnino subsistit: quamvis per in integrũ restitutionem rescindi & infirmari queat. Ad quam in integrum restitutionem excludendam facit juramentum, hocque operatur, ut contractui aliâs licito atque legitimo minor stare cogatur; nec in integrum restitutionis beneficium implorare valeat. Quod autem *d. l. 1. & auth. subjecta* agant de contractu, ipso jure subsistente, inde patescit, quod Fridericus Imper. *in d. auth. sacramenta puberum.* expressè loquitur de *contractibus* puberum. Atqui contractus ille, qui ipso jure 8

nullus est, non nisi abusivè & impropriè contractus dicitur. Deinde loquitur Imp. *de contractibus non retractandis*. Contractus verò, qui ipso jure nulli sunt, impropriè & abusivè retractandi dicuntur. Rectè ergo concluditur, quod mandatum de re turpi & illicita, adeo nullius momenti existimetur, ut ne quidem juramēto obfirmatum vires recipiat. *Treutler. disput. 27. thes. 3. ad lit. F. volum. 1. ibique Hunnius in suâ resolut. pag. 1709.* Porrò de vario intellectu *dictæ Auth. sacramenta puberum.* inspiciatur quoque Justus Springerus *in tract. de pace religionis. cap. 3. pag. 36. & seq.*

9 Sed an delictum mandans pœna eadem, qua mandatarius, qui mandatum executus est, affici debeat, inquirendum est? Et affici debere, constat *ex l. si quis id. 7. §. ultim. ff. de jurisdict.* ubi eadem pœna albi corrupti infligitur ei, qui corrupit album, & illi, qui corrumpere mandavit, item *ex l. 1 §. 1. ff. de eo, per quem factum erit, &c.* ubi uterque & mandans & mandatarius pœna edicti ordinaria plectitur, itemque *ex §. non solum. 11. infr. de injur. & l. non solum.*
10 *11. §. si mandatu. 3 ff. d. tit.* ubi injuriarum tenetur non tantum is, qui ipse fecit injuriam: sed & ille, qui ipse quidem non fecit: fieri autem istam, dolosè procuravit, sive mandavit. nec non *ex l. nihil*
11 *interest. 15. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* ubi generaliter definitur: mandatorem cædis pro homicidâ haberi. At non haberetur pro homicida, si non eadem, qua homicida, sed diversa pœna afficeretur.
12 Quo confert manifesta ratio: quia damnum dare & delictum perpetrare is intelligitur, qui jubet dare damnum & perpetrare delictum, *l. 1. §. dejecisse. 12. ff. de vi & vi arm. c. qui facit. 72. de reg. jur. in 6. l. is damnum. 164. & ibi Decius. ff. eod. tit. Jul. Clar. lib. 5. sentent. §. homicidium. num. 12. Arumaeus exercitat. Justin. 15. thes. 8. Matth. Stephan. cent. 3. quæstion. 89. Petr. Frider. Mindan. de processib. lib. 3. de continent. caus. cap. 16. num. 13.* Idque generaliter procedere quidam autumant, etiamsi mandatarius idem sine mandato & sponte in effectum deducturus fuisset, *Gomez. in §. pœnales 12. numer. 10. infr. de actionib. Covarruv. ad Clement. si furiosus. part. 2. relect. §. 2. num. 1. vers. hac verò distinctio, &c. Clarus lib. 5. sent. §. fin. quæst. 89. n. 1 Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4. q. 4. vers. sed de eo quæritur, &c. Justus Mejer. in disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. thes. 14. num. 5.* Verum ea de re quid statuendum sit, explicimus latius *ad d. §. non solum. 11. num. 4. & seqq. infr. de injuriis.* Eadem de re nonnulla noravit novissimè Joan. Baptista Bajard, *in additionib. ad Jul. Clar. d. §. fin. quæst 89. num. 1. & seqq.* nec non D. Besold. *in delibat jur. ex lib. 17. ff. quæst. 3.*

13 Similis quæstio est: an statutum municipale, puniens homicidium, etiam locum obtineat in man-
14 dante? Et obtinere verius est: tum quia jura municipalia interpretationem ex jure communi recipiūt, *l. ut gradatim 11. §. 1. ff. de munerib. & honorib. c. cum dilectus. 8. ibique Gloss. super verb. jure communi de consuetud.* Sed jus commune non facere differentiam inter mandantem & mandatarium, liquet *ex d. l. nihil interest. 15. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de sicar. & concordantibus allegatis supra num. 11. & 12.* Tum quia 15
semper advertendum est ad mentem statuentium, quæ verbis utique præfertur, *argum. l. in conditionibus. 19. ff. de conditionib. & demonstrationib.* Atqui mens & sententia statuentium fuit, delinquentes punire: cum Reipublicæ intersit, ne delicta remaneant impunita, *l. ita vulneratus. 51. §. 2. ff. ad leg. Aquil. c. ut fama. 35. ext de sentent. excommunicat.* 16

Neque resistit, quod vulgò dicitur: rei turpis aut flagitiosæ nullum esse mandatum, nec vires aliquas habere, *l. quod sæpe. 35. §. 2. ff. de contrahend. empt. d. l. si remunerand. 6. §. rei turpis. 3. ff. mandati. & similibus adductis supra n. 1.* Si nullum rei turpis mandatum est, adeoque nulla obligatio: etiam mandator ejus nomine teneri nequit. *Namque* respondendum est: illud nequaquam ita accipiendum esse, ut mandator admissi criminis impunitatem speret, aut accusationem effugiat: sed eo pertinet, ut nullum ex isto mandato oriri possit mandati judicium. *Gomez. tom. 3. var. resolut. cap. 3. num. 39. Paul. Berens Disputat. 12. ad Institut. them. 2. quæst. 4. Joan. Vaud. lib. 2. variar. quæstion. q. 5. in fine. Clar. d. §. fin. quæst. 89. n. 2. cum seq. Richter. in tract. de contractib. disp. 12. sub lit b. pag. 361. & notavimus in §. item lex Cornelia de sicar. 5. num. 79. infr. de public. judic.* 17

Difficilior illa contentio est: utrum mandans hominem vulnerari, & protestans, prohibensque disertè, ne occidat, si eum mandatarius occiderit, ordinaria legis Corneliæ de sicariis pœna teneatur? Et (rejecta opinione illud affirmantium, *Menochii lib. 2. de arbitrar. jud. quæst. cent. 4. cas. 352. n. 2. Voltzii in Commentar. ad l. Cornel. de sicar. c. 6. numer. 28. ibique Burckhardi in append. numer. 84. & seqq. Mejers d. disput. ad lib. 17. Pandect. tit. 1. thes. 15. num. 6. aliorumque*) negantium sententia æquitati ac veritati magis congruit. Quia in proposito themate non intervenit dolus, & per consequens nec animus occidendi: cum mandans expressè prohibuerit occidere: dolus quippe ex animo pendet. Licet enim cogitare potuerit mandans, quod mors subsequi poterat: tamen animum occidendi non habuit, sed fuit in lata culpa: ideoque ordinaria mortis pœna non est puniendus: quia lex Cornelia requirit dolum tantum; culpam quantumvis latam non recipit, *l. in lege. 7. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* 18 19

Neque obstat, quod is, qui vulnerare jubet, mortis causam præbeat. Nihil autem interest, quoad pœnam legis Corneliæ ordinariam, occidat quis, an præbeat causam mortis, *d. l. nihil interest. 15. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Nam respondetur primò, *dictam l. 15.* de eo esse accipiendam, qui directè doloque malo causam mortis præbet. At qui jubet vulnerare, prohibet verò occidere, non directè causam mortis præbuit: adeò, ut potius mortem præcavere volue- 20

voluerit, dum occidere prohibuit. *Deinde* non sufficit, ut quis causam mortis præbuerit, sed requiritur etiam, ut hoc ipsum intenderit, eoque animo fuerit, ut mors sequeretur. Ast in proposito id dici non potest de eo, qui prohibuit, noluitque interfici, quem vulnerare jusserat. Committitur igitur fallacia accidentis: quoniam per accidens, præter ac contra intentionem mandantis, nec ex mandato, sed contra illud, alter est occisus. *Ita docent Romuleus in tract. de homicid. part. 2. num. 293. cum seqq. Fachineus lib. 1. controvers. jur. cap. 36. D. Riimelin. exercitat. 15. ad Instit. th. 18. ad lit. h. pag. 143. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4 quæst. 5. Berens d. disputat. 12. thes. 2. quæst. 5. aliique complures, quos citavimus in §. item lex Cornelia de sicariis. 5. infr. de publicis judic. num. 80. & seqq. ubi pleraque dissentientium argumenta abunde refutavimus.*

§. *Is, qui exequitur.* 8.

Is, qui exequitur mandatum; non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere: alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeò quidem, ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris: inutiliter te acturum. Sed diversæ Scholæ auctores rectè usque ad centum aureos te acturum existimant. Quæ sententia sanè benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris (si possit) emeretur.

SUMMARIA.

1 *Officium mandatarii seu procuratoris in quo consistat.*
2 *Mandatarius, fines mandati excedens, adversus mandantem ratione excessus actionem non habet, ne quidem negociorum gestorum.*
3 *An emptor, cui ignoranti res minoris per procuratorem vendita fuit, quod precio deest supplere, adeoque dominum, rei vindicatione agentem, repellere possit.*
4 *Sententia & intellectus l. diligenter 5. §. 4. ff. mandati.*
5 *Nullo certo precio mandatario præscripto, si is in fraudem mandantis, minoris, quam justo precio rem vendidit, dominium in emptorem translatum esse non censetur.*
6 *Dominus rem suam usucapere nequit.*
7 *Mens & consideratio l. si sciens. 26. in fine. ff. de contrah. empt.*
8 *An in meliorem partem fines mandati excedere procurator possit.*
9 *Ecquid illi, qui majorem summam, quam qua mandata fuerat, expendit, ad quantitatem permissam agere liceat.*
10 *Negocia & actus sunt individui.*
11 *Utile per inutile non vitiatur, quoties res ipsa divisionem recipit.*
12 *Minori, quam statuto, precio rem emens, adversus mandantem actionem habet.*
13 *Major summa minorem in se continet.*
14 *Mandatum ad unum negocium datum, trahitur quoque ad alia, sine quibus negocium demandatum expediri nequit.*
15 *Qui vult consequens, is etiam vult antecedens.*
16 *Cui mandatur jurisdictio, eidem simul mandatum censetur imperium mixtum.*
17 *Habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, putatur etiam habere mandatum ad precium recipiendum rei vendita, vel locata.*
18 *Sensus l. 1. §. igitur præpositio. 12. ff. de exercitor. act.*
19 *Sensus l. sed si tantum. 13. in pr. ff. de pact. & l. hoc jure. 86. ff. de solutionib.*
20 *Sensus c. Nicolao. 46. ext. de appellationib.*
21 *Procurator sive mandatarius non dolum tantum & culpam latam, sed etiam levem & levissimam præstare tenetur.*
22 *Omne qui dicit, nihil excludit.*
23 *Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.*
24 *Nihil magis congruit bonæ fidei, quam pacta servari.*
25 *In dubio per culpam, cujus simpliciter facta est mentio, levis intelligitur.*
26 *Consideratio l. si procuratorem. 8. §. ultim. ff. mandati.*
27 *Quicquid de genere prædicatur, id de singulis ejus generis speciebus enunciari dicitur.*
28 *Præstare bonam fidem quid sit veteribus.*
29 *In contractibus, qui ad utilitatem suscipientis non spectant, dolus duntaxat & lata culpa præstatur: levis & levissima culpa non item.*
30 *Nemini suum officium damnosum esse debet.*
31 *Consideratio l. si fidejussor. 29. §. 3. ff. mandati.*
32 *Tutor de dolo, culpa lata & levi tantum tenetur.*
33 *Inter tutelam & mandatum differentia.*
34 *Mens & sententia l. in re mandata. 21. C. mandati.*

1 Officium mandatarii seu procuratoris in eo consistit: ut mandatum semel susceptum diligenter & bona fide impleat, *l. si mandavero.* 22. *§. ultim. l. si fundum.* 35. *in fin. & l. creditor.* 60. *§. ult. ibi, sed quatenus res ex fide, &c. ff. mandati.* ejusque formam præscriptam, & fines accuratè custodiat, *hoc §. nostro l. cum mandati.* 12. *Codic. eodem.* Namque si fines excesserit, non id, quod mandatum est, sed aliud facere videtur, *l. diligenter.* 5. *in princip. & l. rogatus.* 33. *circa finem. ff. d. tit. Cujac. lib.* 12. *observation. c.* 34. *Gell lib.* 1. *noctium Attic. c.* 13. *Andr. Gerb. decad.* 15. *q.* 10. *Alth. lib.* 1. *dicaol. c.* 38. *n.* 2. *t. p.* 295 Ideoque mandatarius non modò nullum mandatori damnum aut

2 præjudicium infert: sed & adversus mandantem ratione excessus actionem non habet, ne quidem negociorum gestorum, *l.* 3. *§. ult. cum l. seq. l. ita ut omnes.* 36. *§.* 2. *ff. mandati. & d. l. eum mandati.* 12. *Cod. eodem. Bachovius hic num.* 1. *pag.* 826. *Menoch. de arbitrar. jud. quæst. lib.* 2. *cent.* 4. *cas.* 351. *numer.* 3. *Döring. in bibliotheca Iurisconsultorum. tom.* 1. *in verb. actio mandati. num.* 31. *fol.* 383. Exempli gratia: Mandavit tibi aliquis, ut rem suam certo precio venderes: tu verò minoris vendidisti, & venditione facta rem venditam emptori tradidisti. Hoc casu dominium in præjudicium ipsius mandantis, in emptorem non transtulisti, *d. l. cum mandati.* 12. *C. mandati. l. si precium.* 19. *Cod. de procuratorib.* Igitur, non obstante traditione, rem suam vindicare mandator poterit: nec ei vindicanti exceptio rei venditæ & traditæ nocebit: cum non ex voluntate ipsius vendita sit: ac propterea perinde habeatur, ac si vendita non esset, *l.* 1. *§. Celsus.* 3. *ff. de except. rei vendita.*

3 Quod licet adeo verum esse quidam existiment: ut emptor, cui etiam ignoranti res minoris per procuratorem vendita fuit, nec quod precio deest supplere, nec supplendo mandatorem seu dominum, rei vindicatione agentem, repellere possit: eorum tamen sententia perspicuè refellitur à Paulo *in d. l. diligenter.* 5. *§. servo quoque.* 4. *ff. mandati.* ubi ostendit, rei vindicationem non competere domino, si is per emptorem, cui res minoris vendita est, indemnis conservetur. At quando emptor offert, quod deest precio, per mandatorem præscripto mandatario, indemnis mandator conservatur.

4 Nec quis contra objecerit: Paulum eo de casu loqui, quo mandatarius precium supplere, & indemnem mandatorem servare voluit: nihil autem tractare de emptore: & consequenter ex ista lege minus rectè inferri; quod emptor precium supplendo, mandantem rei vindicatione agentem summovere possit. *Nam respondetur:* illam legem de emptore, qui mandatorem indemnem servare voluit, nō verò de mandatario, necessariò accipiendam esse, Etenim in illa specie, de qua Paulus loquitur, servus domini sui mandatarius sive procurator extitit: qui domino suo indemnitatem præstare nequit: utpote cum antea, quicquid servi est, ad dominum pertineat, *§. item vobis acquiritur.* 3. *supra, per quas pers. cuique acquir.* Quin & eo casu, quo nullum certum precium 5 mandatario præscriptum, sed generaliter ei mandatum fuit, ut rem venderet; & mandatarius in fraudem mandantis, minoris, quam justo precio vendidit, dominium in emptorem translatum esse neutiquam censetur, *argum. d. l. creditor.* 60. *§. ultim. ff. mandati.* ubi in mandato, quantumvis generali, dolus semper excipitur. Idemque magis confirmatur *ex l. qui fundum.* 7. *§. procurator.* 4. *ff. pro emptore.* ubi emptor, cui res minoris vendita fuit per procuratorem, cui precium certum non fuit definitum, rem usucapit: ac proinde per traditionem rei venditæ dominus non est factus: cum dominus rem suam usucapere non possit, *argum. §. sic itaque.* 14. *infr. de action.* 6

Non obstat *l. si sciens* 26. *in fin. ff. de contrah. empt.* 7 ubi debitor, qui in fraudem suorum creditorum rem vendidit minoris, dominium transfert. *Nam* diversus omnino à nostro in ea lege habetur casus. Ibi siquidem dominus rem propriam in fraudem creditorum suorum vendidit: quæ fraude nil remorante, dominium transfert. Hic verò rem non propriam vendidit procurator, sed alienam: in qua minorem, quam verus dominus, potestatem habet. Quamobrem non est mirum, si propter mandatarii vel procuratoris fraudem, quam domino parare voluit, dominium non transferatur. *Ea de re consulatur Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restitut. disp.* 1. *quæst.* 2. *part.* 6. *num.* 13. *& seq.*

Regulam porrò illam, quæ præcipit; *fines mandati diligenter custodiendos esse*, sive, *mandatarium fines mandati excedere non debere*; ita strictè quidam 8 interpretati sunt, ut ne in meliorem quidem partem fines excedendos esse putarent. Sed tamen benignius est, & humanius; ut dicamus: meliorem interdum mandantis causam fieri posse, deteriorem nunquam, *l. præterea.* 3. *in princip. ff. mandati.* Adhæc ex eadem regula inter Sabinianos & Proculianos nata est olim controversia in eo: si cui mandatum fuerat, ut certo precio, puta centum aureis, quid emeret: ille vero mandati fines egressus pluris emerit. Sabiniani namque mandatorem ex hoc mandato prorsus non teneri; Proculiani contra saltem in id eum teneri, quo usque illi mandarat, arbitrabantur. Et hæc sententia Proculianorum, tanquam benignior, tandem prævaluit, *d. l.* 3. *§. ult. & l. sed Proculus.* 4. *ff. mandati.* Sabinianorum hæc erat ratio: quoniam qui fines mandati excedit, aliud quid, quam ipsi mandatum est, gerere videtur, *d. l. diligenter.* 5. *in princip. & d. l rogatus.* 33. *ff. eod.* Negocia enim & actus individui sunt, *l.* 2. *§.* 1. *ff. de verb. obligat.* Atque hæc stricta est, sive mera ratio juris. 10 Sed æquitas, seu benevola & benigna ratio, quam Proculiani sunt amplexi, hæc est: tum quia negari non potest, quin qui centum aureis fundum emi mandavit, qui emitur centum viginti, id saltem voluisse videatur; ut sua causa & periculo centum in emptione collocentur, *argum. hujus §. & d. l.* 4. *ff. man-*

11 mandati. Tum quia utile per inutile vitiari non debet, quoties res ipsa divisionem recipit, c. utile. 37. de reg. jur. in 6. l. sancimus. 34. Cod. de donationib. l. 1. §. sed si mihi. 5. ff. de verb. obligat. & similib. Breviter ergo ea in re sic distinguendum erit: Aut mandatarius rem mandatam emit certo precio, à mandatore definito: aut pluris: aut minoris. Si statuto & definito precio emit: dubium non est ullum, quin id à mandatore actione mandati sit repetiturus. Si emit pluris: repetere poterit usque ad concurrentem quantitatem à mandatore præfinitam, ut modò di-
12 ctum. Sin verò minoris emit, quam mandatum est: dubium quoque non habet, quin id sit consecuturus. Et ratio est: quia ex tacita voluntate, quæ dicto præferenda est, qui mandavit, ut sibi fundus pluris emeretur, is utiq; mandasse intelligitur, ut & minoris si fieri possit, emeretur, ut hic in fine Iustinianus
13 ait: cum major summa minorem in se contineat: & natura ita comparatum sit, ut suæ utilitati quisque inserviat, d. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligationib. l. cum de indebito. 25. ff. de probationib. Petrus Francisc. Linglois decis. 1. quæst. 4. Knipschildt exercitat. Acad. 10. quæst. 18. pag. 368. Eadem de re videantur Donellus lib. 13. Comment. de jur. civ. c. 12. ibique Hillig. in suis notatis. & D. Bocer. hic n. 7. & seqq. p. 169.

Quanquam autem fines ac termini mandati stri-
14 ctissimè custodiri debeant, hoc §. nostro. d. l. diligenter. 5. in princ. ff. mandati. d. l. cum mandatu. 12. Cod. eod. cum similibus: non tamen dubium est ullum, quin mandatum ad unum negocium datum, trahatur etiam ad alia, sine quibus negocium demandatum expediri nequit. Cui enim unum aliquod conceditur, eidem quoque cætera omnia concessa
15 intelliguntur, sine quibus prius illud expediri non potest, argum. l. 2. ff. de jurisdict. & qui vult consequens, is etiam vult antecedens; sine quo consequens istud esse haud potest, argum. l. ad rem mobilem. 56. & ibi Dd. ff. de procuratorib. l. illud. 7. & ibidem Bartol. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Hinc etsi imperium mixtum à jurisdictione est diversissi-
16 mum: quia tamen Jurisdictio sine imperio mixto explicari & exerceri nequit: ideircò cui mandatur jurisdictio, eidem quoque mandatum censetur imperium mixtum, teste Paulo in l. fin. ff.
17 de officio ejus, cui mand. est jurisdictio. Hincque habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, putatur etiam habere mandatum ad precium recipiendum rei venditæ, vel locatæ: cum precii solutio & acceptio sit consequens venditionis & locationis, argum. l. quod servus. 35. vers. sed & si quis dominicam, &c. ff. de solutionib. Bartol. in l. filia. 59. ff. solut. matrimon. Decius consil. 330. num. 3. Benvenut. Stracchа in tract. de mercat. tit. de mandato. n. 23. ibique referens Fachin. lib. 2. controv. jur. cap. 93. Phil. Har[illegible] disp. 17. ad Inst. centr. 13. Treutl. disp. 27. th. 6. ad lit. [illegible] in fine. vel t. ibiq; Huun. in sua resol. ad finē.

Huic decisioni non obstat l. 1. §. igitur præpositio.
18 12. ff. de exercitor. act. (quo textu præcipuè contrarium probari contendit Ludovicus Roman. singul. 23. & consil. 461.) ubi Ulpianus ait: præpositum à magistro navis ad locandam navem, non posse exigere vecturas. Nam Jurisconsultus disertè loquitur de præposito ad locandum tantum, non ad exigendum: ut patet ex verbis legis; ibi, vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, &c.

Non item resistit l. sed si tantum. 13. in princip. ff. 19
de pactis & l. hoc jure utimur. 86. ff. de solutionib. quibus in locis dicitur, procuratorem sive mandatarium pecuniam debitam exigere non posse. Leges etenim istæ apertè agunt de procuratore, ad lites dato, cui rectè solvi non potest: quia judicati actionem non habet. Unde Paulus in d. l. 86. addit, absurdum esse, cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam solvi posse. Si tamen (inquit) ad hoc datus sit, ut & solvi possit: solvendo eo, liberabitur: hoc est, si procurator ad litigandum constitutus, expressum mandatum ad solutionem recipiendam habuerit: ei solvi à reo convento bene poterit.

Minimè quoque ad rhombum facit textus in c. 20
Nicolao. 64. ext. de appellationib. ubi procurator, ad impetrandum judicem constitutus, litem instituere non potest: cum tamen illud sit præparatorium litis, ut vulgo loquuntur. Textus namque ille loquitur de rebus & negociis planè diversis ac separatis, nec se invicem consequentibus, aut connexis. Aliud est enim, judicem impetrare: aliud verò, litem instituere: quamvis impetratio judicis vim aperiat ad litis institutionem. Ast in proposito casu negocia sunt connexa, & se invicem contingentia atque consequentia. Nam venditio fit certo precio convento: similiter & locatio. Itaque si mandavero tibi, ut rem meam vendas: illud etiam mandare videor, ut de precio convenias, idque meo nomine accipias. Fachin. d. quæst. 39. in fine.

Porrò ex isthac regula, de modo & fine mandati 21
diligenter servando, illud quoque, quod hic est prætermissum, cognosci poterit; quid nimirum in mandati judicium veniat. Et sanè non dolum tantum, & latam culpam, ut existimant Duarenus ad tit. ff. mandati. cap. 2. Mynsinger. in §. mandatum non suscipere. 11. num. 5. infr. hoc tit. Schickhard. disputat. 15. ad Institut. thes. 4. sub resolut. quæst. 1. Mejer. in disp. ad lib. 17. Pandectar. titul. 1. thes. 23. numer. 2. & in Commentat. de culpa in contractib. præstanda. th. 152. cum aliquot seqq. Rittershusius hic circa finem. Locamer. quæstionum juridicar. fasc. 40. quæst. 3. Giphan. lib. 3. disput. 30 in corollar. & inibi Olemannus in suis not. numer. 25. & seq. sed etiam levem & levissimam, id est, summam & exactissimam diligentiam in mandato præstandam esse, indicat perspicuè l. à procuratore. 13. Cod. mandati. ubi Impp. Diocletian. & Maxim. rescribunt: à procuratore dolum & omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse: Quod si igitur omnem culpam procurator seu mandatarius præstare cogitur: sequitur utique, quod non solum latam, sed & levem levissimamque

culpam præstare teneatur. Omne enim qui dicit,
22 nihil excludit, *argum. l. omnia. 7. ff. de rebus credit. si cert. pet. c. soluta. 6. circa finem. ibi, nihil excipiens, &c. de majoritate & obedient. can. si Romanorum.* 1. §. *dicendo verò omnia. Distinct.* 19. Deinde eo ipso, quod Impp. solum casum fortuitum, à mandatorio non præstandum, excipiunt; satis apertè culpam levissimam includere videntur: cum unius exclusio sive
23 exceptio sit alterius inclusio: & exceptio regulam confirmet in casibus non exceptis, *argum. l. hu verbu.* 120. *ff. de legat.* 3. *l. quæsit.* 12. §. *denique Neratius.* 43. *ibique Bartol. ff. de instruct. & instrum. legat. l.* 1 *& ibidem Decius n.* 21. *ff. de reg. juru.* Accedit textus *in l. in re mandata.* 21. *Codic. mandati*, ubi Constantinus Imper. ait: aliena negocia exacto officio geri debere, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum, culpa vacuum esse. Si itaque nihil in administratione negociorum, à mandatario neglectum, culpa vacuum est: certè nec id: quod levissima culpa neglectum, aut declinatum est, culpa vacuum erit. Idque præterea evidenti ratione confirmatur. Ideo enim procurator, sive mandatarius omnem culpam, adeoque levissimam quoque in re mandata præstare debet: quia mandatum recipiendo intelligitur polliceri ac profiteri de industria sua, quæ rei gerendæ conveniat, *arg. l. idem juru.* 8. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* Res siquidem, quam procurator gerendam suscipit, non geritur sine industria ac diligentia isti rei convenienti. Hoc igitur cum dixerit mandatarius, &
24 promiserit, omnino præstare debet. Nihil enim magis congruit bonæ fidei, quam quod inter contrahentes convenit, dictumve est, præstari, *l.* 1. *ff. de pact. l. ex empto.* 11. §. 1. *ff. de actionib. empt. l. si quid venditor.* 18. *in fine principii ff. de ædilit. edict.* Denique hanc comprobãt sententiam *Glossat. antiqui, Ioan. & Bulgar. Accurs. Cynus, Baldus, & Angel. de Perus. in d. l. à procuratore.* 13. *Cod. mandat. Constant. Harmenopul. lib. 6. Epitom. tit.* 2. *Petrus Fab. in l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. bosque citans ibi Dn. Collega Bocer. cap.* 4. *num.* 43. *edit.* 2. *& in hoc §. num.* 17. *pag.* 470. *M. Ant. Delrio ibidem cap.* 7. *Mozzius in tract. de mandato. col.* 4. *de naturalib. mandati. num.* 26. *Arumæus exercitat. Iustin.* 15. *thes.* 10. *Eman. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. M. numer.* 36. *Treutler. disputat.* 27. *thes.* 7. *lit. c. volum.* 1. *Schegk. in delibat jur. disput.* 19. *thes. ultim. Cujac. lib.* 2. *differ. Modest. ad l.* 23. *ff. depos. Timæus Faber. disput. anniversf. ad Inst.* 14. *th.* 18. *Hun. lib.* 3. *var. resol. jur. civ. tr.* 7. *part.* 4. *quæst.* 3. *Paul. Berens disput.* 12. *ad Instit. them* 2. *quæst.* 2. *Denell. lib.* 13. *Comment de jur. civ. cap.* 11. *ibidq; Hilliger. in suis notat. ad lit. D. & E. Richter in tract. de contract. disp.* 12. *th.* 3. *sub lit f. p.* 375. *Ioan. Matiencus in repetit. l. contractus.* 24. *ff. de reg. jur. num.* 144. *& seqq. Dn. Collega Besold. in delibatis jur. ex lib.* 17. *ff. quæst* 1. *ubi & alios citat.*

25 Cui non obstat *l. si procuratorem.* 8. §. *proinde.* 10. *l. idemque.* 10. §. 1. *l. inter causas.* 26. §. *sed cum servus.* 7. *ff. mandati. l. etiamsi.* 4. *C. eod.* ubi dicitur, procuratorem mandati agere posse, si nihil culpa ipsius factum est; sicque in legibus istis absolutè & simpliciter fit culpæ mentio. Atqui tralatitium est, tunc levem culpam intelligi, *argum. d. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur.* §. *præterea & is.* 3. *supr. quib. mod. re contrah. oblig. l videamus.* 4 §. *fin. & l. in actionib.* 5. §. *sed in bu omnibus.* 3. *ff. de in lit. jurand.* Nam in dubio duntaxat, & nisi aliud subjecta materia suadeat, per culpã, cujus simpliciter facta est mentio, intelligimus culpam levem Ast aliud postulare mandatum, adeoque mandatarium de levissima etiam culpa teneri, ex legibus *supra num.* 21. *& seqq.* adductis constat.

Sic quoque nihil stringit *d. l. si procuratorem.* 8. §. *ultim. ff. mandati* Ubi is, cui mandavi, ut hominem emeret, dicitur mihi teneri, si emere neglexerit, vel 26
dolo pecunia corruptus, vel lata culpa, si fortè gratia ductus passus est alium emere. Ex quo colligitur: si nec dolus, nec lata culpa intervenerit, mandatarium non teneri. Nihil, *inquam*, lex ista stringit, Siquidẽ non solum in ea affirmatur: procuratorem teneri, si quid dolo & lata culpa fecerit: sed etiam statim adjicitur, si procurator servum sive rem ex mandato receptam non restituit, eum non teneri, si ejus dol⁹ vel culpa non interveniat. Unde intellectu facile est: eũ teneri, si vel dolus intervenerit, vel *culpa*: quo verbo culpam etiam levem intelligi oportet, ubi dolo opponitur. Quinimò verbum *culpa* generale est, sub se levissimam quoque culpam comprehenderis. Quic- 27
quid autem de genere prædicatur, id de singulis ejus generis speciebus enunciari dicitur, *argum. l.* 1. *c. quod autem.* 3. *ff. de aleatorib. l. fin. in pr. C. de usur. rei judicat.*

Similiter non obsistit *d. l. idemque.* 10. *in princip. ff. mandat.* ubi disertè scribitur, nihil amplius, quam bonam fidem, præstare eum oportere, qui procurat. 28
Arqui præstare bonam fidem veteribus est, aut præstare, quod dictum promissumque fuerit, *d. l.* 1. *ff de pact.* aut extra conventionem facere pro captu & diligentia sua, quantum quis possit, & soleat: ultra autem non teneri, quamvis alius diligentior & intelligentior melius rem gesturus fuisset, *l. quod Nerva.* 32. *ff depositi.* Non, *inquam*, ille textus obsistit: quia eo maximè confirmatur: procuratorem in re mandata omnem culpam præstare debere, & non dolum tantum. Quandoquidem jam supra dictum est: quod is, qui rem gerendam suscipit, intelligatur verbo *gerendi* spondere & fidem dare, se adhibiturum industriam & diligentiam rei gerendæ convenientem. Nihil siquidem, *ut antè num* 24. *monitum*, magis bonæ fidei convenit, quam præstare ea in contractibus bonæ fidei, quæ quis dixerit, *d l. ex empto.* 11. §. 1. *ff. de actionib. empt. d. l. si quid venditor.* 18. *circa princip. ff. de ædilit. edict.*

Non item adversatur regula juris certissima: quæ tradit, in contractibus, qui ad utilitatem suscipientis non spectant, dolum tantum & latam culpam 29
præ-

præstari, levem & levissimam culpam non item, ut in deposito, *l. si ut certo. §. §. 2. ff. commodati. d. l. quod Nerva. 32. ff. deposit.* Ast in hoc mandati contractu nulla utilitas mandatarii suscipientis mandatum versatur. Quare dicendum videtur, mandatarium doli tantum, non etiam culpæ levis aut levissimæ nomine obligatum esse. Non adversatur, *inquam.* Quamvis enim nulla hic utilitas mandatarii versetur: nihilominus tamen is negligentiæ & culpæ nomine tenetur: quoniam is, qui negocium alienus gerendum suscipit, diligentiam & industriam suam profiteri ac promittere censetur: cum in negocio gerendo industria & diligentia, rei gerendæ conveniente, opus sit. At vero in deposito diversa est ratio. In eo quippe nulla industria aut diligenti opera opus est: sed sufficit, si depositarius depositum recondat atque custodiat.

30 Præterea non refragatur, quod nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxit, non sui commodi causa susceperit, damnosum esse debeat, *l. si servus. 61. §. quod verò. 5. ff. de furt. l. sed si quis. 7. ff. testam. quemad. aperiant.* Sed in nostro casu mandatarius solius mandantis gratia, & non proprii commodi causa, officium in se recepit. Ergo hoc ei damnosum esse non debet. *Respondetur* enim: cum mandatarius levissimæ culpæ nomine convenitur, non ipsi officium, sed negligentiam suam & culpam damnosam esse. Nam si rectè, & prout pollicitus erat, suo officio perfunctus esset: non posset ullius culpæ, aut damni, in re mandata dati, nomine conveniri. Quia verò damnum culpa & negligentia ejus datum est: æquissimum putatur, hoc non domino, sed ipsi mandatario nocere, *arg. l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.*

31 Insuper non resistit *l. si fidejussor. 29. §. hoc idem tract. 3. ff. mand.* ubi dicitur, fidejussorem, eundemq; mandatarium, qui postquam solvit creditori, non id significavit reo principali sive debitori, si debitor postea solvat, detrimentum istud sustinere debere: quia hoc factum sit dolo proximum. *Etenim* ex eo non rectè colligitur: si quid culpa levi vel levissima à mandatario peccatum sit, id ab eo non esse præstandum. Est enim ibi argumentum à majori: quasi dictum esset; non mirum, si hic fidejussoris damnum esse asserimus. Nam etsi culpa ab eo hic peccatum esset: teneretur tamen. Quanto igitur magis tenebitur ob hoc factum, quod est dolo proximum. *Donell. d. lib. 13. Commentar. cap. 11. pag. 171. ad finem.*

32 Adhæc nihil obest, quod cum tutor de dolo, culpa lata & levi tantum teneatur, *l. à tutoribus. 33. in princip. ff. de administrat. & pericul. tutor. l. 1. in princip. ff. de tutela, & rationib. distrahend. l. quicquid. 7. Cod. arbitrium tutel.* de eadem culpa tantum mandatarius teneri debeat. *Namque* evidens inter tu-
33 telam & mandatum ratio differentiæ est. Hoc quippe est liberum: illa vero voluntaria non est: cum tutor tutelæ munus suscipere cogatur, *§. sed ex his. 3. supr. de Attiliano tutore. l. 1. in princ. & l. ita autem. 5. §. 1. in fin. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis. 9. ff. de munerib. & honorib. l. præses. 3. Cod. de suspectu tutorib.*

Posttremò nihil nostræ decerpit sententiæ *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* ubi expressum est, quod aliena negocia exacto officio sint gerenda. A quo autem exacta diligentia requiritur, is de levi solum culpa tenetur. Cæterum qui ad exactissimam diligentiam obstrictus est, is de levissima culpa conveniri potest. *Etenim respondetur:* in *allegata l. 21.* positivum *exacto*, pro superlativo *exactissimo* esse positum: id quod ex sequentibus satis manifestum evadit, dum subjicit Constantinus Imper. *nil quicquam* in negociorum administratione neglectûm aut declinatum culpa vacuum esse: itanimitum, ut si neglectum aut declinatum quippiam fuerit, quomodocunque etiam illud fiat, hoc præstandum sit. Id autem fit culpa non minus levissima, quam levi: ut ita textus iste *d. l. 21.* magis confirmet, quam infringat conclusionem nostram. *Hunn. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4. quæst. 3. in fine.* 34

§. *Rectè quoque. 9. & §. item si. 10.*

Rectè quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.

§. 10. Item si adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit: solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est: si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum: posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum adferret. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari: quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.

SUMMARIA.

1 *Mandatum extinguitur revocatione mandatoris: ejusque duplex ratio.*
2 *Iuri suo renunciare cuilibet permittitur.*
3 *Revocatio ista ut valeat, re adhuc integra fieri debet.*
4 *Mutare consilium cum alterius detrimento non licet.*
5 *Intellectus l. fundi venditor. 33. ff. de acquir. vel amitt. possess.*
6 *Mandatum solvitur morte mandantis & mandatarii, re adhuc integra.*

7 Vt in

bona non publicantur : sed ipse ea retinet, *l. 1. & l. relegatus.* 18. *ff. de interdict. & relegat.* nisi expressè ac specialiter, salva civitate, bona universa, vel pars aliqua bonorum per sententiam ei adimatur, *l. relegati.* 4. *l. relegatus est.* 14. §. 1. *ff. eod. l. deportatorum.* 8. *Cod. de pœnis. l. chirographis.* 57. §. 1. *ff. de administrat. & peric. tutor. cum similib.* Verum si salva civitate bona sunt publicata : tunc non opus est utili actione : neque justa causa est, cur non actioni directæ locus relinquatur. Cum autem *in d. l. si mandavero.* 22. §. 5. utilis mandati actio sit necessaria contra mandatarium, si non præstet fidem : ea non de relegato, sed de deportato accipienda erit. Quod si omnino evinceretur: relegatum, cui omnia bona specialiter adempta sunt, non habere nisi utilem actionem, ut ita *d. l.* 22. §. 5. de eo quoque intelligi posset : non tamen ideo deportatus excludendus esset. Verba enim *dicti* §. 5. ita se haberent, ut utriq; convenire queant.

Nec obstat, quod deportatus omnia amittat, quæ
59 juris civilis sunt, *d. l. sunt quidam.* 17. §. 1. *ff. de pœ-*
60 *nis.* Actiones autem sint jure civili introductæ, *l. 2.*
§. deinde ex his. 6. *ff. de orig. jur.* Nam actiones quoad conceptionem & formam esse juris civilis, quoad originem verò juris gentium, latius probavimus *ad princip. tit. infr. de actionib. numer.* 15. *& seqq.* *Idque post alios, eleganter demonstrat. Dn. Collega Besoldus in Commentar. ad l. 5. num. 7. ff. de justit. & jure.* Atque hinc meritò deportato non directæ, sed utiles actiones conceduntur, *d. l.* 22. §. 5. *ff. mandati.* & utilibus quoque actionibus convenitur, *d. l. relegatus est.* 14. §. *ultim. ff. de interdict. & relegat.*

Neque refragatur, quòd deportato permissum
61 non sit, ut servum manumittat, *l. 2. ff. eod. tit.* tametsi manumissio sit juris gentium, *l. manumissiones.* 4. *ff de justit. & jur. initio. tit. supr. de libertinis.* Etenim deportatus eatenus non amittit ea, quæ sunt juris gentium, quatenus fisco damnum & fraudem non infert : quod in manumissione contingeret, *l. deportatus.* 15. *ff. de interdict. & relegat.*

Nihil quoque resistit, quod appellatione bono-
62 rum actiones continentur, *l. bonorum.* 49. *in fine. ff. de verbor. significat.* ac proinde confiscatis sive publicatis bonis, & actiones confiscatæ atque publicatæ censentur. *Hoc* siquidem argumentum procedit in actionibus, ante publicationem quæsitis, non verò in actionibus, post deportationem quærendis & quæsitis, de quibus loquitur Paulus *in d. l. si mandavero.* 22. §. *is, cujus.* 5. *ff. mandati.*

Cui minimè contradicit Imper. Alexander *in l. 2.*
63 *C. de bonis proscript.* ex qua colligi posse videtur, quod deportatus non solum omnia bona, quæ tempore deportationis habuit, amittat : sed etiam universa illa, quæ postea quandoque acquisierit, fisco acquirat. *Bona* enim, quæ post condemnationem acquisivit deportatus, non publicantur, aut fiscum sequuntur, quamdiu deportatus vivit : ideoque illorum nomine utilem actionem habet, *d. l.* 22. §. 5. *ff. mandati.* sed eo mortuo, devolvuntur ad fiscum : adeò, ut deportatus heredem habere nequeat : unde *in d. l. 2.* dicitur : *sed & hæ publicabuntur.* Quod tamen hodie fallit, si superstites sint liberi aut parentes ipsius deportati : quibus personis Justinianus bona relicta tribuit. *Novell.* 134. *cap. ultim.* §. *ut autem, &c.* Atque ita sentiunt *Costalius ad d. l. 22. ff. mandati, ibique Duaren. cap. 2. Pacius cent. 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 87. & seq. Roberus disputat. 17. thes. 12. Arumaeus exercitat. Instin. 15. thes. 7. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 17. cap. 4. lit. G. §. arceri item, &c. Mejer. in disputat. ad lib. 17. Pand. tit. 1. thes. 10. numer. 11. Bachovius in not. ad Treutler. d. disput. 27. vol. 1. & noviter* Knipschildt *d. exercit. Acad. 10. q. 12. p. 363. nec non Richter d. disp. 12. thes. 1. sub lit. b. p. 950.*

Mandatum suscipere possunt similiter non solum 64
patresfamilias, sed & filiifamilias, *l. si verò.* 12. §. *si filiosfamilias.* 5. *cum §. seq. & l. penult. ff. mand. l. mandasti.* 46. *ff. de negociis gest.* Et meritò sane : quia filiifamilias etiam procuratores ad lites constitui absque consensu patris possunt, *l. filiusfamilias.* 8. *in fine principii. ff. de procuratorib. c. qui generaliter.* 5. §. 1. *eod. in 6.* Hujusque ratio est evidens : tum quia filiusfamilias etsi patriæ potestati est subjectus : liber tamen homo est, & civis Romanus: nec ulla prohibitio, de filiosfamilias procuratore non constituendo, in jure reperitur. Tum quia officium procura-
toris judicialis publicum est & civile, *l. 2. ff. de reg.* 65
jur. At filiusfamilias in publicis & civilibus causis 66
pro patrefamilias habetur, *l. filiusfamil. 9. ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. l. ille, à quo.* 13 §. *ult. junct. l. seq. ff. ad senatusc. Treb.* Hinc quæstio satis dubia exorta est:
si pater negocium, quod filiosfamilias à Titio demã- 67
datum erat, executus fuerit : quænam actio detur ; mandati, an negociorum gestorum ? Et rectè Africanus JC. *in d. l. mandasti* 46. *ff. de negot. gest.* inspiciendum putat, qua mente pater mandatum, quod filio Titius dederat, expleverit. Nam si in gratiam Titii mandantis, ejusque contemplatione mandatum pater explevit : tum inter mandantem Titium & mandatarii patrem est ultrò citroque actio negociorum gestorum, perinde atque si nullum mandatum intercessisset : quia etsi intervenerit mandatum : non tamen inter patrem & Titium mandantem, sed inter mandantem & filium intervenit : ac proinde inter hos mandati actio erit. Quod si pater in gratiam filii explevit mandatum, liberandæ ejus fidei causa : inter patrem & filium nulla actio esse potest, propter vinculum patriæ potestatis: inter patrem & Titium mandantem nulla etiam actio est ex ipsorum persona : sed est ex persona filii, ultro citroque actio mandati, Titio directa de peculio, patri contraria in solidum : eademque est inter Titium & filium in solidum.

Cui non repugnat *l. si filiusfamilias.* 7. *ff. de tutel.* 68
ubi Ulpianus ait, patrem etiam teneri in solidum, si agnoverit tutelam demandatam filio, id est, si gesserit, vel gerenti consenserit, *Scitè* enim Jacobus Cuja-

Cujacius *in d. l. 46. ff. de negot. gest. tract. 7. ad African.* eumque laudans Hunnius *in resolut. ad d. disput. 27. Treutleri thes. 2. lit. B. pag.* 1706. respondent: duos esse casus distinctos atque diversos; si gesserit pater, & si filio gerenti consenserit. Quod ad priorem attinet: in casu *dicta l.* 46. pater gessit filii gratiâ, non verò mandantis: & ideo mandanti suo nomine obligari non potuit: sed filii tantum nomine de peculio. At in casu *dicta l. 7. ff. de tutel.* pater gessit pupilli gratia; & ideo is pupillo tenetur in solidum, non quidem tutelæ, sed negociorum gestorum. Quod ad posteriorem attinet casum: in specie *dicta l. 46. ff. de negoc. gest.* nihil gessit filius: sed in specie *dicta l. 7. ff. de tutel.* filius gessit tutelam, patre agnoscente tutelam,
69 id est, agnoscente periculum tutelæ. Nec enim aliud est, agnoscere tutelam, quam agnoscere periculum tutelæ. quare pater suo nomine tenetur, quasi jussor, vel quasi fidejussor. Patre autem non agnoscēte periculum tenetur de peculio dūtaxat, *l. Luc. 21. ff. de admin. & peric. tut.* Consensus igitur, id est, scientia, patientia, taciturnitas patris, non obligat patrē in solidum, *d. l. Lucius.* imò nec cohortatio vel admonitio sola benè gerendæ tutelæ, *d. l. si filiusfamilias. 7. in fine. ff. de tutelis.* sed consensus expressus quasi periculi receptio est, & obligat pattem in solidum, *d. l. si filius. 7. ff. eod. & d. l. Lucius. 21. in fin. ff. de administr. & peric. tutor.* Cæterum secundum distinctionem *dicta l. mandasti. 46. ff. de negoc. gest.* accipienda est *d. l. si vero 12. §. si filiofamilias. 5. & seq. ff. mandati.* Mandasti filiofam. meo, ut creditori tuo solveret: ego solvi. Lex ait, te mihi teneri mandati actione: hoc ita, si contemplatione filii solvi Nam si tui gratia solvi: teneris actione negociorum gestorum. Quid verò, si post mancipationem filii solvi? Et ait eadem lex, esse negociorum gestorum actionem, in filium scilicet, si contemplatione ejus solvi: in te, si tui contemplatione. *Ita nervosè docet Cujacius loco praallegato.*

70 Mandatum præterea suscipere possunt tam fœminæ, quam mares, *l. ait prætor. 3. §. 1. ff. de negoc. gest. l. sed etsi. 7. §. 1. ff. de instit. act.* Nec sanè uspiam fœminæ mandatum suscipere prohibentur, modo sit tale, quod personæ ipsarum conveniat, hoc est, non contineat virile aliquod officium, quo mulieres removentur, *l. 2. ff. de reg. jur. l. 1. & 2. ff. ad SC. Vellejanum.*
71 Sed & minoribus 25. annis negocia possunt mandari, *§. justa. 5. in fin. supr. quib. ex caus. manumitt. non licet. l. eum mandatu. 23. ff. de minorib.* adeò quidem sur, si quis minori mandaverit, ut sua negocia gereret: ex ejus persona in integrum restitui nequeat, *d. l. 23. in fin.* nisi fortassis minor sua sponte negocio illius intervenerit: ne majori hac ratione damnum accidat, *l. quod si minor. 24. in princip. ff. de minorib.* Planè ex præcedentium numero non est servus: nec is quidem, qui bona fide nobis servit: quia non libera voluntate rem sibi mandatam exequitur, sed quasi ex necessitate servili, *l. & qui natura. 19. §. 2. ff. de negoc. gest.* Quod si tamen verus servus ex hujusmodi mandato suscepto fortè solvisset: actio mandati adversus mandantem datur, non quidem servo, sed domino ejus, *d. l. si vero. 12. §. 3. ff. mandati.*

§. Tua tantum gratiâ. 6.

Tua tantum gratia intervenit mandatum: veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum, magis consilium, quam mandatum est; & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur: cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat, consilium. Itaque si ociosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes: quamvis non expediat, eam tibi emisse, vel credidisse: non tamen tibi mandati tenetur. Et adeò hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerates: sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

SUMMARIA.

1 *Mandatum solius mandatarii causa factum, magis consilium est, quam mandatum, ac proinde non obligatorium.*
2 *Nemo consilium sequi cogitur.*
3 *Consilium in quo differat à mandato.*
4 *Consiliarii quatenus conveniri possint.*
5 *Declaratio l. si remunerandi. 6. §. 5. ff. mandati.*
6 *Conciliatur d. l. 6. §. 5. ff. eod. cum l. 3. §. ultim. ff. de negoc. gestis.*
7 *Mandatum quomodo à consilio sit distinguendum.*

Mandatum solius mandatarii causa factum, est supervacuum: imò hujusmodi mandatum magis consilium, quam mandatum; putandum est: ac 1
propterea nulla obligatio, nec mandati actio inter mandatarium & mandantem nascitur, *per principium hujus tit. & hunc §. nostrum. l. 2. in princ. & §. tua autem. 6. & l. si remunerandi. 6. §. planè. 5. ff. mandati. l. consilii. 47. ff. de reg. jur. c. nullus. 62. eodem tit. in 6.* Exempli gratia: Mandavit tibi quisquam, ut pecunias tuas ociosas vel steriles in emptiones prædiorum potius colloces, quam fœneres: vel è contrario, mandavit tibi, ut pecunias istas

istas tuas fœneres potius , sive sub usuris credas,
quam in emptiones prædiorum colloces. Ex hoc
mandato nulla tibi adversus mandantem datur a-
ctio. Nam consilium potius tibi dedisse, quam man-
dasse intelligitur. Si itaque tu damnum ex tali man-
dato es passus : tibi hoc , non verò mandatori impu-
2 tare debes. Neque enim tenebaris mandatum illud,
quod tua tantum gratia factum erat, exequi, per tri-
tam illam regulam, qua dicitur, neminem cogi con-
silium sequi, quod ab aliquo petiit , *cap. cum olim. 7. ubi pulchra Gloss. & communiter Canonistæ ext. de arbitru.* Multum igitur differt à mandato consilium.
Etenim qui consilium dat , non suam , sed alterius
3 utilitatem spectat : ut contra, qui consilium accipit,
suum negocium gerit. Qui verò suscipit manda-
tum : non gerit suum, sed alienum negocium. Sic
qui consilium accipit , & probat : idem improbare
potest. At qui semel suscipit mandatum , id non re-
pudiare potest amplius, sed perficere tenetur, *§. mandatum. 11. infr. hoc tit.* Quamobrem neque obligari,
4 neque conveniri Consiliarii possunt ; nisi ex consilio
fraudulento , actione de dolo, *l. idemque. 10. §. si quis ea. 7 ff. mandati. d. l. consilii. 47. ff. de reg. jur. d. c. nullus. 62. ibique Peckius num. 9. eod. in 6. Hackelman. illustr. quæstion. disput. 9. thes. 17. lit. C.* Sanè si
ego tibi aliquid tua gratiâ mandavero; hocque man-
datum , sive potius consilium tanti apud te fuerit
ponderis, ut alias non fuisses facturus , nisi mandas-
sem : hoc casu mandati actio tibi mecum erit , *per textum clarissimum in d. l. si remunerandi. 6. §. planè. 5. ff. mandati.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit:
Planè si tibi mandavero , quod tua intererat : nulla erit mandati actio : nisi mea quoque interfuit : aut si non esses facturus , nisi ego mandassem , & si mea non interfuit, tamen erit mandati actio. Qui profectò textus
citra cavillationem & divinationem manifestam ,
neutiquam eo de casu accipi poterit (ut opinantur
Donellus *lib. 13. Comment. de jur. civ. cap. 10. pag. 167.* Hunnius *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. parte 4. q. 2. vers. idem planè respondendum , &c.* Knip-
schildt exercitat. Acad. 10. quæst. 16. pag. 366. aliique
nonnulli) quo non simpliciter mandatarii solius
causa, sed & alterius gratia mandatum intercessit.
Siquidem *in §. 4. proximè præcedente* hæc species,
mando tibi, ut Titio credas, tractatur: ideo non du-
bium est ullum, quin *in d. §. 5.* de alia specie, qua ni-
mirum mandatarii solius causa mandatum est con-
tractum, agatur. Quod maximè procedit , & ve-
rum est, si certò appareat, ac de eo testatus sis, quòd
si ego non mandassem , tu nunquam facturus esses.
Verbi gratiâ : constituisti emere fundum. Ego dis-
5 suasi emptionem, mandans, ut fœneres potius. Tu
aperte profiteris , non nisi mandato meo permotum
te fœnerare. Si res malè cessit , ego mandati teneor.
d. l. si remunerandi. 6. §. planè. 5. ubi Gloss. ff. mandati.
Atque ita tradunt *Salicet. & Bartol. in d. l. 2. §. tua autem. ff. eodem ibique Wesenbec. in Paratitl. num. 7. Mozzius in tract. de mandato, cap. 2. de divis. mandati, circa finem. Dynus in d. c. nullus. 63. n. 2. & 3. de reg. jur. in 6. Decius in d. l. consilii. 47. ff. de reg. jur. num. 4. ibique Hippolytus à Collib. nec non Philipp. Matthæus num. 3. & Sturtius num. 25. Menoch. lib. 2. cent. 4. de arbitr. jud. quæst. cas. 351. Mynsinger. hic num. 4. Bachovius num. 1. pag 813. Hœnon. disput. 17. ad Instit. controvers. 9. & Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 10. ad lit. I.*

Neque dictæ *l. 6. §. planè. 5. ff. mand.* refragatur 6
l. ait prætor. 3. §. ultim. ff. de negoc. gest. ubi mandati
actio datur etiam ei, qui sua sponte facere proposue-
rat. *Nam* in utraque lege diversa species est. Etenim
in d. l. §. ultim. ff. eod. non gratia mandatarii dunta-
xat, sed gratia tantum aliena fuit mandatum: hoc u-
tique casu rectè ab Ulpiano respondetur, mandati a-
ctionem competere: etiamsi sine mandato aliena ne-
gocia mandatarius gesturus fuisset. Secus autem est,
si mandatarii tantum gratia mandatum est interpo-
situm. Tunc enim mandati actio non conceditur
mandatario, si is sua sponte idem facturus fuisset, *ar-*
gum. d. l. si remunerandi. 6. §. 5. ff. mandati. Sic por- 7
rò mandatum à consilio distinguendum est : ut con-
silium censeatur , si indefinitè fiat , & certa persona
designata non sit: contra videatur mandatum, si per-
sona certa sit expressa. *Exempli gratiâ* : Mando tibi,
ut pecuniam tuam fœnori des, est consilium : man-
do tibi , ut pecuniam tuam fœnori des Titio, est man-
datum: proindeque obligatorium. Quanquam ea de
re quædam inter veteres Jurisconsultos fuerit pu-
gna. Proculiani namque in utroque casu consilium
esse contendebant : Sabiniani verò prædicto modo
distinguebant. Et Sabinianorum sententia tandem
obtinuit, ex illa ratione ; quia non aliter (*ut ait hic in fine Imperator*) Titio credidisses , quam si tibi man-
datum esset : hoc est , quia certæ personæ designatio
aliquam utilitatem mandantis, qui tali personæ con-
sultum voluerit, continet, *d. l. si remunerandi. 6. §. si tibi mandavero. 4. & l. si procuratorem. 8. § mandati. 6. ff. eod.* Quarum legum inter se dissidentium
conciliationem vide apud Jacobum Cujac. *lib. 17. observat. cap. 29.* Adde Georgium Frantzkium *exercitat. jurid. 11. quæst. 6 pag. 358. & seqq.*

§. *Illud quoque.* 7.

Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto , aut de damno faciendo, aut de injuriâ faciendâ mandet tibi. Licet enim pœnam istius facti nominè præstiteris: non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

S U M M A R I A.

1 *Mandatum rei turpis, aut quod contra bonos mores est, nullius momenti est.*

2 *Da-*

2 *Damnum, quod sua quis culpa sentit, non alteri imputandum: & consideratio l. 3. §. 2. ff. de in rem verso.*
3 *Mandatum rei turpis, vel jure prohibitæ non subsistit, etiamsi juramentum intervenerit.*
4 *Sententia cap. cum contingat. 28. ext. de jurejurand. & cap. 2. de pact. in 6.*
5 *Non entis nullæ sunt qualitates.*
6 *Omne juramentum, divinæ ordinationi contrarium, est nullum.*
7 *Enucleatio & sensus l. 1. & auth. sacramenta puberum. C. si advers. vendit.*
8 *Contractus ipso jure nullus, impropriè contractus dicitur.*
9 *An delictum mandans pœnâ eâdem, qua mandatarius, affici debeat.*
10 *Injuriarum tenetur non tantum is, qui injuriam fecit, sed & qui illam fieri mandavit.*
11 *Mandator cædis pro homicida habetur.*
12 *Damnum dare, & delictum patrare quis intelligatur.*
13 *Nunquid statutum, homicidium puniens, etiam locum habeat in mandante.*
14 *Iura municipalia interpretationem recipiunt ex jure communi.*
15 *Mens statuentium verbis præfertur.*
16 *Delicta puniri, Reipubl. interest.*
17 *Quatenus rei flagitiosæ nullum sit mandatum.*
18 *Vtrum mandans hominem vulnerari, si eum mandatarius occiderit, ordinaria legis Cornel. de sicariis pœna teneatur.*
19 *Lex Cornelia dolum tantum recipit, non culpam.*
20 *Intellectus l. nihil interest. 15. ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

1 MAndatum, quod contra bonos mores est, non est obligatorium, *auctore hic Iustiniano.* Ut enim societas, *l. quod autem. 53. & l. nec prætermittendum. 57. ff. pro socio.* ita & mandatum rei turpis aut inhonestæ nullum est, *l. si remunerandi. 6. §. rei turpis. 3. l. si vero. 12. §. si adolescens. 11. & l. si mandavero. 22. §. qui adem. 6. ff. mandat.* Quare si furtum Titio mandante admiseris, & ab eo, cui furtum fecisti, conveniaris, sicque ad pœnam condemneris: actionem mandati contrariam adversus Titium mandatorem non habebis: cum nulla implendi mandati necessitas tibi incubuerit, reique turpis mandatum suscipere non debueris: atque ita da-
2 mnum, quod tua culpa sentis, non mandanti Titio, sed tibi sit imputandum, *c. damnum. 86. de reg. jur. in 6. l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.* Neque obstat, quod iisdem casibus actio de in rem verso est, quibus procurator habet actionem mandati, *l. 3. §. & regulariter. 2. ff. de in rem verso.* Atqui de in rem verso actio est, etiamsi quid datum sit ob rem turpem, *d. l. 3. §. nec non 6. ff. eodem.* Nam respondetur: aliud esse in homine libero, *ut hic*: ubi ob rem turpem actio mandati non est: aliud in his, qui sunt in potestate, ut *in d. l. 3. §. 6.* in servo, qui mutuatus nummos, ut domino daret abusuro ad rem turpem. Quippe liber homo alteri non cogitur sic dare: servus pro servitii jure hoc debet, ut & libertus officium facere: *de quo videatur hic Marcilius.* Et sane 3
non solum rei naturâ turpis, sed & jure atque legibus prohibitæ mandatum non subsistit, etiamsi juramentum intervenerit, *c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. l. juris gentium. 7. §. & generaliter. 16 ff. de pact. l. si quis inquilinos. 112. §. pen. & ult. ff. de legat. 1. l. non dubium. 5. C. de legib.*

Cui non obstat *cap. cum contingat. 28. ext. de jurejur & c. quamvis. 2. de pactis in 6.* ubi pactum, jure 4
civili prohibitum atque illicitum, si juramento fuerit confirmatum, dicitur subsistere atque servandum esse. *Licet* enim jure canonico hoc ita sancitum sit: contrarium tamen jure civili receptum, & rationi, & æquitati magis est consentaneum, *d. l. non dubium. 5. Cod. de legib.* Nam præterquam quod omne, quod confirmatur, alicujus valoris ac momenti esse debeat: cum non entis nullæ sint qualitates, 5
argum. l. si servum. 4. §. 1. ff. de actionib. empt. l. decem. 116. ff. de verbor. obligat. & ideo quod contra leges fit, cum ipso jure nullum sit, *d. l. 5. Cod. de legibus.* juramento confirmari aut convalidari nequeat: hæc 6
etiam ratio accedit, quod omne juramentum, divinæ ordinationi repugnans, nullius sit momenti, ac bona conscientia servari non possit, *argument. d. c. quamvis. 2. in fine de pactis in 6. & d. c. cum contingat. 28. in fin. de jurejurand.* Tale autem juramentum esse, quod legibus civilibus repugnat, clarescit *ex cap. 13. ad Roman. vers. 1. 2. 4. 5.* Hoc itaque in puncto, non juri Pontificio, sed potius civili, standum atque inhærendum est, ut quod ad jus divinum proprius accedat, & conscientiæ melius consulat, *d. c. Rom. 13.*

Neque refragatur *l. 1. & auth. sacramenta puberum. Cod. si adversus venditionem.* ubi apertè con- 7
stituitur: contractum minoris juratum omnino servandum esse, nec citra perjurii crimen violari posse: cum tamen contractus ille, absque curatoris auctoritate & consensu initus, illegitimus fuerit, jureque improbatus. Etenim *d. l. 1. & auth. subjecta* loquuntur de contractu minoris valido, qui videlicet initus fuerit à minore, curatorem non habente; aut habente curatorem, qui consensum suum & auctoritatem interposuerit. His siquidem casibus contractus non est jure civili invalidus, sed omnino subsistit: quamvis per in integrũ restitutionem rescindi & infirmari queat. Ad quam in integrum restitutionem excludendam facit juramentum, hocque operatur, ut contractui aliâs licito atque legitimo minor stare cogatur; nec in integrum restitutionis beneficium implorare valeat. Quod autem *d. l. 1. & auth. subjecta* agant de contractu, ipso jure subsistente, inde patescit, quod Fridericus Imper. *in d. auth. sacramenta puberum.* expressè loquitur de *contractibus* puberum. Atqui contractus ille, qui ipso jure 8
nullus

nullus est, non nisi abusivè & impropriè contractus dicitur. Deinde loquitur Imp. *de contractibus non retractandis.* Contractus verò, qui ipso jure nulli sunt, impropriè & abusivè retractandi dicuntur. Rectè ergo concluditur, quod mandatum de re turpi & illicita, adeo nullius momenti existimetur, ut ne quidem juramēto obfirmatum vires recipiat. *Treutler. disput. 27. thes. 3. ad lit. F. volum. 1. ibique Hunnius in suâ resolut. pag. 1709.* Porrò de vario intellectu *dictæ Auth. sacramenta puberum.* inspiciatur quoque Justus Springerus *in tract. de pace religionis. cap. 3. pag. 36. & seq.*

Sed an delictum mandans pœna eadem, qua man-
9 datarius, qui mandatum executus est, affici debeat,
inquirendum est? Et affici debere, constat *ex l. si quis*
id. 7. §. ultim. ff. de jurisdict. ubi eadem pœna albi
corrupti infligitur ei, qui corrupit album, & illi,
qui corrumpere mandavit, item *ex l. 1 §. 1. ff. de eo,*
per quem factum erit, &c. ubi uterque & mandans &
mandatarius pœna edicti ordinaria plectitur, item-
que *ex §. non solum. 11. infr. de injur. & l. non solum.*
10 *11. §. si mandatu. 3 ff. d. tit.* ubi injuriarum tene-
tur non tantum is, qui ipse fecit injuriam: sed & il-
le, qui ipse quidem non fecit: fieri autem istam, do-
losè procuravit, sive mandavit. nec non *ex l. nihil*
11 *interest. 15. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* ubi gene-
raliter definitur: mandatorem cædis pro homicidâ
haberi. At non haberetur pro homicida, si non ea-
dem, qua homicida, sed diversa pœna afficeretur.
12 Quo confert manifesta ratio: quia damnum dare &
delictum perpetrare is intelligitur, qui jubet dare
damnum & perpetrare delictum, *l. 1. §. dejecisse. 12. ff. de vi & vi arm. c. qui facit. 72. de reg. jur. in 6. l. is damnum. 164. & ibi Decius. ff. eod. tit. Iul. Clar. lib. 5. sentent. §. homicidium. num. 12. Arumæus exercitat. Justin. 15. thes. 8. Matth. Stephan. cent. 3. quæstion. 89. Petr. Frider. Mindan. de processib. lib. 3. de continent. caus. cap. 16. num. 13.* Idque generaliter procedere quidam autumant, etiamsi mandatarius idem sine mandato & sponte in effectum deducturus fuisset, *Gomez. in §. pœnales 12. numer. 10. infr. de actionib. Covarruv. ad Clement. si furiosus. part. 2. relect. §. 2. num. 1. vers. hac verò distinctio, &c. Clarus lib. 5. sent. §. fin. quæst. 89. n. 1 Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4. q. 4. vers. sed de eo quæritur, &c. Iustus Mejer. in disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. thes. 14. num. 5.* Verum ea de re quid statuendum sit, explicuimus latius *ad d. §. non solum. 11. num. 4. & seqq. infr. de injuriis.* Eadem de re nonnulla notavit novissimè Joan. Baptista Bajard, *in additionib. ad Iul. Clar. d. §. fin. quæst 89. num. 1. & seqq.* nec non D. Besold. *in delibat. jur. ex lib. 17. ff. quæst. 3.*

13 Similis quæstio est: an statutum municipale, pu-
niens homicidium, etiam locum obtineat in man-
14 dante? Et obtinere verius est: tum quia jura muni-
cipalia interpretationem ex jure communi recipiūt,
l. ut gradatim 11. §. 1. ff. de munerib. & honorib. c. cum
dilectus. 8. ibique Gloss. super verb. jure communi de
consuetud. Sed jus commune non facere differen-
tiam inter mandantem & mandatarium, liquet *ex d.*
l. nihil interest. 15. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de sicar. & con-
cordantibus allegatis supra num. 11. & 12. Tum quia 15
semper advertendum est ad mentem statuentium,
quæ verbis utique præfertur, *argum. l. in conditioni-*
bus. 19. ff. de conditionib. & demonstrationib. Atqui
mens & sententia statuentium fuit, delinquentes
punire: cum Reipublicæ intersit, ne delicta rema- 16
neant impunita, *l. ita vulneratus. 51. §. 2. ff. ad leg. Aquil. c. ut fama. 35. ext de sentent. excommunicat.*

Neque resistit, quod vulgò dicitur: rei turpis aut 17
flagitiosæ nullum esse mandatum, nec vires aliquas habere, *l. quod sæpe. 35. §. 2. ff. de contrahend. empt. d. l. si remunerand. 6. §. rei turpis. 3. ff. mandati. & similibus adductis supra n. 1.* Si nullum rei turpis mandatum est, adeoque nulla obligatio: etiam mandator ejus nomine teneri nequit. *Namque* respondendum est: illud nequaquam ita accipiendum esse, ut mandator admissi criminis impunitatem speret, aut accusationem effugiat: sed eo pertinet, ut nullum ex isto mandato oriri possit mandati judicium. *Gomez. tom. 3. var. resolut. cap. 3. num. 39. Paul. Berens Disputat. 12. ad Institut. thes. 2. quæst. 4. Ioan. Vaud. lib. 2. variar. quæstion. q. 5. in fine. Clar. d. §. fin. quæst. 89. n. 2. cum seq. Richter. in tract. de contractib. disp. 12. sub lit. b. pag. 361. & notavimus in §. item lex Cornelia de sicar. 5. num. 79. infr. de public. judic.*

Difficilior illa contentio est: utrum mandans ho- 18
minem vulnerari, & protestans, prohibensque diserte, ne occidat, si eum mandatarius occiderit, ordinaria legis Corneliæ de sicariis pœna teneatur? Et (rejecta opinione illud affirmantium, *Menochii lib. 2. de arbitrar. jud. quæst. cent. 4. cas. 352. n. 2. Voltzii in Commentar. ad l. Cornel. de sicar. c. 6. numer. 28. ibique Burckhardi in append. numer. 84. & seqq. Mejeri d. disput. ad lib. 17. Pandect. tit. 1. thes. 15. num. 6. aliorumque*) negantium sententia æquitati ac veritati magis congruit. Quia in proposito themate non intervenit dolus, & per consequens nec animus occidendi: cum mandans expressè prohibuerit occidere: dolus quippe ex animo pendet. Licet enim cogitare potuerit mandans, quod mors subsequi poterat: tamen animum occidendi non habuit, sed
fuit in lata culpa: ideoque ordinaria mortis pœna
non est puniendus: quia lex Cornelia requirit do- 19
lum tantum; culpam quantumvis latam non recipit, *l. in lege. 7. ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

Neque obstat, quod is, qui vulnerare jubet, mor- 20
tis causam præbeat. Nihil autem intersit, quoad pœnam legis Corneliæ ordinariam, occidat quis, an præbeat causam mortis, *d. l. nihil interest. 15. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Nam respondetur primò, *dictam l. 15.* de eo esse accipiendam, qui directè doloque malo causam mortis præbet. At qui jubet vulnerare, prohibet verò occidere, non directè causam mortis præbuit: adeò, ut potius mortem præcavere volue-

voluerit, dum occidere prohibuit. *Deinde* non sufficit, ut quis causam mortis præbuerit, sed requiritur etiam, ut hoc ipsum intenderit, eoque animo fuerit, ut mors sequeretur. Ast in proposito id dici non potest de eo, qui prohibuit, noluitque interfici, quem vulnerare jusserat. Committitur igitur fallacia accidentis: quoniam per accidens, præter ac contra intentionem mandantis, nec ex mandato, sed contra illud, alter est occisus. *Ita docent Romuleus in tract. de homicid. part. 2. num. 293. cum seqq. Fachineus lib. 1. controvers. jur. cap. 36. D. Rümelin. exercitat. 15. ad Instit. th. 18. ad lit. h. pag. 143. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4 quæst. 5. Berens d. disputat. 12. them. 2. quæst. 5. aliique complures, quos citavimus in §. item lex Cornelia de sicariis. 5. infr. de publicis judic. num. 80. & seqq. ubi pleraque dissentientium argumenta abunde refutavimus.*

§. *Is, qui exequitur.* 8.

Is, qui exequitur mandatum; non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere: alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeò quidem, ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris: inutiliter te acturum. Sed diversæ Scholæ auctores rectè usque ad centum aureos te acturum existimant. Quæ sententia sanè benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris (si possit) emeretur.

S u m m a r i a.

1 *Officium mandatarii seu procuratoris in quo consistat.*
2 *Mandatarius, fines mandati excedens, adversus mandantem ratione excessus actionem non habet, ne quidem negociorum gestorum.*
3 *An emptor, cui ignoranti res minoris per procuratorem vendita fuit, quod precio deest supplere, adeoque dominum, rei vendicatione agentem, repellere possit.*
4 *Sententia & intellectus l. diligenter 5. §. 4. ff. mandati.*
5 *Nullo certo precio mandatario præscripto, si is in fraudem mandantis, minoris, quam justo precio rem vendidit, dominium in emptorem translatum esse non censetur.*
6 *Dominus rem suam usucapere nequit.*
7 *Mens & consideratio l. si sciens. 26. in fine ff. de contrah. empt.*
8 *An in meliorem partem fines mandati excedere procurator possit.*
9 *Ecquid illi, qui majorem summam, quam quæ mandata fuerat, expendit, ad quantitatem permissam agere liceat.*
10 *Negocia & actus sunt individui.*
11 *Utile per inutile non vitiatur, quoties res ipsa divisionem recipit.*
12 *Minori, quam statuto, precio rem emens, adversus mandantem actionem habet.*
13 *Major summa minorem in se continet.*
14 *Mandatum ad unum negocium datum, trahitur quoque ad alia, sine quibus negocium demandatum expediri nequit.*
15 *Qui vult consequens, is etiam vult antecedens.*
16 *Cui mandatur jurisdictio, eidem simul mandatum censetur imperium mixtum.*
17 *Habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, putatur etiam habere mandatum ad precium recipiendum rei venditæ, vel locatæ.*
18 *Sensus l. 1. §. igitur præpositio. 12. ff. de exercitor. act.*
19 *Sensus l. sed si tantum. 13. in pr. ff. de pact. & l. hoc jure. 86. ff. de solutionib.*
20 *Sensus c. Nicolao. 46. ext. de appellationib.*
21 *Procurator sive mandatarius non dolum tantum & culpam latam, sed etiam levem & levissimam præstare tenetur.*
22 *Omne qui dicit, nihil excludit.*
23 *Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.*
24 *Nihil magis congruit bonæ fidei, quam pacta servari.*
25 *In dubio per culpam, cujus simpliciter facta est mentio, levis intelligitur.*
26 *Consideratio l. si procuratorem. 8. §. ultim. ff. mandati.*
27 *Quicquid de genere prædicatur, id de singulis ejus generis speciebus enunciari dicitur.*
28 *Præstare bonam fidem quid sit veteribus.*
29 *In contractibus, qui ad utilitatem suscipientis non spectant, dolus duntaxat & lata culpa præstatur: levis & levissima culpa non item.*
30 *Nemini suum officium damnosum esse debet.*
31 *Consideratio l. si fidejussor. 29. §. 3. ff. mandati.*
32 *Tutor de dolo, culpa lata & levi tantum tenetur.*
33 *Inter tutelam & mandatum differentia.*
34 *Mens & sententia l. in re mandata. 21. C. mandati.*

1 Officium mandatarii seu procuratoris in eo consistit: ut mandatum semel susceptum diligenter & bona fide impleat, l. si mandavero. 22. §. ultim. l. si fundum. 35. in fin. & l. creditor. 60. §. ult. ibi, sed quatenus res ex fide, &c. ff. mandati. ejusque formam præscriptam, & fines accuratè custodiat, hoc §. nostro l. cum mandati. 12. Codic. eodem. Namque si fines excesserit, non id, quod mandatum est, sed aliud facere videtur, l. diligenter. 5. in princip. & l. rogatus. 33. circa finem. ff. d. tit. Cujac. lib. 12. observation. c. 34. Gell lib. 1. noctium Attic. c. 13. Andr. Gerh. decad. 15. q. 10. Alth. lib. 1. dicaol. c. 38. n. 21. p. 295 Ideoque manda-
2 tarius non modò nullum mandatori damnum aut præjudicium infert: sed & adversus mandantem ratione excessus actionem non habet, ne quidem negociorum gestorum, l. 3. § ult. cum l. seq. l. ita ut omnes. 36. §. 2. ff. mandati. & d. l. cum mandati. 12. Cod. eodem. Bachovius hic num. 1. pag. 816. Menoch. de arbitrar. jud. quæst. lib. 2. cent. 4. cas. 352. numer. 3. Döring. in bibliotheca Iurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio mandati. num. 31. fol. 383. Exempli gratia: Mandavit tibi aliquis, ut rem suam certo precio venderes: tu verò minoris vendidisti, & venditione facta rem venditam emptori tradidisti. Hoc casu dominium in præjudicium ipsius mandantis, in emptorem non transtulisti, d. l. cum mandati. 12. C. mandati. l. si precium. 19. Cod. de procuratorib. Igitur, non obstante traditione, rem suam vindicare mandator poterit: nec ei vindicanti exceptio rei venditæ & traditæ nocebit: cum non ex voluntate ipsius vendita sit: ac propterea perinde habeatur, ac si vendita non esset, l. 1. §. Celsus. 3. ff. de except. rei vendita.

Quod licet adeo verum esse quidam existiment: ut
3 emptor, cui etiam ignoranti res minoris per procuratorem vendita fuit, nec quod precio deest supplere, nec supplendo mandatorem seu dominum, rei vindicatione agentem, repellere possit: eorum tamen sententia perspicuè refellitur à Paulo in d. l. diligenter. 5. §. servo quoque. 4. ff. mandati. ubi ostendit, rei vindicationem non competere domino, si is per emptorem, cui res minoris vendita est, indemnis conservetur. At quando emptor offert, quod deest precio, per mandatorem præscripto mandatario, indemnis mandator conservatur.

Nec quis contra objecerit: Paulum eo de casu lo-
4 qui, quo mandatarius precium supplere, & indemnem mandatorem servare voluit: nihil autem tractare de emptore: & consequenter ex ista lege minus rectè inferri; quod emptor precium supplendo, mandantem rei vindicatione agentem summovere possit. Nam respondetur: illam legem de emptore, qui mandatorem indemnem servare voluit, nō verò de mandatario, necessariò accipiendam esse, Etenim in illa specie de qua Paulus loquitur, servus domini sui mandatarius sive procurator extitit; qui domino suo indemnitatem præstare nequit: utpote cum antea, quicquid servi est, ad dominum pertineat, §. item nobis acquiritur. 3. supra, per quas pers. cuique ac-
quir. Quin & eo casu, quo nullum certum precium 5
mandatario præscriptum, sed generaliter ei mandatum fuit, ut rem venderet; & mandatarius in fraudem mandantis, minoris, quam justo precio vendidit, dominium in emptorem translatum esse nentiquam censetur, argum. d. l. creditor. 60. §. ultim. ff. mandati. ubi in mandato, quantumvis generali, dolus semper excipitur. Idemque magis confirmatur ex l. qui fundum. 7. §. procurator. 4. ff. pro emptore. ubi emptor, cui res minoris vendita fuit per procuratorem, cui precium certum non fuit definitum, rem usucapit: ac proinde per traditionem rei venditæ do- 6
minus non est factus: cum dominus rem suam usucapere non possit, argum. §. sic itaque. 14. infr. de action.

Non obstat l. si sciens. 26. in fin. ff. de contrah. empt. ubi debitor, qui in fraudem suorum creditorum rem 7
vendidit minoris, dominium transfert. Nam diversus omnino à nostro in ea lege habetur casus. Ibi siquidem dominus rem propriam in fraudem creditorum suorum vendidit: qua fraude nil remorante, dominium transfert. Hic verò rem non propriam vendidit procurator, sed alienam: in qua minorem, quam verus dominus, potestatem habet. Quamobrem non est mirum, si propter mandatarii vel procuratoris fraudem, quam domino parare voluit, dominium non transferatur. Ea de re consulatur Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restitut. disp. 1. quæst. 2. part. 6. num. 13. & seq.

Regulam porrò illam, quæ præcipit; fines mandati diligenter custodiendos esse, sive, mandatarium fi- 8
nes mandati excedere non debere; ita strictè quidam interpretati sunt, ut ne in meliorem quidem partem fines excedendos esse putarent. Sed tamen benignius est, & humanius; ut dicamus: meliorem interdum mandantis causam fieri posse, deteriorem nunquam, l. præterea. 3. in princip. ff. mandati. Adhæc ex eadem regula inter Sabinianos & Procula- 9
nos nata est olim controversia in eo: si cui mandatum fuerat, ut certo precio, puta centum aureis, quid emeret: ille vero mandati fines egressus pluris emerit. Sabiniani namque mandatorem ex hoc mandato prorsus non teneri; Proculiani contra saltem in id eum teneri, quo usque illi mandarat, arbitrabantur. Et hæc sententia Proculianorum, tanquam benignior, tandem prævaluit, d. l. 3. §. ult. & l. sed Proculus. 4. ff. mandati: Sabinianorum hæc erat ratio: quoniam qui fines mandati excedit, aliud quid, quam ipsi mandatum est, gerere videtur, d. l. diligenter. 5. in princip. & d. l rogatus. 33. ff. eod. Nego- 10
cia enim & actus individui sunt, l. 2. §. 1. ff. de verb. obligat. Atque hæc stricta est, sive mera ratio juris. Sed æquitas, seu benevola & benigna ratio, quam Proculiani sunt amplexi, hæc est: tum quia negari non potest, quin qui centum aureis fundum emi mandavit, qui emitur centum viginti, id saltem voluisse videatur; ut sua causa & periculo centum in emptione colloccatur, argum. hujus §. & d. l. 4. ff. man-

mandati. Tum quia utile per inutile vitiari non de-
11 bet, quoties res ipsa divisionem recipit, *c. utile. 37.*
de reg. jur. in 6. l. sancimus. 34. Cod. de donationib. l. 1.
§. sed si mihi. 5. ff. de verb. obligat. & similib. Breviter
ergo ea in re sic distinguendum erit: Aut mandata-
rius rem mandatam emit certo precio, à mandatore
definito: aut pluris: aut minoris. Si statuto & de-
finito precio emit: dubium non est ullum, quin id
à mandatore actione mandati sit repetiturus. Si e-
mit pluris: repetere poterit usque ad concurrentem
quantitatem à mandatore præfinitam, *ut modò di-*
12 *ctum.* Sin verò minoris emit, quam mandatum est:
dubium quoque non habet, quin id sit consecutu-
rus. Et ratio est: quia ex tacita voluntate, quæ di-
cto præferenda est, qui mandavit, ut sibi fundus plu-
ris emeretur, is utiq; mandasse intelligitur, ut & mi-
noris si fieri possit, emeretur, *ut hic in fine Justinianus*
13 *ait:* cum major summa minorem in se contineat: &
natura ita comparatum sit, ut suæ utilitati quisque
inserviat, *d. l. 1. §. si stipulantė. 4. ff. de verb. obliga-*
tionib. l. cum de indebito. 25. ff. de probationib. Petrus
Francisc. Linglois *decis. 1. quæst. 4.* Knipschildt *exerci-*
tat. Acad. 10. quæst. 18. pag. 368. Eadem de re videan-
tur Donellus lib. 13. Comment. de jur. civ. c. 12. ibique
Hillig. in suis notatis. & D. Bocer. hic n. 7. & seqq. p. 169.
Quanquam autem fines ac termini mandati stri-
14 ctissimè custodiri debeant, *hoc §. nostro. d. l. diligen-*
ter. 5. in princ. ff mandati. d. l. cum mandatu. 12. Cod.
eod. cum similibus: non tamen dubium est ullum,
quin mandatum ad unum negocium datum, traha-
tur etiam ad alia, sine quibus negocium demanda-
tum expediri nequit. Cui enim unum aliquod
conceditur, eidem quoque cætera omnia concessa
15 intelliguntur, sine quibus prius illud expediri non
potest, *argum. l. 2. ff. de jurisdict.* & qui vult conse-
quens, is etiam vult antecedens; sine quo conse-
quens istud esse haud potest, *argum. l. ad rem mobi-*
lem. 56. & ibi Dd. ff. de procuratorib. l. illud. 7. & i-
bidem Bartol. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Hinc
16 etsi imperium mixtum à jurisdictione est diversissi-
mum: quia tamen Jurisdictio sine imperio mixto
explicari & exerceri nequit: idcircò cui manda-
tur jurisdictio, eidem quoque mandatum cen-
setur imperium mixtum, *teste Paulo in l. fin. ff.*
17 *de officio ejus, cui mand. est jurisdictio.* Hincque
habens mandatum ad vendendum, vel locandum
rem alterius, putatur etiam habere mandatum ad
precium recipiendum rei venditæ, vel locatæ: cum
precii solutio & acceptio sit consequens venditionis
& locationis, *argum. l. quod servus. 35. vers. sed & si*
quis dominicam, &c. ff de solutionib. Bartol. in l. filia.
59. ff. solut. matrimon. Decius consil. 330. num. 3. Bon-
venut. Straccha in tract. de mercat. tit. de mandato.
n. 23. ibique referens Fachin. lib. 2. controv. jur. cap. 93.
Phil. Harp. disp. 17. ad Inst. contr. 13. Trentl. disp. 27. th.
6. ad lit. ff. in fine. vol. 1. ibiq; Hunn. in sua resol. ad finē.
Huic decisioni non obstat *l. 1. §. igitur præpositio.*
18 *12. ff. de exercitor. act.* (quo textu præcipuè contra-
rium probari contendit Ludovicus Roman. *singul.*
23. & consil. 461.) ubi Ulpianus ait: præpositum à
magistro navis ad locandam navem, non posse exi-
gere vecturas. *Nam* Jurisconsultus disertè loqui-
tur de præposito ad locandum *tantum*, non ad exi-
gendum: ut patet ex verbis legis; ibi, *vel si ad locan-*
dum tantum, non ad exigendam, &c.
Non item resistit *l. sed si tantum. 13. in princip. ff.* 19
de pactu & l. hoc jure utimur. 86. ff. de solutionib. qui-
bus in locis dicitur, procuratorem sive mandatarium
pecuniam debitam exigere non posse. *Leges* etenim
istæ apertè agunt de procuratore, ad lites dato, cui
rectè solvi non potest: quia judicati actionem non
habet. Unde Paulus *in d. l. 86.* addit, absurdum es-
se, cui judicati actio non datur, ei ante rem judica-
tam solvi posse. Si tamen *(inquit)* ad hoc datus sit,
ut & solvi possit: solvendo eo, liberabitur: hoc est,
si procurator ad litigandum constitutus, expressum
mandatum ad solutionem recipiendam habuerit: ei
solvi à reo convento bene poterit.
Minimè quoque ad rhombum facit textus *in c.* 20
Nicolao. 64. ext. de appellationib. ubi procurator, ad
impetrandum judicem constitutus, litem instituere
non potest: cum tamen illud sit præparatorium litis,
ut vulgo loquuntur. Textus namque ille loquitur de
rebus & negociis planè diversis ac separatis, nec se
invicem consequentibus, aut connexis. Aliud est
enim, judicem impetrare: aliud verò, litem insti-
tuere: quamvis impetratio judicis vim aperiat ad li-
tis institutionem. Ast in proposito casu negocia
sunt connexa, & se invicem contingentia atque con-
sequentia. Nam venditio fit certo precio conven-
to: similiter & locatio. Itaque si mandavero tibi,
ut rem meam vendas: illud etiam mandare videor,
ut de precio convenias, idque meo nomine accipias.
Fachin. d. quæst. 39. in fine.
Porrò ex isthac regula, de modo & fine mandati 21
diligenter servando, illud quoque, quod hic est præ-
termissum, cognosci poterit; quid nimirum in man-
dati judicium veniat. Et sanè non dolum tantum,
& latam culpam, *ut existimant Duarenus ad tit. ff.*
mandati. cap. 2. Mynsinger. in §. mandatum non susci-
pere. 11. num. 5. infr. hoc tit. Schickhard. disputat. 15.
ad Institut. thes. 4. sub resolut. quæst. 1. Mejer. in disp.
ad lib. 17. Pandectar. titul. 1. thes. 23. numer. 2. & in
Commentat. de culpa in contractib. præstanda. th. 152.
cum aliquot seqq. Rittershusius hic circa finem. Loca-
mer. quæstionum juridicar. fasc. 40. quæst. 3. Giphan.
lib. 3. disput. 30 in corollar. & inibi Olemannus in suis
not. numer. 25. & seq. sed etiam levem & levissimam,
id est, summam & exactissimam diligentiam in man-
dato præstandam esse, indicat perspicuè *l. à procura-*
tore. 13. Cod. mandati. ubi Impp. Diocletian. & Ma-
xim. rescribunt: à procuratore dolum & omnem
culpam, non etiam improvisum casum præstandum
esse. Quod si igitur *omnem* culpam procurator seu
mandatarius præstare cogitur: sequitur utique,
quod non solum latam, sed & levem levissimamque

culpam præstare teneatur. Omne enim qui dicit,
22 nihil excludit, *argum. l. omnia. 7. ff. de rebus credit. si cert. pet. c. soluta. 6. circa finem. ibi*, *nihil excipiens, &c. de majoritate & obedient. can. si Romanorum. 1. §. dicendo verò omnia. Distinct. 19.* Deinde eo ipso, quod Impp. solum casum fortuitum, à mandatorio non præstandum, excipiunt; satis apertè culpam levissimam includere videntur: cum unius exclusio si-
23 ve exceptio sit alterius inclusio: & exceptio regulam confirmet in casibus non exceptis, *argum. l. hu verbu. 120. ff. de legat. 3. l. quæsit. 12. §. denique Neratius. 43. ibique Bartol. ff. de instruct. & instrum. legat. l. 1 & ibidem Decius n. 21. ff. de reg. juru.* Accedit textus *in l. in re mandata. 21. Codic. mandati.* ubi Constantinus Imper. ait: aliena negocia exacto officio geri debere, nec quicquam iu eorum administratione neglectum ac declinatum, culpa vacuum esse. Si itaque nihil in administratione negociorum, à mandatario neglectum, culpa vacuum est: certè nec id: quod levissima culpa neglectum, aut declinatum est, culpa vacuum erit. Idque præterea evidenti ratione confirmatur. Ideo enim procurator, sive mandatarius omnem culpam, adeoque levissimam quoque in re mandata præstare debet: quia mandatum recipiendo intelligitur polliceri ac profiteri de industria sua, quæ rei gerendæ conveniat, *arg. l. idem juru. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Res siquidem, quam procurator gerendam suscipit, non geritur sine industria ac diligentia isti rei convenien-
24 te. Hoc igitur cum dixerit mandatarius, & promiserit, omnino præstare debet. Nihil enim magis congruit bonæ fidei, quam quod inter contrahentes convenit, dictumve est, præstari, *l. 1. ff. de pact. l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. empt. l. si quid venditor. 18. in fine principii. ff de ædilit. edict.* Denique hanc comprobāt sententiam *Glossat. antiqui, Ioan. & Bulgar. Accurs. Cynus, Baldus, & Angel. de Perus. in d. l. à procuratore. 13. Cod. mandat. Constant. Harmenopul. lib. 6. Epitom. tit. 2. Petrus Fab. in l. contractus. 23. ff. de reg. jur. bosque citant ibi Dn. Collega Bocer. cap. 4. num. 43. edit. 2. & in hoc §. num. 17. pag. 470. M. Ant. Delrio ibidem cap. 7. Mozzius in tract. de mandato. col. 4. de naturalib. mandati. num. 26. Arumæus exercitat. Iustin. 15. thes. 10. Eman. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. M. numer. 36. Treutler. disputat. 27. thes. 7. lit. e. volum. 1. Schegk. in delibat. jur. disput. 19. thes. ultim. Cujac. lib. 2. differ. Modest. ad l. 23. ff. depos. Timæus Faber. disput. anniversf. ad Inst. 24. th. 18. Hun. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. part. 4. quæst. 3. Paul. Berent disput. 12. ad Instit. chem 2. quæst. 2. Donell. lib. 13. Comment de jur. civ. cap. 11. ibiq; Hilliger. in suis notat. ad lit. D. & E. Richter in tract. de contract. disp. 12. th. 3. sub lit. f. p. 375. Ioan. Matiencus in repetit. l. contractus. 24. ff. de reg. jur. num. 144. & seqq. Dn. Collega Besold. in delibatu jur. ex lib. 17. ff. quæst. 1. ubi & alios citat.*

25 Cui non obstat *l. si procuratorem. 8. §. preinde. 10. l. idemque. 10. §. 1. l. inter causas. 26. §. sed cum servus. 7. ff. mandati. l. etiamsi. 4. C. eod.* ubi dicitur, procuratorem mandati agere posse, si nihil culpa ipsius factum est; sicque in legibus istis absolutè & simpliciter fit culpæ mentio. Atqui tralatitium est, tunc levem culpam intelligi, *argum. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. §. præterea & ü. 3. supr. quib. mod. re contrah. oblig. l videamus. 4 §. fin. & l. in actionib. 5. §. sed in hu omnibus. 3. ff. de in lit. jurand.* Nam in dubio duntaxat, & nisi aliud subjecta materia suadeat, per culpā, cujus simpliciter facta est mentio, intelligimus culpam levem Ast aliud postulare mandatum, adeoque mandatarium de levissima etiam culpa teneri, ex legibus *supra num. 21. & seqq.* adductis constat.

Sic quoque nihil stringit *d. l. si procuratorem. 8. §. ultim. ff. mandati* Ubi is, cui mandavi, ut hominem emeret, dicitur mihi teneri, si emere neglexerit, vel 26
dolo pecunia corruptus, vel lata culpa, si fortè gratia ductus passus est alium emere. Ex quo colligitur: si nec dolus, nec lata culpa intervenerit, mandatarium non teneri. Nihil, *inquam*, lex ista stringit, Siquidē non solum in ea affirmatur: procuratorem teneri, si quid dolo & lata culpa fecerit: sed etiam statim adjicitur, si procurator servum sive rem ex mandato receptam non restituit, eum non teneri, si ejus dol' vel culpa non interveniat. Unde intellectu facile est: eū teneri, si vel dolus intervenerit, vel *culpa*: quo verbo culpam etiam levem intelligi oportet, ubi dolo opponitur. Quinimò verbum *culpa* generale est, sub se levissimam quoque culpam comprehendens. Quic- 27
quid autem de genere prædicatur, id de singulis ejus generis speciebus enunciari dicitur. *argum. l. 1. c. quod autem. 3. ff. de aleatorib. l. fin. in pr. C. de usur. rei judicat.*

Similiter non obsistit *d. l. idemque. 10. in princip. ff. mandat.* ubi disertè scribitur, nihil amplius, quam 28
bonam fidem, præstare eum oportere, qui procurat. Atqui præstare bonam fidem veteribus est, aut præstare, quod dictum promissumque fuerit, *d. l. 1. ff de pact.* aut extra conventionem facere pro captu & diligentia sua, quantum quis possit, & soleat: ultra autem non teneri, quamvis alius diligentior & intelligentior melius rem gesturus fuisset, *l. quod Nerva. 32. ff depositi.* Non, *inquam*, ille textus obsistit: quia eo maximè confirmatur: procuratorem in re mandata omnem culpam præstare debere, & non dolum tantum. Quandoquidem jam supra dictum est: quod is, qui rem gerendam suscipit, intelligatur verbo *gerendi* spondere & fidem dare, se adhibiturum industriam & diligentiam rei gerendæ convenientem. Nihil siquidem, *ut antè num 24. monitum*, magis bonæ fidei convenit, quam præstare ea in contractibus bonæ fidei, quæ quis dixerit, *d l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. empt. d. l. si quid venditor. 18. circa princip. ff. de ædilit. edict.*

Non item adversatur regula juris certissima: quæ tradit, in contractibus, qui ad utilitatem suscipientis non spectant, dolum tantum & latam culpam 29
præ-

præstari, levem & levissimam culpam non item, ut in deposito, *l. si ut certo. 5. §. 2. ff. commodati. d. l. quod Nerva. 32. ff. deposit.* Ast in hoc mandati contractu nulla utilitas mandatarii suscipientis mandatum versatur. Quare dicendum videtur, mandatarium doli tantum, non etiam culpæ levis aut levissimæ nomine obligatum esse. Non adversatur, *inquam.* Quamvis enim nulla hic utilitas mandatarii versetur: nihilominus tamen is negligentiæ & culpæ nomine tenetur: quoniam is, qui negocium alterius gerendum suscipit, diligentiam & industriam suam profiteri ac promittere censetur: cum in negocio gerendo industria & diligentia, rei gerendæ conveniente, opus sit. At vero in deposito diversa est ratio. In eo quippe nulla industria aut diligenti opera opus est: sed sufficit, si depositarius depositum recondat atque custodiat.

30 Præterea non refragatur, quod nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxit, non sui commodi causa susceperit, damnosum esse debeat, *l. si servus. 61. §. quod verò. 5. ff. de furt. l. sed si quis. 7. ff. testam. quemad. aperiant.* Sed in nostro casu mandatarius solius mandantis gratia, & non proprii commodi causa, officium in se recepit. Ergo hoc ei damnosum esse non debet. *Respondetur* enim: cum mandatarius levissimæ culpæ nomine convenitur, non ipsi officium, sed negligentiam suam & culpam damnosam esse. Nam si rectè, & prout pollicitus erat: suo officio perfunctus esset: non posset ullius culpæ, aut damni, in re mandata dati, nomine conveniri. Quia verò damnum culpa & negligentia ejus datum est: æquissimum putatur, hoc non domino, sed ipsi mandatario nocere, *arg. l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.*

31 Insuper non resistit *l. si fidejussor. 29. §. hoc idem tract. 3. ff. mand.* ubi dicitur; fidejussorem, eundemq; mandatarium, qui postquam solvit creditori, non id significavit reo principali sive debitori, si debitor postea solvat, detrimentum istud sustinere debere: quia hoc factum sit dolo proximum. *Etenim* ex eo non rectè colligitur: si quid culpa levi vel levissima à mandatario peccatum sit, id ab eo non esse præstandum. Est enim ibi argumentum à majori: quasi dictum esset; non mirum, si hic fidejussoris damnum esse asserimus. Nam etsi culpa ab eo hic peccatum esset: teneretur tamen. Quanto igitur magis tenebitur ob hoc factum, quod est dolo proximum. *Donell. d. lib. 13. Commentar. cap. 11. pag. 171. ad finem.*

32 Adhæc nihil obest, quod cum tutor de dolo, culpa lata & levi tantum teneatur, *l. à tutoribus. 33. in princip. ff. de administrat. & pericul. tutor. l. 1. in princip. ff. de tutela, & rationib. distrahend. l. quicquid. 7. Cod. arbitrium tutel.* de eadem culpa tantum mandatarius teneri debeat. *Namque* evidens inter tu-
33 telam & mandatum ratio differentiæ est. Hoc quippe est liberum: illa vero voluntaria non est: cum tutor tutelæ munus suscipere cogatur, *§. sed ex his. 3. supr. de Attiliano tutore. l. 1. in princ. & l. ita autem. 5. §. 1. in fin. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis. 9. ff. de muneris. & honorib. l. præses. 3. Cod. de suspectis tutorib.*

Postremò nihil nostræ decerpit sententiæ *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* ubi expressum est, quod 34 aliena negocia exacto officio sint gerenda. A quo autem exacta diligentia requiritur, is de levi solum culpa tenetur. Cæterum qui ad exactissimam diligentiam obstrictus est, is de levissima culpa conveniri potest. *Etenim respondetur:* in *allegata l. 21.* positivum *exacto*, pro superlativo *exactissimo* esse positum: id quod ex sequentibus satis manifestum evadit, dum subjicit Constantinus Imper. *nil quicquam* in negociorum administratione neglectum aut declinatum culpa vacuum esse: ita nimirum, ut si neglectum aut declinatum quippiam fuerit, quomodocunque etiam illud fiat, hoc præstandum sit. Id autem sit culpa non minus levissima, quam levi: ut ita textus iste *d. l. 21.* magis confirmet, quam infringat conclusionem nostram. *Hunn. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4. quæst. 3. in fine.*

§. *Rectè quoque. 9. & §. item si. 10.*

Rectè quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.

§. 10. Item si adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit: solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est: si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum: posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum adferret. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari: quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.

SUMMARIA.

1 *Mandatum extinguitur revocatione mandatoris: ejusque duplex ratio.*
2 *Iuri suo renunciare cuilibet permittitur.*
3 *Revocatio ista ut valeat, re adhuc integra fieri debet.*
4 *Mutare consilium cum alterius detrimento non licet.*
5 *Intellectus l. fundi venditor. 33. ff. de acquir. vel amitt. possess.*
6 *Mandatum solvitur morte mandantis & mandatarii, re adhuc integra.*

7 *Ut in*

7 *Ut in societate; ita & mandato, certi hominis fides eligitur.*
8 *Voluntas cujusque morte extinguitur.*
9 *Quibus casibus mandatum morte mandantis non perimatur.*
10 *Explicatio l. & si quis. 14. §. 2. ff. de religios. & sumpt funer.*
11 *Etsi mandatum morte tollitur: obligatio tamen & actio mandati perpetuò durat.*
12 *Si mandatarius mortem mandatoris ignorans, mandatum impleverit; mandati actionem habet.*
13 *Iusta & probabilis facti ignorantia veniam meretur.*
14 *Servus dispensator quis dicatur.*

1 DUo mandati dissolvendi hic exponuntur modi.
Primus est, *revocatio mandatoris*. Is enim pœ-
nitentia ductus mandatum revocare potest. Hujus-
que ratio in promptu est: tum quia mendatum, quod
consensu mandantis constat, ejusdem voluntate
contraria merito solvitur, *argum. l. si verò. 12. §. si
mandavero. 16 ff. mandati. l. nihil tam naturale. 35.
ff. de reg. jur.* Tum quia mandatum plerumque fit
causa mandantis: proindeque mirum non est, si id
revocare, quandocunque voluerit, possit. Explorati
2 namque juris est: unumquemque iis, quæ pro se in-
troducta sunt, renunciare posse, *l. si judex. 41. vers.
quia unicuique. ff. de minorib. 25. annis l. penult. Cod.
de pactis.* Hæc autem revocatio tum demum justa
3 est, si re integra fiat, id est, antequam mandatarius,
vel plane executus sit, vel exequi mandatum cœpe-
rit, vel sumptus aliquos ejus rei nomine impenderit.
His etenim casibus ita contraria mandati actio est
acquisita mandatario, ut eam nulla mandatoris re-
vocatio auferre queat, *hoc §. nostro l. si mandassem. 15.*
4 *ff. mandati.* Eoque facit regula juris, quod mutare
consilium cum alterius injuriâ & detrimento non
liceat, *l. nemo potest. 75. ff. de reg. jur.* Quare si res
jam cœpta, & aliqua ex parte confecta est: revoca-
tio mandatum non extinguit. Idque non solum
contemplatione procuratoris sive mandatarii, sed &
respectu alicujus tertii locum habere, ostendit *l. Pa-
pinianus. 14. ff. de Publiciana in rem act.* ubi revoca-
tio mandati post venditionem, per procuratorem
factam, interposita non impedit, quo minus procu-
rator, invito etiam domino, qui revocavit manda-
tum, rem tradere emptori possit.

5 Neque refragatur *l. fundi venditor. 13. ff. de acquir.
vel amitt possess.* ubi mandatoris heredes possunt pro-
curatori denunciare, & prohibere, ne rem venditam
tradat. Nam *in hac l. 33.* integra adhuc res fuit re-
spectu procuratoris, qui rem, quam tradere volebat,
non ipse vendiderat: sed mandator contractum ven-
ditionis perfecerat. Ast *in d. l. 14. ff. de Public. in
rem act.* à procuratore res fuit distracta: adeoque ipsi-
us intuitu res amplius integra non fuit.

6 Alter finiendi mandati modus est, *mors*. Si enim
alteruttius, vel mandantis, vel mandatarii mors, si-
militer tamen re adhuc integra, intervenerit: man-
datum evanescit, *§. item si. 10. hoc tit. l. inter causas.
26. & l. seq. § morte. 3. l. mandatum. 57. cum l. seq. ff.
mandati & l. mandatum. 15. Cod. eod.* Fürstl. Würt-
temberg. erneuerte Landrecht. *part. 2. tit. 4.* von Be-
felch und Gewalthabern / rc. *§. ult. fol. 249.* Ratio,
cur mandatarii morte, mandatũ solvatur, est perspi-
cua: quia ut in societate, *§. solvitur. 5. supr. tit. pro-
ximo*; ita & in mandato certa persona, sive certi ho-
minis fides atque industria eligitur, *auctore Papinia-
no in d. l. mandatum. 57 ff. mandati.* Cur verò man-
datoris morte expiret mandatũ, ratio hæc est: quia
voluntas cujusq; morte extinguitur, & homo mor-
tuus velle desinit, *l. locatio. 4. ff. locati. c. si gratiosè. 5.
ext. de rescript. lib. 6.* Enimverò excipiuntur non- 8
nulli casus, quibus ne morte quidem mandatoris
mandatum tollitur: veluti si quid mandatum sit in
rem ipsius mandatarii, *l. 1. C. de oblig. & actionib. l.
illam subtilem. 33. C. de donation. & utrobique* Gotho-
fred. vel si quis mandaverit, ut post mortem suam 9
sibi monumentum fieret: vel ut heredibus suis, se
mortuo, res aliqua emeretur. His, & similibus ca-
sibus mandati obligatio etiam post cineres mandan-
tis durat, adversus mandatarium: isque, non imple-
to mandato, heredibus ad id, quod interest tenetur:
ut vicissim heredes eidem contraria mandati obliga-
tione adstricti sunt, *d. l. si vero. 12. §. fin. & l. seq. ff.
mandati. Petrus de Bella Pertica in suis quæstionib. &
decisionib. aureis sive singularib. quæst. 48. & 285. Myn-
singer. hic num. 5. Heigius num. 16. cum seq. Ritterhus.
ad finem. D. Bejold. in delibat. jur. 51. lib. 17. ff. quæst.
6. Bronchorst. cent. 2.* ἐναντιοφανῶν. *asser. 46. edit. 2. &
Mozzius in tract. de mandato. colum. ultim. quomodo
annulletur mandatum. num. 21. ubi complures limita-
tiones sive exceptiones enumerat.*

Non obstat *l. & si quis. 14. §. si cui funeris. 2. ff. de* 10
relig. & sumptib. funer. ex qua colligitur, morte de-
functi, qui post mortem suam aliquid fieri manda-
verat, mandatum extinctum esse. Siquidem actio
doli, quæ in facti specie illius legis datur heredibus,
arguit: non competere iis actionem mandati. Non
obstat, *inquam.* Etenim non mandatum ibi ab initio
contractum, sed contractus innominatus celebratus
fuit, ut ex illis textus verbis evincitur: *accepta pecu-
nia, funus non duxerit.* Quæ verba clarè indicant,
alicui pecuniam datam esse, ut funeris curam habe-
ret. Atqui verò mandatum respuere mercedem
notum est, *ex l. 1. §. fin. ff. mandati. & §. ultim. infr.
hoc tit.* Ex mercede ergo, quæ *in d. l. 14. § 2. ff. de
religios. &c.* fuit constituta, apparet: mandati con-
tractum ibidem non fuisse initum: ac proinde me-
ritò Jurisconsultum respondisse: actionem de dolo
heredibus largiendam esse. *Vide tamen aliter sen-
tientes Donellum lib. 16. Commentar. de jur. civ. cap.
23. pag. 347. ibique Hilligerum in suis notat. lit. C. Iu-
lium Pacium cent. 4.* ἐναντιοφανῶν. *quæst. 85. cum seq.
Hunnium in resolut. ad Treutler disput. 27. th. 6. lit. C.
vol. 1. pag. 1723. & Bachovium hic num. 2. pag. 828.*

Interim

11 Interim illud non ignorandum est: mandatum quidem morte mandatoris fieri, sed obligationem & actionem mandati perpetuò durare, *d. l. inter causas. 26. in princip. & l. si, praecedente. 58. in princip. ff. mandati.* Quod idem & in societate est: ut ipsa societas morte solvatur: actio verò pro socio fit perpetua. Est quippe hoc actionum & obligationum proprium: ut sui natura perpetuæ sint, *de quo infra*
12 *sub tit. de perpet. & temporal. actionib.* Hinc rectè hoc loco Imperator *in §. 10. vers. sed utilitatis, &c.* addit: mandatarium, mortuo mandatore, per ignorantiam mandatum exequentem habere actionem mandati, adversus heredes mandatoris, non quidem stricto jure, sed utilitatis causa: ne justa & probabilis ignorantia mandatario damnum adferat. Quod autem hic de morte dicitur; idem & in revocatione obtinet; puta ut mandatarius revocationem ignorans, si mandatum exequatur, nihilominus actionem habeat, *l. si mandassem. 15. ff. mandati. l. si servus. 32. ff. de solutionibus.* Sanè si strictam juris ra-
13 tionem spectes: actio mandatario non dabitur: cum mandatum interciderit, adeòque sine mandato rem ipse executus fuerit. Sed justa & probabilis facti ignorantia promeretur veniam, excusatque mandatarium: hoc est, utilitas sive æquitas efficit, ut ei actio præbeatur. Est enim hoc negocium bonæ fidei, cui non congruit de apicibus juris disputare, id est, callidè & strictè agere, *l. si fidejussor. 29. §. quædam. 4. ff. mandati.* Et hanc decisionem Justinianus quodam simili hic in fine declarat: Quem-
14 admodum solutio, ab ignorante mandatum extinctum, servo dispensatori (id est, servo œconomo, cui rerum domini administratio concessa est) jam manumisso facta, ex æquitate & benignitate, licet non summo & stricto jure, sustinetur: ita & mandati actio ignoranti, mandatum extinctum esse, indulgetur. Cæterum quod hic statuitur de eo, qui servo dispensatori se solvere putans, jam manumisso, id est, liberto solvit: idem generaliter de omnibus, qui ignorantes, mandatum esse revocatum, solvunt, dicendum est, *l. si quis servo. 18. ff. de solutionibus.*

§ *Mandatum. 11. & §. 12.*

Mandatum non suscipere, cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quam primùm renunciandum, ut per semetipsum, aut per alium, eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi: nihilominus mandati actio locum habet: nisi justa causa intercesserit, aut non renunciandi, aut intempestivè renunciandi.

§. 12. Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.

SUMMARIA.

1 *Renunciatione ipsius mandatarii tempestivâ mandatum finitur.*
2 *Nemo potest mutare consilium suum in alterius damnum.*
3 *Contrahentium eadem debet esse conditio.*
4 *Mandatum & in diem, & sub conditione fieri potest.*

Dictum est de pœnitentia sive revocatione mandatoris: nunc contra agitur de pœnitentia seu renunciatione mandatarii. De ea autem tria hic adferuntur. I. Mandatum renunciandum esse, re adhuc integra: hoc est, ut mandator commodè, vel per se, vel per alium, rem eandem explicare adhuc possit, *l. si mandav. 22. § ult. ff. mand.* II. Intempestivâ renunciationem mandatario non prodesse: sed propter eam ad id, quod interest mandatoris, illum teneri: nisi justa intempestivè renunciandi intercedat causa; puta adversæ valetudinis, religionis, exilii, capitalium inimicitiarum, captivitatis, &c. *l. sanè. 23. cum duabus ll. seqq. l. si quis 27. § qui mandatum. 2. ff. eod. l. post litem. 17. cum 8. ll. seqq. ff. de procuratorib. Arnoldus Vinnius lib. 2. Jurisprud. contracta. cap. 18. pag. 53.* Cur autem mandatario tempestiva renunciatio prosit, intempestiva non item, nisi justa subsit causa, ratio facilis est: quia nemo potest mutare consilium suum in alterius damnum & præjudicium, *l. nemo. 75. ff. de regul. jur.* Sed & ideo receptum videtur, ut mandatum renunciatione mandatarii tempestiva solvatur: tum quia factum mandato ferè continetur; ad cujus præstationem invitum compelli, minus civile & humanum visum est, *arg. l. si quis 13. §. fin. ff. de re jud. l. stipulationes. 72. ff. de verb. obligation.* III. Tum quia contrahentium eadem debet esse conditio, *arg. l. 3. ff. mandati. & l. si dolo. 5. C. de rescind. vend.* Mandatori autem concessum est semper pœnitere, re integra: cum ejus causa plerunque contrahi soleat, *ut monitum supra ad principium hujus tit. num. 35.* proindeque mirum non est, si idem mandatario permissum dicatur. Tum denique, quia mandatum officii causam habet: quod invito ut non obtruditur, *l. 1. §. fin. ff. mandati. l. invita. 69. ff. de reg. jur.* ita nec extorquetur facile reluctanti. *l. incommodato 17. §. sicut. 3. ff. commodati. l. sicut. 5. C. de oblig. & act. Timæus Faber disp. 24. ad Instit. Imperial. th. 19.* Porro subjicit Imperator: mandatum & in diem, & sub conditione fieri posse, *§. mandatum. 12. hoc tit. l. 1. §. penult. ff. mandati. l. 3. & 4. ff. de procuratorib.* in diem: veluti, mando tibi, ut Calendis April. mihi equum emas: sub conditione: velut, mando tibi, ut emas, si ad nundinas Francofurtenses proficiscatis, &c. Neque id immeritò. Est enim omnium ferè contractuum commune; ut iis dies, atque conditio adjici possit, *§. omnis. 2. supr. de verbor. obligat. §.*

emptio.4.supr. de empt. & vendit. l. obligationum.44. ff. de obligat.& actionibus.

§. *In summa.13. & ultimus.*

In summa sciendum est: mandatum, nisi gratuitum, in aliam formam negocii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et (ut generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio, mandati sive depositi contrahitur negocium: iis casibus, interveniente mercede, locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa: mandati competit actio.

S U M M A R I A.

1 *Mandatum debet esse gratuitum: hujusque ratio.*
2 *Si merces accedat mandato; locatio erit, non mandatum.*
3 *Mens & intellectus l. si remunerandi. 6. in princip. & l. seq. mandati. n. 4.*
4 *Salarium an & quatenus peti non possit.*
5 *Directa mandati actio competit mandatori.*
6 *Contraria mandati actio datur procuratori.*

1 Mandatum gratuitum esse debet, *hoc §. nostro. l. 1. §. ultim. ff. mandati. l. si contra. 20. in fine. Cod. eod. l. si tibi rem. 13. in princ. & l. si tibi polienda. 22. ff. de praescript. verbis. l. 1. §. est autem. 17. ibi aut si gratuitam. ff. de exercitor. actione.* Ejusque ratio est: quia pendet ex amicitia & humanitatis officio: siquidem nemo facile alii, nisi amico, mandat, *d. l. 1.*
2 *§. ult. ff. mandati.* Quare si mandato accedat merces: non erit mandatum: sed erit vel locatio, *hoc §. & d. l. 1. §. ult. ff. mandati.* vel negocium simile, ut est contractus innominatus, si non vera intervenerit merces, sed aliquid mercedis loco, *d. l. si tibi polienda. 22. ff. de praescript. verb. §. 1. supr. de locat. & conduct. & notant hic Vultejus & Giphanius.*

3 Nec adversatur *l. si remunerandi. 6. in princ. cum l. seq. ff. mandati.* ubi licet procuratori salarium fuerit constitutum: nihilominus tamen mandatum esse dicitur. Nam *in istis legibus* salarium non ex contractus necessitate, sed mandato jam suscepto, honoris & remunerationis causa, constituitur. At Justinianus hic, & Paulus *in d. l. 1. §. ult. ff. eod.* loquuntur de mercede vel pecunia, quae ad hoc procuratori datur, ut mandatum suscipiat: quae merces à salario sive honorario differt. Datur siquidem salarium procuratori, non ut suscipiat mandatum: sed ut pro mandato jam suscepto remunerationem habeat. *Vide Antonium Fabr. in Cod. Fabr. hoc tit. definit. 6.* Caeterum Dominum Collegam Bocerum *hoc tit. num. 18. pag. 460.* erroneam fovere sententiam, nullus equidem dubito. Putat namque, etiam in ipso mandati contractu, honorarium peti posse. At jam supra ostensum est *num. 2.* si mandato accedat merces, mandatum amplius non esse, sed vel in locationem, vel in contractum innominatum transire. Qui ergo in ipso mandato, cujus substantiale requisitum est, ut sit gratuitum, honorarium promitti posset? Nec alium, praeter praedictum, intellectum admittit *d. l. si remunerandi. 6. & l. qui mutuam. 56. §. salarium. 3. ff. mandati.* quicquid Bocerus autumet. Salarium porrò incertum si fuerit; peti non poterit: sin certum, velut 30. aureorum, 4
peti poterit extra ordinem coram magistratu, hoc est, non mandati actione, sed libello supplici, *l. salarium. 7. d. l qui mutuam. 56. §. salarium 3. ff. mandati. l. 1. & l. salarium. 17. C. eodem.* Cum quo non pugnat *d. l. si remunerandi. 6. in princip. ff. mandati.* ex qua colligi posse videtur, honorem sive salarium non extraordinariâ persecutione, sed mandati judicio exigi debere. *Etenim* illa legis verba (*si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio*) non ita accipienda sunt, quasi mandati actio salarii nomine competat: sed quod mandati actio locum habeat de aliis omnibus rebus, quae mandati judicio petuntur, etiamsi remunerandi gratia honorarium promissum datumve fuerit, *ut ibidem innuit Accursius, eumque laudans Dn. Bocerus in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 39. edit. 2. & in hoc tit. num. 26. cum seqq. pag. 461.* Quod autem hic illorum verborum sit sensus, apparet manifestè *ex §. 1. immediate sequente.* Ubi ait Ulpianus: *si cui fuerit mandatum, ut negocia administraret: hac actione erit conveniendus:* per *hanc actionem* intelligens directam: quoniam mandati actio directa competit 5
mandatori, non autem contraria, *l. si vero. 12. §. contrario. 7. ff. mandati.* Ergo cum dicit Jurisconsultus, salario interveniente mandati actionem esse, significat, mandati actionem directam esse. Directa autem mandati actio de salario non competit, 6
sed de caeteris rebus: quoniam salarium debetur procuratori, cui contraria mandati actio datur, *d. l. si vero. 12. §. contrario. 7. & §. si mihi. 9. ff. d. tit.* Idque fusius explicat D. Hunnius *lib. 3. var. resolut. juris civil. tractat. 7. part. 4. q. 6. & in resolut. ad volum. 1. Treutl. disput. 9. th. 13. quaest. 69.* Adde Philippum Knipschildt *exercitat. Acad. 10. quaest. 15. pag. 365. & Locamerum quaestionum juridicar. fascic. 40. quaestion. 4.*

DE

DE OBLIGATIONIBUS, quæ quaſi ex contractu naſcuntur.

TITUL. XXVIII.

Principium Tituli.

Poſt genera contractuum enumerata, diſpiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè naſci ex contractu intelliguntur: ſed tamen quia non ex maleficio ſubſtantiam capiunt, quaſi ex contractu naſci videntur.

S u m m a r i a.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Quaſi contractus quid ſit.*
3 *Quodnam commodum quaſi contractûs genus.*
4 *Quomodo quaſi contractus diſtinguatur à vero contractu.*
5 *Quinque ſpecies quaſi contractûs hic explicantur.*
6 *Quædam alia negocia quaſi contractibus annumerantur.*
7 *Quaſi contractus in ſtatutis ſeu legibus municipalibus ſub contractibus comprehenduntur.*
8 *Argumentum à contractibus ad quaſi contractus quando procedat, remiſſive.*

1 SAtis abundeque de obligationibus, ex contracti-
bus veris deſcendentibus, hactenus dictum eſt:
ordo jam poſtulat, ut & obligationes, quæ ex quaſi
contractu naſcuntur, explicentur. Ait enim hic
Imperator, *poſt genera contractuum*: quo verbo in
potentiori ſignificatu intelligit veros contractus:
& eſt hoc verbum *quaſi* nota cujusdam impropri-
etatis, *monente hic Bachovio*, *pag.* 831. Quaſi autem
2 contractus non inſulsè definiri poterit negocium
quoddam, quo quis alii ſine tractatu ſive conven-
tione obligatur. Dicitur, *negocium*, Quia ſingulæ
3 ſpecies quaſi contractûs, *in §§. ſubſequentibus ſubje-
ctæ* evidenter arguunt, negocium eſſe commodum
quaſi contractûs genus. *D Collega Becer. in Commen-
tar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 1. num. 77.
edit. 2. & claſſ. 3. diſput. 1. theſ. 1. edit. 2. item in hoc
princip. num. 6. & ſeqq. pag.* 480. Tametſi Donellus
genus quaſi contractuum *factum* ponat, *lib. 15. Com-
mentar. de jur. civ. cap. 14. pag.* 417. Additur, *quod-
dam*: ad differentiam veri contractus, qui ſimiliter
eſt negocium, *l. ſi in area. 33. ff. de condict. indeb.* At
negocium in quaſi contractu non eſt idem cum ne-
gocio veri contractus: cum hoc conventionem &
conſenſum utriusque partis requirat. *l. 1. §. conven-
tion. verb. 3. ff. de pact.* Sic quoque legatum definitur à
Iuſtiniano *donatio quædam*, ad differentiam veræ do-
nationis, *§. 1. ſupr. de legatis*. Dicitur, *ſine tractatu ſive
conventione*. Quibus verbis itidem quaſi contractus 4
diſtinguitur à vero cõtractu: quod is tractatu inter-
poſito, & utriusque voluntate, conventione & con-
ſenſu interveniente fiat, obligationemq; producat, *l.
nam, cum tract. 32. ff. pro ſoc. l. in omnibus rebus. 55. ff.
de obl. & act. & dictum ſupr. in §. 2. de obligationib.
num. 6.* in quaſi vero contractu non utriusque, ſed
unius tantum voluntas & conſenſus interveniat; *ut
ex ſubjectis hic exemplis ſeu ſpeciebus patebit*. Quin-
que autem hoc titulo exempla ſive ſpecies quaſi con-
tractuum enumerantur. 1. negociorum geſtio. 2.
tutelæ adminiſtratio. 3. communio rerum. 4. aditio
hæreditatis. 5. indebiti ſolutio. Eædem ſpecies re-
feruntur à Cajo Jureconſulto *in l. ſi quis abſentis. 5. ff.
de obligat. & action*. Quamvis & alia quædam nego- 6
cia quaſi contractibus annumeranda eſſe videantur:
ut ſunt, confuſio ſive obſcuratio finium agrorum,
absque culpa confinis facta, *l. ſi irruptione. 8. §. 1. tot.
tit. ff. fin. regundor.* litis conteſtatio ſive judicium ac-
ceptum. *l. licet 3. §. idem ſcribit. 11. ff. de pecul.* contra-
ctus quaſi pignoris, *l. Iulian. 13. §. efferri. 8. ff. de actio-
nib. l. crediteris. 15. §. fin. ff. de furt.* quaſi contractus ex
auctoritate jurisjurandi, *l. 2. ff. de jurejurand. Ritters-
huſius & Marcilius hic in fin.* poſſeſſio rei exhibendæ,
*arg. l. 3. §. eſt autem perſonalis. l. Iulianus. 9. §. ult. ff. ad
exhibend. l. penult. ibi, incerti agere, id eſt, ad exhiben-
dum. ff. depoſiti.* emptio prædii, quod quisquam alius,
vel ratione territorii, vel ob communem cenſum, ex
loci ſtatuto vel conſuetudine retrahere poteſt: & ſi-
milia, *de quibus latè diſſertat D. Becerus d. claſſ. 3. di-
ſput. 1. theſ. 3. & ſeqq.* Illud porro hic breviter mo- 7
nendum: quod ubicunque de contractibus in ſta-
tutis ſeu legibus municipalibus aliquid diſponitur,
idem in quaſi contractibus, ſi modo eadem ratio vi-
geat utrobique, valere ac procedere debeat, *arg. l. ſi
donationis. 7. C. de his, quæ vi metusve cauſa geſta ſunt.
l. 2. §. omnes. 4. & l. interdum. 36 § ult. ff. de judic. & fu-
ſius declarat Tiraquell. in tract. de legib. connubialib.
gloſ. 5. n. 127. & ſeqq. Heigius in §. ſequens. 2. n. 5. cum
ſeq. ſup. de obligationib. & hic n. 5. & ſeq.* Cæterum 8
quomodo & quando argumentum à contractibus ad
quaſi contractus procedat, pulchrè docet Nicolaus
Everhardus *in Topic. legal. in loco, à contractib. ad qua-
ſi contractus.*

§. Igitur. 1.

Igitur cum quis negocia abſentis geſſerit: ultro citroque inter eos naſcuntur actiones, quæ appellantur negociorum geſtorum. Sed domino quidem rei geſtæ adverſus eum, qui geſſit, directa competit actio. negociorũ autem geſtori contraria. quas ex nullo cõtractu propriè naſci, manifeſtũ eſt: quippe ita naſcũ-

tur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negociis gerendis se obtulerit. Ex qua causa ii, quorum negocia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est: ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negociorum suorum administratione, peregrè profecti essent, desererentur negocia: quæ sanè nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negocia, dominum habet obligatum negociotum gestorum: ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negocia.

SUMMARIA.

1 *Quasi contractus negociorum gestorum ultrò citroque obligatorius.*
2 *Verus contractus quomodo fiat.*
3 *Quasi contractus aliquando per abusionem simpliciter contractus dicitur.*
4 *Negociorum gestio definitur, & explicatur.*
5 *Res hereditariæ ante aditionem cujus sint.*
6 *Quatenus hereditas defuncti personam repræsentet, & cum mortis tempore continuetur.*
7 *Negociorum gestorum actio ex vera & naturali gestione inducitur.*
8 *An negociorum gestorum actio competat, si quis præsentis negocia gesserit.*
9 *Ius aptari debet potius ad ea, quæ frequenter, quam quæ rarò eveniunt.*
10 *Differentia negociorum gestionis & mandati specifica.*
11 *Mens & sententia l. at quin. 19. §. 2. ff. de negot. gest.*
12 *Explanatio l. si negocium. 16. C. eodem.*
13 *Negocia utiliter ab initio gesta esse sufficit, tametsi infelicem habuerint eventum.*
14 *Culpa est, immiscere se rei, ad se non pertinenti. Ubi & Beceriana negociorum gestorum definitio reprehenditur.*
15 *Negocia aliena quomodo gerantur sine mandato domini.*
16 *Executor sententiæ, necessitate urgente, alterius negocia gerit.*
17 *Antonius Faber redarguitur.*
18 *Intellectus genuinus l. si pignora. 50. ff. de evictionib.*
19 *Necessitate urgente, alterius negocium gerit curator, tutor, procurator.*
20 *Necessitatis suspicione quis alterius negotia gerere dicatur.*
21 *Interpretatio l. ii, qui commodatum. 13. §. 2. ff. commodati.*
22 *Quæ negocia voluntariè gerantur: & quibus modis.*
23 *Quos sumptus, in liberos erogatos, parentes repetere queant.*
24 *Debiti soluti nulla repetitio est.*
25 *Vitricus est voluntarius negotiorum gestor, si repetendi animo sumptus faciat in rebus privignorum.*
26 *An vitricus alimenta repetere aut deducere possit, si privignus in servitio vitrici fuerit.*
27 *Nemo suis sumptibus alteri inservire tenetur.*
28 *Voluntarius negociorum gestor est filius, vel quivis alius, qui pro patre, aut alio, non donandi animo, debitum solvit.*
29 *Sensus l. si filius. 12. C. de negoc. gest.*
30 *Quæ sit correlativorum natura.*
31 *Pater & filius sunt correlata.*
32 *Argumentum à correlativis quando procedat.*
33 *Liberi an & quatenus parentes alere teneantur.*
34 *Lege naturæ parentes liberis suis thesaurizant.*
35 *Alimenta pietatis intuitu erogata, repeti nequeunt.*
36 *Voluntarius negociorum gestor est maritus, & frater, itemque ille, qui sumptus probabiles in re sua lite communi facit.*
37 *Explicatio l. heredes. 25. §. si unus. 15. ff. famil. ercisc. l. filia 18 Cod. eod. & similium.*
38 *Voluntarius negociorum gestor est pater aut mater, quæ ignorante filia à sponso ejus res donatas suscipit.*
39 *Sensus nativus l. die sponsaliorum. 25. ff. depositi.*
40 *Actio negociorum gestorum directa cui detur, adversus quem, & ad quid.*
41 *De quânam culpa negociorum gestor tenetur ad exactissimam diligentiam, adeoque culpam levissimam.*
43 *Quicunque sua sponte sese alicui negocio offert, is in plus tenetur, quam aliâs natura contractûs patitur.*
44 *Mandatarius omnem culpam præstat.*
45 *Consideratio l. si mater. 24. Cod. de usur.*
46 *Lege non distinguente, nec nos distinguere debemus.*
47 *Consideratio l. si negocia. 12. ff. de negoc. gest.*
48 *De genere quicquid prædicatur, id etiam de singulis speciebus prædicari intelligitur.*
49 *Quatenus appellatione culpæ veniat duntaxat levis.*
50 *Consideratio l. in re mandata. 21. Cod. mandati.*
51 *Explicatur l. tutori. 20. Cod. de negot. gest.*
52 *Unius inclusio non alterius exclusio in Constitutionibus Codicis.*
53 *Explicatur l. fidejussor. 32. ff. de negoc. gest.*
54 *Explicatur l. si pupilli. 6. §. ultim. ff. de neg. gest.*
55 *Commodatarius de culpa levissima conventur.*

56 Quæ-

56 *Quatenus levissima culpa non præstetur, si contractus ad solius creditoru commodum pertineat.*
57 *Absentium negocia non negligenda.*
58 *A tutore ad negociorum gestorem non procedit argumentum.*
59 *Officium suum nemini debet esse damnosum.*
60 *Damnum sentire non intelligitur, quod quis sua culpa sentit.*
61 *Negociorum gestor interdum solummodo dolum præstat.*
62 *De casu fortuito nemo conveniri potest: ejusque ratio.*
63 *Quibus casibus etiam de casu fortuito negociorum gestor teneatur.*
64 *Conventio dat legem contractui.*
65 *Negociorum gestorum actio directa quando competat.*
66 *Ista actio locum non habet, si quis gesserit negocium, quod alienum putavit, cum esset suum: ejusque ratio.*
67 *Satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur.*
68 *Interpretatio & sententia l. si pupilli. 6. §. videamus. 12. ff. de negoc. gest. & l. in commodato. 17. §. 3 ff. commodati & similium.*
69 *Quando negociorum gestor maximas usuras præstare teneatur.*
70 *Consideratio l. idemque 10. §. 3. ff mandati.*
71 *An correo, qui totum debitum solvit, adversus correum competat negociorum gestorum actio.*
72 *Correus tenetur suo nomine totum debitum solvere, etiamsi obligatio correi non subsistat.*
73 *Negociorum gestorum actio ei non datur, cujus pecunia ad suum creditorem pervenit, licet alienum voluerit gerere negocium.*
74 *Objectio diluitur.*
75 *Cur unus ex correis cogatur commune debitum totum solvere.*
76 *Expositio l. ex facto. 30. ff. de negoc. gest.*
77 *Quare correi negociorum gestorum actione invicem experiri nequeant.*
78 *Intellectus l. actio 47. in princip. ff. de negoc. gest.*
79 *Contraria negociorum gestorum actio cui detur, contra quem, & ad quid.*
80 *Quæ sit hujus actionis contrariæ ratio.*
81 *Anne si id, quod nomine absentis gestum fuerit, postea ratum is habuerit; actio mandati, an negociorum gestorum competat.*
82 *Quibus casibus, licet quis negocium utiliter gesserit, non tamen ei obligetur ille, cujus negocium est gestum.*
83 *Si in re communi unus dominorum prohibuit administrationem, alter verò non prohibuit: utrum is, qui non prohibuit, actione negociorum gestorum de impensis conveniri possit.*

1 PRima obligationis ex quasi contractu species est, *negociorum gestio*. Nam si absentis negocia sine mandato gesta sunt: oritur quidem ultrò citroque obligatio, *l. 2. ff. de negoc. gest. l. si quis absentis. 5. ff. de obligat. & actionib. & hoc §. nostro.* sed ea neque ex contractu est, neque ex delicto, vel quasi delicto.
Ex contractu non est: quia nulla conventio, aut potius nullus tractatus inter partes intervenit. Atqui 2
verus contractus non nisi conventione contrahentium præcedente, & tractatu habito, fieri solet. *l. nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio. l. in omnibus rebus. 55. ff. de obligat. & actionib.* Non ex delicto, vel quasi, hanc obligationem venire, per se manifestum est: cum nullum peccatum, nullumque delictum intercesserit. Quare relinquitur negocio- 3
rum gestionem esse ex quasi contractu, sive ex negocio, quod quasi ad contractum accedit, nempe ad mandatum: adeoque propriè non contractum, sed quasi contractum dici debere: quamvis aliquando per abusionem & impropriè contractus simpliciter dicatur, *l. sed cum aliquis. 16 ff. de negoc. gest. l. contractus. 23. ff. de regul. jur.*

Est igitur negociorum gestio quasi contractus, 4
quo quis alterius absentis & ignorantis negocia sine mandato utiliter gerit. *Ita quoque fermè definitur à Christophoro Philippo Richter. in tract. de contract. disput. 13. th. 2. pag. 379.* Dico, *alterius*. Quod verbum ad negocia quoque hereditatis jacentis accommodandum esse, rectè quidam existimant, *per textum expressum in l. ait prætor. 3. §. hoc verba. 6. ff. de negociis gest.* ubi Ulpianus in hanc sententiam disertè respondit: H*oc verba: sive quis negocia, quæ cujusque cum is moritur, fuerint, gesserit, significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus negocia gessit, de quo fuit necessarium edicere: quoniam neque testatoris jam defuncti, neque heredis, qui nondum adiit, negocium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, utputa partus, & fœtus, & fructus, vel si quid servi acquisierint: etsi ex his verbis non continentur, pro adjecto tamen debent accipi.* Ex quo textu relucet: quod is, qui hereditatis jacentis negocia gessit, neque defuncti, neque heredis negocia gessisse censeatur. Si enim ipsa rei veritas spectetur, omnis- 5
que juris fictio tollatur: certum est, res hereditarias ante aditionem nullius esse: nec dici posse heredis, hereditate nondum ab ipso aditâ: cum etiam adhuc dubium sit, annè hereditatem sit aditurus, nec ne, *l. 1. circa principium. ff. de rer. divis.*

Cui non obstat, quod hereditas, quamdiu non est 6
adita, defuncti personam repræsentet, *l. non minus. 31. in fin. ff. de heredib. instit. l. hereditas. 34. ff. de acquir. rer. dom. l. legatum. 116. §. servo. 3. ff. de legat. 1. l. mortuo. 22. ff. de fidejussorib. l. heres. 22. ff. de usurpat. & usucap. §. servus. 2. supr. de heredib. instituend. initio tit. supr. de stipulat. servor. l. cum hereditas. 9. Cod. depositi.* & quod heres ex tempore mortis successisse defuncto videatur, quamvis postea adierit. *l. heres. 54. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. si ex re. 28. §. ult. ff. de stipulat. servor.* quod item omnis hereditas, licet postea adeatur, tamen cum mortis tem-

pore continuetur, *l. omnis hereditas.* 138. *ff. de reg. jur.* & consequenter heredis negocia gessisse videatur, qui hereditatis jacentis gessit. Hæc, *inquam*, argumenta omnia non obstant: quia meta juris fictione nituntur, & hoc duntaxat probant, quod fictione juris civilis efficiatur, ut heres scriptus ante hereditatem aditam pro herede habeatur, quodque hereditas defuncti personam repræsentet. Siquidem, veritate ipsa inspecta, omnia hæc secus sese
7 habent. Fictio autem ista *in d. l.* 3. *§. hae verba.* 6. *ff. de negoc. gest.* non attenditur: propterea quod negociorum gestorum actio non nisi ex vera & naturali gestione inducatur, *ut patet ex hoc §. & tot. tit. ff. & Cod. de negot. gest.* Cui sanè consequens fuit, heredi non competere negociorum gestorum actionem de eo, quod jacente hereditate gestum erat: ut ita specialiter de eo caveri, necessarium fuerit. *Ita sentiunt Julius Pacius cent.* 2. *συμβουλευτικῶν. quaest.* 49. *Meyer. in disp. ad lib.* 3. *Pand. tit.* 5. *sub thes.* 4. *Treutler. volum.* 1. *Disput.* 10. *thes.* 1. *lit. C. ibique prolixè Hunnius in sua resolut. pag.* 696. Vide aliter sentientem Bachovium *in not. ad Treutler. d. disp.* 10. *th.* 1. *lit. C.* eumque refereutem Philippum Knipschildt *exercitat. Acad.* 11. *quaest.* 2. *pag.* 388.

Dico in definitione, *absentis & ignorantis*, argumento *hujus §. nostri. l.* 1. *l.* 2. *si negocia.* 11. *ff. de negoc. gest. l. si quis absentis.* 5. *in princip. ff. de obligat. & a-*
8 *ctionib.* Si quis enim sciat, aut præsens sit, patiaturque suum negocium geri, mandasse reputatur: eoque tum mandati actio utrinque nascitur, *l. si remunerandi.* 6. *§. si passus.* 2. *l. qui patitur.* 18. *l. si pro te.* 40. *l. qui fide.* 53. *ff. mand. l. si fidejussor.* 6. *C. eod l. semper.* 60. *ibique Petrus Fab. ff. de reg. jur.* Neque obstat, quod interdum negociorum gestio sit, licet præsentis sine mandatu negocia quis gesserit, *argum. l. alimenta.* 11. *& l. si paterne.* 15. *C. de negoc. gest. & similium.* Nam quod dicitur, negociorum gestionem esse, si absentis negocia gesta fuerint; eo significatur, ἐπὶ τὸ πολύ, sive ut plurimum accidere solere, ut absentis negocia gerantur: interim verò non prorsus negatur, quin etiam nonnunquam negociorum gestio sit, negociorumque gestorum actio competat, si præsentis quispiam & ignorantis negocia
9 administraverit. Etenim ad ea potius jus aptari debet, quæ frequenter, quam quæ perraro eveniunt, *Auctore Celso in l. nam ad ea.* 5. *ff. de legibus. Bachov. d. loco, Knipschildt d. exercit.* 11. *quaest.* 3. *pag.* 389. *& seq. Justus Schutz exercitation. jur. disp.* 17. *th.* 2. *lit. e. pag.* 258.

10 Dico præterea, *sine mandato.* Quibus verbis differentia specifica negociorum gestionis ac mandati continetur. Si quis enim negocia alterius ex mandato ipsius gesserit: mandatum erit, sicque verus contractus: cæterum si citra mandatum gesserit: negociorum gestio, atque ita quasi contractus erit, *hoc §. nostro. ibi, si sine mandato, &c. & d. l. si quis absentis* 5. *in princ. ff. de obligat. & actionib.*

11 Huic non refragatur *l. at quin.* 19. *§. si libero.* 2. *ff. de negoc. gest.* ubi negociorum gestio videtur, licet mandatu domini quis negocia gerat. *Ibi* namque dominus libero homini, tanquam servo suo, mandavit: & propterea perinde est, ac si non mandasset. Liber quippe homo & servus è diametro invicem opponuntur: ita, ut qui homini libero, cum servum esse putans, mandatum dederit, mandasse non intelligatur. *Vide Pacium d. cent.* 2. *q.* 59.

Multò minus refragatur *l. si negocium.* 16. *C. eod.* ubi pariter negociorum gestorum actio competere videtur, tametsi mandatum intervenerit. *His* etenim verbis, *si negocium sorori tua gerens, &c.* respondent verba hæc: *negocium gestorum actione*: verbis verò illis, *vel mandante ea, vel rogante, &c.* respondent hæc verba: *vel mandati, &c.* ut bene animadvertit Dn. Collega Bocer. *in Comment. ad d. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. c.* 4. *n.* 111. *ed.* 2. 12

Denique dico, *utiliter gerit.* Quia satis est, negocia utiliter ab initio gesta esse, etiamsi malum & infelicem habuerint eventum: ut si insula vel domus utiliter empta aut suffulta conflagrarit, flammisque consumpta sit, *l. sed an ultro.* 10. *§.* 1. *l. successori.* 12. *§. ult. & l. ex duobus.* 27. *ff de negoc. gest.* Nec adversatur, quod culpa sit, immiscere se rei, ad se non pertinenti, *l. culpa.* 36. *ff. de reg. jur. c. non est sine culpa.* 19. *de reg. jur. in* 6. Quandoquidem ille, qui se rebus alienis sine justa causa immiscet, πολυπράγμων dicitur, culpaqꝫ non caret. At negociorum gestor justam habet causam administrandi negocia absentis & ignorantis: ne, dum propter subitam peregrinationem abesse cogitur, suarum rerum jacturam patiatur, *hoc §. nostro. vers. idque utilitatis causa, &c. l.* 1. *ff. de negoc. gest.* Aliter istam regulam explicant *Donell. lib.* 15. *Comment. de jur. civ. cap.* 15. *pag.* 410. *num.* 40. *Timaeus Faber disput.* 25. *ad Instit. Imperial. th.* 1. *lit. b. Knipschildt d. exercitat. Acad.* 11. *quaest.* 1. *pag* 387. *Treutl. d. disput.* 10. *thes.* 1. *sub lit. E. & ibidem Hunnius, in sua resolut. pag.* 700. *ubi diversos istius regulæ intellectus adducit.* 13 14

Quid ergo sit negociorum gestio, satis opinor patet ex proposita, sic declarata definitione: quam tamen nullatenus pro exquisita & omnibus numeris absoluta vendito: sed pro tali, qualem jus nostrum admittit. Raræ quippe in jure nostro accuratæ definitiones, & vix sunt numero totidem, quot

Thebarum portæ, vel divitis ostia Nili.

Nimis igitur operosa est D. Boceti opera, prædictam definitionem sine effectu exagitare volentis, *hic sub n.* 18. *& seq. pag.* 486. Miror autem, ei displicere quædam nostræ definitionis vocabula: quorum tamen omnium rationem assignavi satis luculentam: nec eundem de sua quoque solicitum esse. Verum ita comparata est hominum natura omnium, aliena melius ut videant, & judicent, quam sua. *Terent. in Heautontim. Act.* 3. *Scen.* 1. *in fine* Mi Bocere, meam & aliorum definitionem vitiosam arguere cupis, cum vix sit: tuam, cum sit, vitiosam non animadvertis. Definis negociorum gestionem, *in hoc §. n.* 3. *pag.* 485. quod sit quasi contractus. Et rectè quidem. At nimis incon-

inconſideratè & ſuperfluè ſubjungis: conſiſtens in a-
ctu, quo quis alterius *non mandantis* negocia gerit.
Nunquid enim ex hoc ipſo, quod negociorum geſtio
eſt quaſi contractus, ſatis ſuperque manifeſtum eſt,
dominum negociorum *non mandantem* eſſe debere?
Quid? An ullo etiam caſu quaſi contractus
poreſt eſſe verus contractus? Ita ſcilicer egregius
ille Definitionum Magiſter & Artifex aliorum
definitiones allatrat; & ſuas à vitiis omnibus ex-
cuſare neſcit; nimio nimitum in re quidem pro-
pria amore, in aliena vero, livore præpeditus. Quæ
tamen haudquaquam ita accipi velim, quaſi exiſti-
mem, prædicta verba (*non mandantis*) abſque piacu-
lo definitioni negociorum geſtionis inſeri non poſſe:
cum ſimilia & ego inſeruerim, probèque ſciam, In-
terpretibus noſtris valde familiare eſſe, ut majoris
perſpicuitatis gratia definitionibus apponant voca-
bula etiam non neceſſaria. Idque ut ferendum eſt in
iis, qui tantum, ut res intelligatur exactius, allabo-
rant: ita intolerabile eſt in eo, qui cæteris acutior vi-
deri cupiens, ſuas definitiones pro accuratiſſimis &
abſolutiſſimis obtrudere Lectoribus annititur: cum
tamen reliquorum definitionibus, quas ipſe temerè
oppugnat, nentiquam perfectiores exiſtant. Hinc
verſiculi illi Horatiani *lib. 2. Epiſt. 1.* mihi opportunè
occurrunt:

Quod mecum ignorat, ſolus vult ſcire videri:
Noſtra ſed impugnat: nos, noſtraque lividus odit.

15 Geruntur porrò citra domini mandatum negocia
aliena, vel neceſſariò, vel voluntariè: neceſſariò, cum
quis coactus ea gerit: idque aut neceſſitate urgente,
aut neceſſitatis ſuſpicione, *l. ait pretor. 3. §. hac actione.*
10. ff. de negoc. geſt. l. tutori. 20 Cod. eod. Neceſſitate ur-
16 gente alterius negocia gerit executor ſententiæ ſive
judicati, quando juſſu prætoris ſententiam ſeu judi-
catum exequitur, *d. l. 3. §. ſi executor. 8. ff. d. tit.* ubi Ul-
pianus ita ſcribit: *Si executor à pratore in negocio meo*
datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adverſus eum
actio. Ex quo textu luculenter evincitur: quod exe-
17 cutor teneatur creditori & victori negociorum ge-
ſtorũ actione, ſi doloſè in executione ſententiæ ver-
ſatus fuerit. Et quanquam Anton. Faber *in rational.*
ad d. l. 3. §. 8. contendat, iſtum §. 8. de actione doli ex-
audiendum eſſe, *arg. l. ſi pigner. 50. ff. de evictiom.* cum
tamen dictus §. 8. poſitus ſit *ſub tit. de neg. geſt.* proba-
bilius eſt, eum non de alia, quam negociorũ geſtorum
actione eſſe accipiendum. Et ſanè ſi doli actionẽ Ju-
riſconſultus intellexiſſet: haud dubiè, ad omnem
tollendam ambiguitatem, hoc expreſſiſſet: maximè
cum ibi non ex profeſſo de actione doli, ſed de actio-
ne negociorum geſtorum tractarit.
18 Nec hanc evertit aſſertionem *d. l. ſi pignor. 50 ff. de*
evictiom. ubi dicitur, nullam aliam actionem contra
apparitorem ſeu executorem dari, quã de dolo. *Nam*
ibi dolo executoris, rem viliori pretio diſtrahentis,
læſus fuit non creditor, ſed debitor: cui, nomine hu-
jus doli, idcirco negociorum geſtorum actio non
competit: quia executor negocia debitoris geſſiſſe
dici nequit: cum hic debitor invitus executionem
patiatur. Hac itaque negociorum geſtorum actione
deficiente, neceſſario debitor ad ſubſidiariam actio-
nem de dolo confugit, *arg. l. 1. ff. de dolo.* Quod autem
d. l. 50. ff de evict. de debitore loquatur: arguunt ver-
ba iſta finalia, *domino rei.* Dominus enim rei, in qua
fit executio, non eſt creditor, ſed debitor. Alia ratio
eſt in creditore: quia cum executor ejus cauſa & con-
templatione negocium geſſerit: ſi quid dolo com-
miſerit in executione, meritò negociorum geſtorum
actione illi tenetur. Ita *poſt Accurſium in Gloſ. ultim.*
ad dictum l. 3. §. 8. ff. de negociis geſt. rectè tradunt *Iulius*
Pacius cent. 2. ἐναντιοφανῶν queſt. 50. Vitalis lib. 1. var.
lection. cap. 12. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 15. cap. 15.
lit. k. Treutl. vol. 1. diſputat. 10. th. 2. lit. C. ibique Hunn.
in ſua reſol. pag. 704. ubi & aliis Fabri diſſentientis ra-
tiunculis ſatisfacit. Præterea neceſſitate urgente alte- 19
rius negocium geritur, cum curator adoleſcentis, fu-
rioſi, mente capti, prodigivè negocia adminiſtrat, *d.*
l. 3. §. & ſi furioſi. 5. ff. de neg. geſt. l. curatoris. 17. Cod. eod.
vel cum quis mandatu tutoris, negocia pupilli ex-
plicat, *l. qui pupilla 4. Cod. de negoc. geſt.* quoniam pro-
curator, poſteaquam conſtitutus eſt, neceſſarius ge-
ſtor dicitur, *argum. l. ſicut initio. 5. Cod. de obligat. &*
actionib. Cujac. in paratit. Cod. de neg. geſt. in princ. quem
refert & ſequitur D. Bocer. claſſ. 3. diſput. 17. theſ. 4. ad
lit. C. edit. 2. item, cum tutor poſthumi inchoata ne-
gocia perficere cogitur, etſi non naſcatur poſthu-
mus, *l. cum pater. 29. ff. de negoc. geſt. l. ſi nemo. 19. §. fin.*
ff. de teſtament. tutel. l. 1. §. ſi quis 6. verſ. ſimili modo. ff.
de eo, qui pro tutore, prove curat. negoc. geſſ. Treutler. d.
diſp. 10. theſ. 2. lit. d. ibique fuſius D. Hunnius, pag. 705.
Neceſſitatis ſuſpicione alterius negocia gerit is, qui 20
quaſi tutor negocia expedit illius, qui jam pubes eſt,
d. l. 1. §. ſi quis. 6. ff. de eo, qui pro tutore, &c. ut & liber
homo, qui ſervire ſe illi credit, qui res quaſdam ge-
rendas ei mandat, *l. ſi pupilli. 6. §. ſi quis. 5. & l. at quin.*
19. §. ſi libero. 2. ff. de negoc. geſt.

Cui non contradicit *l. is, qui commodatum. 13. §. ſi* 21
libero. 2. ff. commod. ti. ubi expreſsè aſſeritur, hoc caſu
non actionem negociorum geſtorum, ſed mandati
locum habere. *Etenim* diſtinguendum eſt hoc
modo: ut ſi is, qui bona fide alicui ſervit, manda-
tum ſuſceperit, & negocium geſſerit quaſi ex ne-
ceſſitate ſervili, eo quod ſe ſervum eſſe, & ob id
mandatum ſui domini exequi teneri fuerit opi-
natus; tunc actione negociorum geſtorum tenea-
tur: propterea quod non valeat contractus manda-
ti, in quem non conſenſerit: cum geſſerit quaſi ex
neceſſitate ſervili. Sin verò ſciens ſe eſſe liberum,
nondum tamen ad libertatem proclamans, volens
ſuſceperit mandatum: tunc adverſus eum competat
actio mandati. Atque de hoc poſteriori caſu acci-
pienda eſt *d. l. 13. §. 2. ff. commodati.* de priori vero
caſu intelligi debet *d. l. at quin. 19. §. 2 ff. de negoc.*
geſt. Eaque diſtinctio confirmatur argumento
ſumpto *ex l. liber homo. 19. in fine. ff. de acquir. rer.*
domin.

domin. ubi ex Labeonis sententia similis affertur distinctio, cum homo liber bona fide serviens, jussu ejus, cui serviit, adiit hereditatem. Nam si quasi ex necessitate servili adiit hereditatem, possessori acquisivit: si sponte adiit, sibi quæsivit. Hoc autem argumentum eò majorem vim habet, quod ejusdem Labeonis sententia refertur etiam *in d. l. at quin. 19 §. 2. ff. de negoc. gest. Ita docent Iulius Pac. d. cent. 2. q. 59. Treutler. d. disputat. 10. thes. 2. ad lit. F. ibique D. Hunn. pag. 708.*

22 Voluntariè geruntur sive expediuntur aliena negocia, quæ quis sponte, & nulla prorsus necessitate cogente suscipit, *d. l. 3 §. hoc actione. 10. ff. de negoc. gest. d. l. tutori. 20. Cod. eodem.* id quod variis accidere solet modis: velnti si quis se in re absentis alicui obliget, *l. 2. ff. de negoc. gest.* vel pro alio absque ejus mandato fidejubeat, *d. l. 3 §. fin. & l. seq. l. fidejussor. 32. & l. mandasti. 46. in fin. ff. eod.* vel si quis pecuniam, aliamve rem ad me perferendam accipiat, *l. si pupilli. 6. §. 2. ff. eodem.* vel si quis Titium, quasi debitorem suum extra judicium de solvendo debito admoneat, & debitum ab eo recipiat, idque tu postea ratum habeas, *d. l. pupilli. 6. §. item quæritur. 9. & §. seq. ff. d. tit. & l. si per un. 9. Cod. eod.* vel si mater sive avia in rebus liberorum animo recipiendi ac repetẽdi aliquid expendat, *l. alimenta. 11. ubi Accurs. & Sichardus. C. eod. l. Nesennius. 34. ibique D. ff. eod.*

23 Enimvero hic ignorandum non est: quod etsi parentes sumptus, in liberos erogatos, repetere valeant, si ostenderint, se non animo donandi, sed repetendi sumptus istos fecisse, *juribus modo allegatis, & latius explanat Iohannes Garsias in tract. de expens. & meliorat. cap. 4. num. 4. Menochius lib 2. de arbitrar. jud. cent. 1. cas. 88. num. 5. 11. 20. & seqq.* illos tamen sumptus, quos ex juris publici necessitate fecerint, repetere haud possint, tametsi de illis repetendis expressè protestati fuerint. Cujus ratio manifesta est; quia quod quis facere cogitur legibus, si id faciat: solvit, quod debuit. Debiti autem soluti nulla repe-

24 titio est, *l si non sort 26. §. penult. ff. de condict. indebiti.* Et cum ad has impensas faciendas actionem habeat is, cui debentur: multò magis habebit ad eas servandas & retinendas exceptionem, *l. in totum. 156. §. 1 ff. de reg. jur.* Unde si filium, in bonis nihil omnino habentem, pater aluerit, eduxerit, bonis artibus instituendum curaverit; quantumvis testatus sit pater, se ea, quæ impendit, ita erogare, ut aliquando repetat; non tamen repetere poterit: quoniam ista facere cogebatur, *l. si quis à liberis. 5. § 1. 2. & 4. ff. de agnoscend. & alend. liber. l. ult. §. ipsum autem. 5. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.* Idem dicendum erit de liberto, qui tutores filiis patroni petiit. Hoc enim facere libertus compellitur, *l 2. §. 1. ff. qui petant tutor. vel curatores.* Ideoque si fecit; officio & obsequio liberti functus, negociorum gestorum actionem non habet, *l. officio. 5. C. de neg. gest. Donell. lib. 15. Comment. de jur. civ. cap. 16 pag. 424. num.*

25 *20. & 30.* Voluntarius quoque est negociorum gestor vitricus, qui repetendi animo sumptus facit in rebus privignorum, *l. si paterno. 15. Cod. de negoc. gestis.* At quid statuendum, si vitricus bona privigni administrans, alimenta privigno præbeat; anne etiam tunc repetitionem habebit? Et habere, probatur argumento *d. l. Nesennius. 34. vers. at in proposito. ff. eod.* ubi Paulus de avia, nepotibus alimenta suppeditante, apertè scribit: eam, si negocia administraverit nepotum, verisimiliter eos de re ipsorum propria aluisse. Quare & vitricus, bona privignorum administrans, in dubio alimenta potius ex bonis ipsorum privignorum, quam suis, præbuisse censebitur. Siquidem inter vitricum & privignos non talis invicem se alendi intercedit necessitudo, qualis inter patrem & liberos, aviam & nepotes. Et quanquam vitricus non rectè fortassis experiretur contra suum privignum, sumptuum in alimenta factorum recipiendorum causa, *ut exist. mat Ludovicus Romanus consil. 255. num. 2.* bona tamen privigno restituens, deducere posset & reputare alimenta, quæ illi præbuit, *argum. d. l. 1. 34. vers. igitur. ibi, audiendos, si reputare velint alimenta, &c. ff. de negoc. gest.* Quid verò, si privignus, aut pri- 26
vigna in servitio fuerit vitrici, eique operas quotidianas præstiterit, anne & tunc repetere aut deducere alimenta vitricus poterit? Hoc casu & æquitati & veritati magis consonum est: vitrico nullam alimentorum repetitionem aut deductionem competere: sed alimentorum & operarum compensationem fieri oportere: cum nemo suo sumptu alteri 27
inservire teneatur, *arg. l. in rebus. 18. §. possunt 2. ff. commodati.* Et absurdum quoque foret, deteriori conditione haberi privignum, quam extraneum, cui vitricus, si eum in suo servitio vel famulitio haberet, jure alimenta suppeditare cogeretur. *Eamque rem explicatius persequuntur, Martinus Coler. lib. 3. de aliment cap. 2. eumque citant D. Hunnius in resolut. ad d. disputat. 10. Treutleri. thes. 3. lit. C. q. 12. pag. 713. D. Bocer. hic num. 32. cum seqq. pag. 487 & Knipschildt d. exercit 11. quæst. 4. pag. 392.* Est item 28
voluntarius negociorum gestor filius, vel quivis alius, qui pro patre, aut alio, non donandi animo, debitum solvit, *l. si filius. 12. Cod. de negoc. gest. l. cum pecuniam 43. ff eod.* In *d. l. si filius. 12.* Alexander
29 Imperat. filio impensarum repetitionem denegat, *si donandi animo pecuniam dederit.* Ex quo elicitur, quod si non donandi animo filius debitum patris solverit, nec eo animo solvisse probari possit, repetitionem solutæ pecuniæ habeat. Et licet Johannes Glossator, eumque secuti, particulam *Si* illic idem significare putent, quod *quia*; prout interdum particula ista non conditionem, sed causam & rationem in legibus nostris denotat: quia tamen sua natura conditionem significare solet: idcirco ab hac genuina & nativa significatione in dubio non est recedendum, *arg. l. non aliter. 69. in pr. ff. de legat 3.*

Nec obstat, quod hæc sit correlativorum natura, ut quod dispositum est in uno, idem quoque dispositum

situm censeatur in altero, *l. ult. C. de indict. viduitate tollend. l. 1. Cod. de cupressis, &c.* Pater autem &
31 filius sint correlata. Ideoque sicut pater aut mater, sumptus suppeditans filio, non habet eorum repetitionem: cum donandi animo subministrasse præsumatur, *l. cum iu. 32. §. mulier. 2. ff. de condict. indebit. l. 1. in fine. ibique Gothofred. d. l. alimenta. 11. & d l. si paterno. 15. in princ. C. de negoc. gest.* ita & filius, impensas pro patre faciens, præsumatur donandi & non repetendi animo eas fecisse. *Nam respondetur:* argumentum hoc habere vim concludendi & pro-
32 cedere, si in uno correlativorum eadem sit ratio, quæ
33 est in altero. Ast in proposito diversa est patris & filii ratio. Siquidem liberi non ita jure naturæ primævo suos progenitores alere tenentur, quemadmodum hi illos: cum liberi alimenta parentibus ex
34 obligatione duntaxat antidorali debere videantur, *arg. l. fin. §. ipsum. 5. C. de bon. quæ liberis, &c.* Unde belle dici solet, quod lege naturæ non liberi parentibus, sed parentes thesaurizent filiis suis. *2. ad Corinth. 12. vers. 14. c. cum Apostolus. 6. §. prohibemus. ext. de censib. can. prædicator. 66. vers. non debent. caus. 16. quæst. 1. l. de emancipatis. 13. §. 1. & 2. Cod. de legitimis heredib. l. nam & si. 15. in princ. ff. de inoffic. testam. l. nihil interest. 50. §. 2. in fine. ff. de bon. libert. l. scripto. 7. in fin. ff. unde liberi. l. cum ratio. 7. in pr ff. de bon. damnat. Wesenbec. in §. qui igitur. 3. num. 2. supr. de patr. potest.*

Neque urget, quod alimenta pietatis intuitu fa-
35 cta & erogata repeti non possint, *l. ex duobus. 27. in fine. ff. de negoc. gest.* Filius autem in dubio intelligatur impensas, in patrem factas, pietatis respectu fecisse. *Respondetur* enim breviter: alimenta quidem pietatis causa suppeditata repeti non posse. at filium in dubio non censeri alimenta pietatis causa patri suppeditasse, aut impensas pro eo fecisse: *ut arguit d. l. filius. 12. ibi, si donandi animo pecuniam dedit. C. eodem. Hunnius d. thes. 2. lit. D. pag. 714. D. Becerus hic num. 27. & seqq. pag. 488. Lingletz decis. 1. quæst. 7. & Knipschildt d. exercit. 11. quæst. 5. pag 392.* Porrò de obligatione parentum in liberos, & obligatione liberorum erga parentes, perquam eleganter & copiosè disserat Henningus Arnisæus *lib. 1. de Republ. cap. 4. sect. 4. & 5.*

36 Est præterea voluntarius negociorum gestor maritus, qui in funus uxoris, quasi recepturus, aliquid erogat, *l. quod in uxorem. 13. Cod. de negoc. gest.* & frater, qui pro sorore tributa solvit, *l. si negocium. 16. ubi Gothofred. Cod. eod.* aut pro fratre coherede pecuniam expendit, *l. sive pro fratre. 3. C. d. tit.* item ille, qui sumptus necessarios & probabiles in re seu lite communi facit, *l. ejus, qui. 41. vers. earum autem, &c. ff. de reb. credit. & l. liberto. 31. §. fin. ff. de negoc. gest.* in quibus legibus affirmatur, solam negociorum gestorum actionem de impensis, in rem communem factis, competere.

37 Hisce textibus non repugnat *l. heredes. 25. §. si unus. 15 ff famil. ercisccund. l. filia. 18. in fin. Cod. eod.* & *d. l. 3. Cod. de negoc. gest. cum concordantibus,* in quibus asseritur; de eo, quod in rem communem impensum est, dari vel actionem communi dividundo & familiæ erciscundæ, vel certè hasce actiones concurrere cum actione negociorum gestorum. *Etenim* sic commodè distingui potest: ut, si quis pro parte coheredum gessit, quod divisionem recipiebat, & pro sua solummodo parte geri potuisset; tunc negociorum gestorum actio detur, *d. l. 41. ff. de reb. credit. d. l. 31. §. fin. ff. de negoc. gest.* Si verò quis gesserit pro parte etiam coheredum; quod divisionem non recipiebat, quodque pro parte duntaxat gestoris geri non poterat: tunc actio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo competat, *d. l. 25. §. 15. ff. famil. ercisc. d. l. 3. Cod. de negoc. gest. & similib. Cujac. tract. 8. ad African. 8. in explicat. d. l. ejus, qui. 41. ff. de reb. credit. pag. 427. D. Becer. hic num. 30. & seq. pag. 488. Hunn. in d. disput. 10. Treutlers, thes. 3. ad lit. H. vol. 1. pag. 717. Iulius Pac. d. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. quæst. 63.*

Est denique voluntarius negociorum gestor pater 38
aut mater, quæ ignorante filia à sponso ejus res donatas suscipit, *l. fidejussor. 32. §. ultim. ff. de negociis gestis.* ubi Papinianus ita disertè scribit: *Ignorante virgine, mater à sponso filiæ res donatas suscepit: quia mandati, vel depositi cessat actio: negociorum gestorum agitur.*

Cui non refragatur *l. die sponsaliorum. 25. in princ. ff. depositi.* ubi idem Papinianus profitetur: isto in casu competere actionem depositi, & non negociorum gestorum. *In hujus* siquidem legis specie virgo fuit præsens, eique res fuerunt à sponso oblatæ: ac proptereà pater accepit voluntate filiæ: ob quam voluntatem filia videtur brevi manu res accepisse, & apud patrem deposuisse. Quod autem præsens fuerit filia, apparet ex eo, quod dicitur, res puellæ fuisse oblatas: quoniam præsenti tantum offerimus. Cæterum in specie *d. l. fidejussor. 32. §. ultim. ff. de negoc. gest.* mater ignorante virgine res accepit: & ideo cum nullus fuerit consensus virginis, non potest videri res à sponso accepisse, & apud matrem deposuisse. *Ita istos textus conciliant Antonius Faber in rational. & Cujac. lib. 3. responsor. Papiniani, in explicat. dicta l. 32. §. ult. ff. de negoc. gest. Pacius d. cent. 2. quæst. 64. eoque laudant Hunnius dicto loco pag. 718. & D. Becerus hic num. 33. pag. 489.* Porrò plura ejusmodi negociorum gestorum exempla videre est passim, *ff. & Cod. de negotiis gestis.*

Ex hoc quasi contractu duplex nascitur actio ne- 39
gociorum: una directa, altera contraria, *hoc §. nostro. l. sin autem. 20. ff. de negoc. gest.* Directa negociorum gestorum actio datur domino rei gestæ, adversus ipsum gestorem; ad hoc, ut gestionis sive actus sui rationem reddat: quodque ex negocio domini percepit lucri & commodi, hoc omne ei restituat, damnumque, quod negligentia ipsius, culpa & dolo datum est, resarciat, *l. 2. & l. si negocia. 11. ff. d. tit. ibique in Partitl. Wesenbec. num. 10. l. tutori. 20.*

C. eod. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. l. si quis absentu. §. in princip. ff. de obligat. & actionib. Sed de qua
41 nam culpa teneatur negociorum gestor, valde intricatum ac controversum est? Et quidem, quod non de levissima, sed de lata solum & levi culpa ille conveniri possit, plerique existimant; *Angelus, Mynsingerus, Balduinus, Heigius, Giphanius, Ritershusius, Schneidevvinus, Marcilius, & nonnulli alii in hoc §. Sichardus in d.l.tutori.20.C.de negoc.gest. Anton. Faber. ad d.l.si negotia.11. ff. eodem. Petrus Gregor. in syntag. jur. univers. lib. 20. c. 2. num. 4. D. Becer. class. 3. disput. 17. thes. 17. edit. 2. item in hoc §. num. 43. cum multis seqq. pag. 490. & in commentar. ad d.l. contractus. 23. ff. de reg jur. cap. 4 num. 111. edit. 2. & ibidem Hieronimus Cagnol. num. 66. Petrus Fab num. 111. & M. Anton Delrio cap. 14. Treutler. disput. 10. thes. 6. lit. D. vol. 1. Hœnonius disput. 17. ad Institut. thes. 17. Arumaeus Exercitat. Justin. 15 thes. 11. Matthias Stephani cent. 3. quaest. 90. Schickhardus disput. 15. thes. 6. ad lit. b. & resolut. quaest. 1. Schegkius in delibat. jur. disp. 20. thes. 3. lit. d. Gothofred. Anton. disput. Anti Vultei. 4. th. 23. Locamer. quaestionum juridicarum fascic. 40. quaest. 9. & Frantzkius exercitat. jurid. 11. quaest. 7. pag. 360. & seqq.* Verum quod etiam levissimam culpam domino praestare regulariter teneatur negociorum gestor, asserunt *Donellus lib. 15. Comment. de jur. civ. cap. 15. pag. 420. ibique Hilliger. in suis notat. ad lit. f. Vultejus lib. 1. disceptat. Scholast. cap 15 pag. 165. cum seqq. Borcholdt. Anton. Matthaeus & Gerard. Tuningius in hoc §. Cujacius in notu ad Jul. lib. 1 sentent. tit. 4 in princ. Timaeus Faber d. disp. 25. ad Instit. Imperial. lib. 2. lit c. Justus Schütz d. disput. 17. th. 5. pag. 261. Rober. disput. 18. thes 1. Wegner. disput. 13. th. 2. ad lit. D. Andr. Gerhardi decad. 16. quaest. 1. Forster. junior. lib. 3. disput. 19. thes. 1. Riemer. decad. 11. quaest. illustr. 7. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 3. Pand. tit. 5. num. 30. pag. 325. cum seqq. Schröter diatribar. domesticar. decad. 8. quaest. 8. Berens disput. 12. ad Instit. them. 3. quaest. 1. Hunnius disput. 16. ad Instit. thes. 26. & in resolut. ad d. disput. 10. Treutl. th. 5. lit. C. & D. p. 724. q. 19 & Bachovius ibidem in suis not. pag. 382. vol. 1. & in hoc § n. 1. p. 833. hosque referens D. Martinus Rümel. Exercit. 16. ad Instit.*
42 *sub thes. 2. lit. C pag 146.* Quae assertio, quam & ego verissimam judico, in primis probatur *per hunc §. nostrum, vers. quo casu, &c.* ubi Imper. Justinianus regulam proponit, quod negociorum gestor teneatur ad exactissimam diligentiam, cui culpa levissima opponi solet, *ut ostensum in §. 2. supr. de obligationibus num. 70. & 76.* Regulam autem esse, arguit vocula *quisque*, & subjecta exceptio, *si modo alius diligentior commodius administraturus esset negocia.* Quasi dicat Imp. tum demum negociorum gestorem suo satisfecisse officio, quando à nemine vincitur diligentia: hoc verò nunquam futurum, nisi exactissimam adhibuerit operam; cum semper ab alio diligentius possint administrari negocia, si exactam usurpat diligentiam. Quemadmodum igitur in aedilicio edicto, qui optimum dixit, optimum etiam, non mediocrem, praestare debet, *l. si quid venditor. 18. §. 1. ff. de aedilit. edicto*: ita negociorum gestor, à quo exactissima requiritur diligentia, eam adhibere debet.

Deinde eadem assertio hac ratione confirmatur: 43
Quicunque sese sua sponte alicui negocio offert, is in plus tenetur, quam alias natura contractûs patitur, *l. 1. §. saepe evenit. 35. ff. depositi.* ubi depositarius, qui se deposito obtulit, tenetur etiam ad levem culpam: cum tamen alias solum dolum & latam culpam praestet, *l. quod Nerva. 32. ff d. tit d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & explicatum latius in §. praeterea. 3. num. 22. & seqq. supr. quib. mod. re contrah. obligat.* Atqui vero negociorum gestor gestioni seu administrationi negociorum semper se offert: quoniam certissima est hujus contractus natura, quod negocia aliena gerens, sponte non rogatus ad ea gerenda accedat, atque ideo semper sese offerat. In arbitrio enim ipsius est ab initio, negociorum gestionem suscipere: susceptam autem pro arbitrio suo negligenter administrare, liberum ipsi non est. Cum igitur 44
etiam mandatarius, qui tamen se non obtulit, de omni culpa teneatur, *l. à procuratore. 13. Cod. mandati, & pluribus demonstratum in §. is, qui exequitur. 8. n. 21. & seqq. supr de mand.* idem, & quidem multò meliori jure, de negociorum gestore statuendum fuerit.

Accedit praeterea textus expressus *in l. si mater. 45
24. C. de usur.* ubi ab Imper. Philippo rescriptum est: matrem, quae negocia filii gessisset, *omnem* diligentiam praestare debere. Quod si igitur *omnem* diligentiam praestare mater, in gerendis & administrandis liberorum negociis, compellitur: sequitur, quod & exactissimam diligentiam, quam culpae levi opponi certum est, praestare teneatur. Et si à matre omnis diligentia exigitur: multò certè magis ab extraneo exigetur. Neque enim tam stricta inter necessarios, maximè verò inter parentes & liberos, esse solet observatio, quanta est inter extraneos, *argum. l. 3. §. interdum. 9. ff. de negoc. gest.* Et quanquam dissentientes regerant: omnem diligentiam *in d. l. 24. Cod. de usur.* non absolutè de omni diligentia, quam etiam diligentissimus paterfamilias adhiberet, sed de omni diligentia matris, quam suis propriis rebus adhibere consuevit, intelligendam esse, quae diligentia opponi soleat non levissimae, sed levi culpae: isthaec tamen interpretatio meritò repudiatur. Tum quia nimis divinatoria est, nec ullo firmo fundamento suffulta: cum Imperator non dicat, *omnem diligentiam matris*, vel *omnem diligentiam, quam mater suis rebus adhiberet*; sed absolutè & simpliciter *omnem diligentiam.* Cum igitur Imper. non distinguat, nec 46
nos distinguere debemus, *vulgata l. de precio. 8. ff. de Public. in rem action. l. 1. §. generaliter. ff. de legat. praestand.* Tum quia diligentia, quam quis suis adhibet rebus, opponitur culpae latae: ita ut si eam in alienis rebus non praestiterit; latam culpam, seu culpam eam, quae dolo proxima est, commisisse putetur, *d l. quod Nerva. 32. ff. depositi.*

Illud

47 Illud insuper ipsum corroborare videtur *l. si negotia.11.ff.de negoc. gest.* ubi Pomponius ait: eum, qui negocia absentis & ignorantis gerit, culpam & dolum præstare debere: sed & interdum casum. Quibus utique verbis haud obscurè significat Jurisconsultus: negociorum gestorem culpam præstare debere. Levissimam autem culpam, esse culpam patescit ex *l. in lege Aquilia.44.ff.ad leg. Aquil. & iis, quæ documus in §.2.num.70.cum aliquot seqq. suprà de oblig.*

48 Igitur ex mente Pomponii & hæc à negociorum gestore præstanda est. Quicquid enim prædicatur de genere, id etiam de singulis speciebus, eo genere contentis, prædicari intelligitur: nisi aliqua species expresfsè atque nominatim excepta fuerit, *arg. l. quæ de tota.76.in princip. ff. de rei vindicat. l. uxorem. 41.§.3.ff.de legat.3.l.1.§. quod autem ff. de aleatorib.* Hic autem in genere de culpa prædicatur, quod ea præstanda sit à negociorum gestore. Quare de singulis culpæ speciebus sive gradibus; adeoq; de culpa quoque levissima idem prædicari, statuendum est.

49 Nec movet, quod objicitur, *in d.l.11.ff.de negoc gest.* per culpam intelligi duntaxat levem: quæ in dubio appellatione culpæ venire solet, *arg. §. præterea.3.supr. quib.mod.re contrah.obligat.l.socius socio.72.ff pro socio.l.videamus.4.§.fin.& l.seq §.3.ff.de in lit.jurand. l. si mora.9.ibique Iason.num.8.& l.si filiofamilias.25.§. 1.ff.solut.matrimon* Præterquam enim quod hoc rum demum procedit, quando res subjecta suadet, nomine culpæ levem tantummodò culpam intelligi, aut levissima culpa perspicuè excipitur, *ut in l. heredes. 25.§ non tantum.16.verf.non tamen diligentiam.ff.familiæ ercifcund. & post alios pluribus ostendit Celsus Bargalius in tract.de dolo.lib.5.cap.3 n.18.& seqq.* etiam observandum est, quod Pomponius *in d. l. si negocia.11.ff.de negoc. gest.* culpam & dolum casui fortuito opponit. At quoties hoc fit: per culpam omnis, sicque etiam levissima, culpa intelligitur: nisi & ipsa vel expresfsè, vel implicitè expiatur, *ut in §.ult.supr. Quib mod.re contrahit obligat.*

50 Postremò huic sententiæ non parum suffragatur textus *in l. in re mandata. 21. in fine.Cod.mandat.* ubi Constantinus Imper. rescribit: in administratione alienorum negociorum *nil quidquam* neglectum ac declinatum culpâ vacuum esse. Atqui negociorum gestorem aliena negocia gerere, in confesso est. Sequitur ergo, quod si quidquam in eorum gestione neglexerit ac declinaverit, culpâ haud vacuus sit: ac ea propter de culpa levissima conveniri possit. Idque maximè vox, *quidquam*, arguit. Quidquid etenim neglectum fuerit, aut declinatum, culpâ vacuum non est: ita nimirum, ut si neglectum aut declinatum quid fuerit, quomodocunque etiam illud fiat, id præstandum sit. Id autem fit culpa non minus levissima, quam levi. Et vero est ratio illa non propria mandatarii; sed omni alieni negocii gestori communis, sive mandato illud gerat, sive sine mandato. Quinimo si locum illa habet, ut habet, in mandatario, qui ad gestionem accedit, præcedente negocii domini rogatione atque mandato: multò magis locum habebit in negociorum gestore, qui sponte sua non etiam rogatus, ad negocia gerenda accessit, & se illis obtulit, atque offerendo industriam suam in gerendo sive administrando professus est, *D.Vult.d.lib. 1.disceptat.Scholastic.c.15 pag.mihi.169.*

51 Huic ita stabilitæ assertioni primo non obstat *prædicta l. tutori.20.C.de negoc. gest.* ibi cum Impp. Diocletian.& Maxim.doli tantum, culpæ latæ & levis mentionem faciant: inde dicendum videtur, levissimam culpam præstandam non esse. *Etsi* enim in ista lege culpæ levissimæ nulla mentio fiat: non tamen protinus consequens est, hanc culpam levissimam non esse à negociorum gestore præstandam. Unius quippe inclusio non est alterius exclusio in 52 constitutionibus Imperatorum, in Codicem relatis: quæ sunt ut plurimum restrictæ & accommodatæ ad consultationem & facti speciem Imperatoribus propositam. Igitur de levissima culpa *in d. l 20.* nihil respondent Imperatores: quia de ea non fuerant consulti aut requisiti: sed hujusmodi facti species ipsis proposita & oblata fuit, qua is, qui consulentis Octavianæ negocia gesserat, dolum, latam & levem culpam, non etiam levissimam, commiserat. Quod si in genere, annе de omni culpa, aut in specie, an de levissima culpa teneretur negociorum gestor, Impp. fuissent consulti: dubium non est ullum, quin idem de levissima culpa responsuri fuissent. Neque sanè hæc interpretatio nuda conjectura aut divinatione nititur: sed ex oppositione ista, quæ fit *in d l.20.* manifestè colligitur. Namque opponuntur ibi tutor atque curator negociorum gestori ratione culpæ, de qua tenentur. Atqui clarissimi juris est, tutorem & curatorem de levi teneri culpa, *l. à tutoribus. 33. in princ.ff.de administrat.& peric.tutor. l.1. in princ. ff. de tutela. & rationib. distrahend. l. quicquid. 7. C. arbitrium tutelæ, & dictum supra ad §. it, qui exequitur.8. num.31.tit.de mandato.* Quapropter ut oppositio ista consistat: necessariò admittendum est, negociorum gestorem non solum de levi, sed de levissima quoque culpa teneri. *Hunn.d resolut.ad disputat.10.Trentleri. thes.5.lit.C.& D.vol.1.pag.725.*

53 Secundò non obstat *l. fidejussor. 32. verf. negociorum autem.ff.de negoc gest.* ubi Papinianus ait, in negeciorum gestorum actione culpam existimari satis esse, non etiam casum. *Nam* si ibi culpæ appellatione culpa levissima contineri non debuit: cur Jureconsultus non æquè culpam levissimam, atque casum excepit: cum de illa magis, de hoc minus dubitari potuisset? Verum equidem est, culpam absolutè positam significare culpam levem, *argument. d.l.contractus.23.ff.de reg. jur.§.3. supr. quib.mod.re contrah. obligat. & jurium similium allegatorum supra num. 49.* sed id non esse perpetuum, dicto modò loco ostensum est. Suadet enim interdum oppositio, quæ fit inter culpam, & casum fortuitum, ut culpam interpretemur culpam omnem, quæ & dolus sit, &

culpa lata, & culpa levis, & culpa levissima, *ut in d. l. fidejussor. 32. ff. de negoc. gest. & l. si procuratorem. 8. §. proinde. 10. ff. mandati.* interdum etiam idem dictat suadetque subjecta materia, de qua agitur, mentione culpæ in illa facta: quemadmodum circa contractus mandati causam notavimus supra *in d. §. is, qui exequitur. 8. tit. de mandato. numer. 25.* quod nimirum in illo appellatione culpæ, non levis tantum, quæ propriè culpa dicitur, sed levissima etiam comprehendatur, ubicunque absolutè culpæ mentio fiat, *ut in d. l. si procuratorem. 8. §. proinde. 10. l. idemque. 10. §. 1. l. inter causas. 26. §. sed cum servus. 7. ff mandati. l. etiamsi. 4. Cod. eod. D. Vult. d. cap. 15. pag. 172.*

54 Tertiò non obstat *l. si pupilli. 6. §. ultim. ff. de negoc. gest.* ubi à negociorum gestore exigitur, ut diligens sit, non etiam, ut sit diligentissimus. Cui simile est, quod *in recept. sentent. Pauli lib. 1. tit. 4. in princip.* dicitur, eum, qui negocia aliena gerit, exactam diligentiam præstare debere. Unde colligitur: in negociorum gestore culpam levem & non levissimam, vindicari: siquidem exacta diligentia culpæ levi; exactissima verò culpæ levissimæ opponatur. Istud, *inquam*, non obstat. Respondetur enim: exactissimam diligentiam rectè quoque appellari diligentiam exactam: quoniam superlativo positivum inesse constat. Nam qui doctissimus est, rectè dicitur doctus: qui sapientissimus, rectè dicitur sapiens. Itaque non sequitur: negociorum gestor tenetur præstare exactam diligentiam: ergo non exactissimam: item negociorum gestor debet esse diligens: ergo non diligentissimus. Sic etenim à man-

55 datario requiritur, ut aliena negocia *exacto* officio gerat, *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* & tamen *nihil quidquam* ab eo neglectum culpa vacuum esse, ibidem pronunciatur. Sic & commodatarius rebus commodatis exactam diligentiam adhibere dicitur, *§. item is. 2. vers. at is, &c. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* & tamen ipsum de culpa levissima conveniri, traditur *in l. si ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. in fine. ibi, diligentiam. l. in rebus. 18. in princ. ibi, diligentissimus. ff. commodati. l. 1. §. & ille quidem. 4. ibi, exactissimam. ff. de obligationib. & actionib. & expo suimus accuratius in d. §. 2. supr. quib. mod. re contrah. oblig. num. 23. & seqq.*

56 Quartò non obstat, quod ex hujusmodi quasi contractu negociorum gestorum nihil planè commodi ad gestorem perveniat: sed solius domini, cujus negocia gesta sunt, utilitas vertatur. Juris autem est non incogniti, quod cum contractus ad solius creditoris pertinet commodum, debitor de levissima culpa conveniri non debeat, *d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati.* Hoc, ajo, non obstat. Quod enim dicitur, levissimam culpam non præstari, cum contractus non concernit utilitatem debitoris: id hanc recipit limitationem: nisi debitor sese contractui obtulerit, suamque diligentiam & industriam professus fuerit. Jam verò negociorum gestor nulla planè necessitate coactus, sed sua sponte aliena negocia administranda suscipit. Igitur meritò de levissima culpa tenetur, *docente Hunnio in d. loco pag. 726. & Vultejo d. cap. 15. ad finem.*

Quintò non obstat, quod si ad exactissimam & summam diligentiam negociorum gestor obligatus esset, adeoque de levissima culpa teneretur, nemo facile alterius negocia suscepturus & curaturus esset: sicque absentium negocia, insigni sæpe eum eorum detrimento, desererentur: ad quæ tamen gerenda amici maximè invitandi videntur, *argum. hujus §. vers. idque utilitatis, &c.* Etenim hoc debile admodum & infirmum est argumentum. Eadem quippe ratione non facilè quispiam mandatum susceptu rus foret, quod & ipsum exactissimam diligentiam requirit, & à contrario, si hæc adhibita non fuerit, levissimam culpam exigit, *l. à procuratore. 13. Codic. mandati. & pluribus monstratum in d. §. is, qui exequitur. 8. supr. de mandato. num. 21. & seqq.* Sed & illud, quod in conjectura ac eventu dubio positum est, certissima juris fundamenta & rationes evertere non debet, nec potest, *ut bene hic in fine Anton. Matthæus monet.* 57

Sextò non obstat *d. l. quicquid. 7. Cod. arbitrium tutel. cum similibus*, ex quibus evinci posse videtur: quod, ad instar tutoris, negociorum gestor de levissima culpa conveniri non possit. *Quandoquidem* à tutore, qui necessitate publica ad tutelæ administrationem inducitur, ad negociorum gestorem, qui ultrò se ingerit, minus rectè duci argumentum, liquet *ex d. l. tutori. 20. Cod. de neg. gest. & tradit Robertus d. disput. 18. thes. 1. eumque referens Paulus Berens d. disputat. 12. them. 3. quæst. 1. num. 2. & ipse ostendi suprà in d. §. is, qui exequitur. 8. num. 33. tit. de mandato.* 58

Septimò & ultimò non obstat, quod officium suum nemini debeat esse damnosum, *l. sed si quis. 7. ff. testament. quemad. aperiant. l. si servus. 61. §. quod verò. 5. ff. de furt. l. si vero. 12. §. si mihi. 9. ff. mandati:* Ast erit damnosum gestori, si ex culpa levissima conveniatur. *Nam* quadrupliciter respondetur. I. Si hoc argumentum obtineret: negociorum gestor ne quidem ex culpa levi conveniendus foret, ne pateretur officii sui jacturam. Est siquidem ubique idem medium concludendi. Posterius autem est absurdum. Ergo & prius. II. Non potest conqueri gestor, quod officium suum sibi existat damnosum: cum nec officio suo functus sit. Debent enim aliena negocia exacto officio geri, nec *quidquam* in eis præter missum culpa vacat *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* Et qui se negocio gerendo offert, is *omnem* culpam præstat, *d. l. 1. §. sæpe evenit: 35. ff. depo sit.* III. Nec damnum gestor sentire intelligitur, quod culpâ suâ sentit, *l. quod quis ex culpa. 203. ff. de reg. jur. & notat Anton. Matthæus in hoc §. nostro.* IV. Regula illa sic intelligitur: nisi officium culpa præcesserit: item nisi officium alteri noceat. Adjuvari quippe nos, non decipi officio, oportet, *l. in commodato.* 59 60

dato.17. §. sicut. 3. vers. adjuvari. ff. commodat. Gerard. Tuning. hic in fine. Istis igitur obstaculis omnibus remotis, firmiter concludendum est: negociorum gestorem de levissima culpa regulariter conveniri posse.

61 Est tamen casus, quo negociorum gestor levissimam culpam non præstat, imò ne levem quidem, sed solummodo dolum: veluti si affectione coactus, ne bona mea distraherentur, negociis se meis obtulerit l. ait prætor. 3. §. interdum. 9. ff. de neg. gest. Sanè

62 de casu fortuito, qui videlicet nulla providentia humana caveri potuit, non teneri negociorum gestorem, extra omnem controversiam est: siquidem nec alius quisquam de casu fortuito conveniri potest, l. si ex legati. 23. ff. de verb. obligat. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ubi Delrio. c. 21. l. quæ fortuitis. 6. Cod. de pignoratit. act. Ejusque ratio est perspicua: quia quotiens res sine omni culpa aut dolo alterius perit: æquissimum est, eam perire suo domino, l. pignus. 9. Codic. de pignerat. act. Cum enim is commodum illius rei sentiat: secundum naturam & æquitatem est, eundem quoq; damnum illius sustinere & commodum, §. cum autem. 3. vers. nam & commodum. supr. de empt. & vendit. l. secundum. 10. ff. de reg. jur.

63 Verum tres excipiuntur casus, quibus etiam de casu fortuito negociorum gestor tenetur. I. Si tale negocium suscipiat negociorum gestor, quod non solitus erat gerere dominus, l. si negocia. 11. ff. de negoc. gest. II. Si casu fortuito causam præstiterit & occasionem, §. item u. 2. vers. si modo non ipsius culpa, supr. quib. mod re contrahit. obligat. III. Si speciali pacto casum fortuitum in se receperit, l. negocium. 22. C. de negoc. gest. l. 1. C. de commodato. Etenim

64 pactum sive conventio dat legem, hoc est, formam & temperamentum contractui, ut jam ex ipsa conventione de contractu judicetur, l. juris gentium. 7. §. quin imò. 5. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. ibique Philipp. Matthæus num. 41. l. legem. 10. C. de pactis. & inibi Donellus num. 4.

65 Porrò directa negociorum gestorum actio non tantum competit, quando gestor negocium eo animo gessit, quod alienum esse existimaret: sed tum etiam, quando gessit negocium, quod putabat suum esse, cum revera esset alienum, per textum expressum in l. ultim. ff. de negoc. gest. Et ratio est: quia dominus agendo adversus gestorem ratum habet, quod ipse gessit: quæ ratihabitio negocium illud omnimodo domini efficit: quod etiam ab initio revera erat domini, sed non ipsius contemplatione gestum, l. si pupilli. 6. §. item quæritur. 9. & §. seqq. ff. d. tit. Hæc ratio, cum sit generalis, ostendit: gestorem, qui re ipsa alienum gessit negocium, cum suum se gerere putaret, teneri, sive causa lucrativa fuerit, sive onerosa: ut rectè sentit Iacobus Cujac. tractat. 8. ad African. in princip. ubi dictam l. final. ff. de negoc. gest. non minus eleganter, quam doctè explicat. Ex adverso

66 autem hæc actio locum non habebit, si quis gesserit negocium, quod alienum esse existimavit, cum esset suum. Hujusque ratio evidens: quia bona fides non patitur, ut ei, cujus negocia opinione tantum gesta sunt, & cujus nihil interest, gesta vel non gesta fuisse, adversus gestorem actio concedatur, argum. l. actio negociorum. 42. in princ. ff. eod. Sed & negociorum gestorem ob illa absentis negocia, quæ non gessit, teneri iniquum videtur, argum l. tutores. 39. §. qui se negotiu. 2. in fin. ff. de administrat. & peric. tutor. & d. l. tutori. 20. Cod. de negoc. gest. quibus in locis hæc ratio adducitur: quia satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Idemque confirmat l. qui proprio. 46. §. 1. ff. de procurator. ubi ita Cajus Jurisconf. respondet: Et, qui defendit eum, cujus nomine ipse non agat, liberum est vel in unam rem defendere. 67

Nec adversatur d. l. si pupilli. 6. §. videamus. 12. ff. de neg. gest. ubi apertè dicitur, negociorum gestorem teneri ob ea quoque negocia, quæ non gessit, & l. in commodato. 17. §. sicut. 3. vers. ut accidit. ff. commodati. ubi statuitur, eum peritura negocia non impunè deserere. Nam ad harum legum veram conciliationem nihil accommodatius & convenientius hac distinctione esse reor. Aut quis incepit gerere negocium, & postea illud omisit: & de illo tenetur, d. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. eod. Aut non incepit: & tunc aut ab initio accessit, ut omnia gesturus, & de omnibus tenetur, l. Pomponius. 15. in fin. cum l. seq. ff. de neg. gest. Aut non accessit, ut gesturus omnia, sed ut gesturus quædam: & tunc aut alius fuisset gesturus omnia, nisi ipse accessisset: & tenetur de omnibus, d. l. si pupilli. §. videamus. 12. ff. d. tit. Aut alius non erat gesturus: & tunc non tenetur, nisi de his, ad quæ gerenda accessit, d. l. tutori. 20. C. de negoc. gest. Et ita distinguunt, sentiuntq; (remota Guilielmi de Cabriano opinatione) Joannes, antiquissimus & subtilissimus Interpres ac Glossator, Accursius & Bartolus n. 2. in d. l. tutori. 20 Cod. eod. Jul. Pacius cent. 2. [illegible] quæst. 54. hosque allegans Arumæus Exercitat. Iustinian. 15. thes. 12. Atque huic distinctioni noviter quoque calamum applaudentem porrigit D. Martinus Rümelinus, Gener mihi charissimus. Exercitat. 16. ad Institut. sub th. 2. lit. c. in fine pag. 146. 68

Illud obiter hic tenendum est: quod is, qui negocia gerit aliena, si pecuniam in suos usus convertat, maximas, id est, centesimas usuras præstare teneatur, l. qui sine usuru. 38. vers. quoniam, &c. ff. de negociu gestu: ubi hæc ratio additur: quoniam ob licentiam, qua abutitur, dum sibi nummos alienos accipit, maximis usuru vice pœna subjicitur. Eodem confert l. ult ff. de ritu nupt: ubi is, qui clam aliquid facit, vel delinquit, majore pœna afficitur, quam qui palam. At qui negociorum gestorem, utpote nullum mandatum habentem, clam administrare in propatulo est. Igitur meritò maximas usuras præstare compellitur. 69

Cui non contrarium est, quod dicitur in l. idemque. 10. § si procurator. 3. vers. quod si non. ff. mandati. eum, qui pecuniam alienam in suos usus convertit, 70

Mmmm. 3, con-

conveniti in usuras non maximas, sed modo legitimo in regione frequentatas. *Rectè* namque distinguitur inter negociorum gestorum, qui mãdato caret, & procuratorem, qui domini mandato negocia administrat. Procurator enim eas usuras præstat, quæ in regione frequentantur: negociorum autem gestor debet maximas usuras. Differentiæ ratio jam nota est: quia gravius peccat is, qui sponte sua clam & domino ignorante negocia gerit, quam is, qui palam mandatu domini ad ea gerenda accedit: & minorem in his negociis ac rebus domini auctoritatem habet negociorum gestor, quam procurator. Ideoque magis ignoscimus procuratori, qui quodammodo habet voluntatem domini, quam negociorum gestori. Licet enim dominus procuratori non mandaverit, ut pecunias converteret in usus suos: tamen mandavit, ut pecuniarum curam haberet, easque administraret: cum negociorum gestori neutrum mandatum fuerit. *Ita docent ibi (repudiato Rogerii glossemate) Accursius in resolutione prima, Iacobus de Raven. & Cynus, item Iulius Pacius d. cent. 2. quæst. 65. Paulus Berens d. disput. 12. ad Institut. them. 3. quæst. 3. Hieronym. Treutler. d. disput. 10. thes. 4. volum. 1. ibique in sua resolut. Hunnius, pag. 718.*

Non omittenda hoc loco illa satis dubia quæstio
71 est: an correo, qui totum debitum solvit, adversus correum competat negociorum gestorum actio? Et non competere (utut ogganniat Accursius *in l. 2. Cod. de duob. reis stipuland.* & Molineus *ad l. Modestinus. 76. n. 5. ff. de solution.*) inde manifestum est, quod hæc actio non competit ei, qui suum negocium gessit, *l. creditor. 60. §. 1. vers. item quæsitum est.*
72 *ff. mandati.* Atqui correus tenetur suo & proprio nomine totum debitum solvere, non solum si correum habeat, qui sit utiliter obligatus creditori; sed & si obligatio correi non subsistat, *l. in duobus. 3. §. 1. l. duos. 6. §. 1. l. si ex duobus. 11. §. 1. ff. de duob. reis con-*
73 *stituend. l. si duo. 128. ff. de verb. obligationib.* Hincque est, quod generaliter proditum legimus, negociorum gestorum actionem ei dandam non esse, cujus pecunia ad suum creditorem pervenerit, licet alienum voluerit gerere negocium, *l. si liber homo. 36. in postremis verbis, quæ desinit competere, si creditori ejus soluta sit. ff. de negoc. gest. l. cum pecuniam. 43. ibi, ejus nomine solveres. & l. mandasti. 46. in princ. vers. si vere propterea ff. eod. tit.* Accedit, quod etiam cum quis alienum negocium gerit, si tale illud sit, ut nec suum proprium possit explicare, nisi alienum quoque gerat, negociorum gestorum agere nullo modo potest, *l. heredes. 25. §. non tantum. 16. ibi, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: & ideo negociorum gestorum actio ei non competit. ff. famil. ercisc.* Tunc etenim solum competit negociorum gestorum actio, ob id, quod in re communi gestum est, cum potuit socius partem suam ita administrare, ut socii quoque partem administrare non cogeretur, *l. si communes. 40. in fin. ff. de negoc. gest. l. si quis putans. 6. §. sive autem. 2. vers. hoc autem & vers. cæterum. ff. communi divid.* Atqui vero non auditur correus, qui partem duntaxat debiti offerat. Igitur sive suum, sive commune gerat negocium, cum totum solvit: nullo certè jure ei adversus correum agere negociorum gestorum licebit. Et pluribus hanc defendit sententiam Antonius Faber *lib. 11. conjecturar. cap. 7.* eumque referens Paulus Berens *d. disput. 12. them. 3. quæst. 2.*

Cui non refragatur, quod correus, qui nihil sol- 74
vit, perinde obligatus sit in solidum, atque is, qui solvit, & quod solutione hujus negocium utiliter gestum sit: adeoque licet urgente necessitate, vel necessitatis suspicione eo ventum sit, ut alterius negocium gereretur: nihilominus tamẽ negociorum gestorum actioni locus relinquatur, *l. ait prætor. 3. §. hac actione. 10. ff. de negoc. gestis.* Quod enim dicitur, locum esse actioni negociorum gestorum, etiamsi necessitate aliqua, vel necessitatis suspicione urgente, alienum quis negocium gesserit, facilem habet responsionem. Id namque intelligi debet de negocio, quod quis necesse habuerit, aut putaverit habere necesse pro alio gerere, pro se autem nullo modo. Exemplum accommodatum sumi potest *ex l. curatorem. 6. Cod. d. tit.* in curatore, qui testamento, aut alia ratione inutiliter datus minoris negocia gessit. Hic enim interdum necesse habet gerere, puta si agnoverit legatum, sibi eodem testamento relictum, *l. ultim. ff. de confirmando tutore.* Et quamvis aliâs necesse non habeat: si tamen gesserit, cum putaret cogi se posse, ut gereret: æquum est, ei dari actionem negociorum gestorum; in eumque vicissim, *d. l. 6. C. de negoc. gest.* Idem in cujuslibet curatoris heredibus tractari poterit, si quid ipsi post curatoris mortem gesserint per juris imperitiam, quasi obligati: cum in eos administrationis officium non transeat, *l. curatoris. 17. Cod. eod. tit.* Cæterum nil ista 75
res ad quæstionem nostram pertinet. quia quod unus ex correis commune debitum cogitur totum solvere, non fit, ut alienum negocium gerat, sed ut suum proprium: quam rem omnino excludere actionem negociorum gestorum, relucet *ex d. l. creditor. 60. §. 1. ff. mandati.*

Minus refragatur, quod cum contutori adversus 76
contutorem, & magistratui adversus Collegam negociorum gestorum actio competat, si quid unus pro altero præstiterit, tametsi in solidum singuli essent obligati, *l. ex facto. 30. ff. de negoc. gest.* eadem ratione etiam correo adversus correum competere debeat. *Nam* id, quod curator Reipublic. constitutus ad siliginem emendam præstare coactus est ob culpam subcuratoris, ideo repetit actione negociorum gestorum, quod licet solvere cogatur proprio nomine, tanquam obligatus ex facto subcuratoris: præstat tamen ob factum ipsius subcuratoris, cui soli culpam suam nocere æquum est. Id quippe est quod Julianus illic ait: *ut ei id salvum esset, quod causa ejus damnum cepisset.* Ast alia correorum de- 77
bendi

bendi ratio est: qui idcirco negociorum gestorum actione invicem experiri nequeunt: quia non solum ex propria persona & obligatione, sed etiam ex proprio facto singuli in solidum conveniuntur, *§. ex hujusmodi. 1. supr. de duob. reis stipulandi. l. 2. d. l. 3. §. 1. l. eandem. 9. §. ult. & l. fin. & passim. ff. de duobus reis constituend.*

78 Multò minus refragatur *l. actio. 47. in princip. ff. de negoc. gest.* ubi generaliter scriptum est, negociorum gestorum actionem omnibus dari, quorum interest eo judicio experiri. *Etenim* hoc ita accipiendum est, ut nihil referat, directa quis, an utili negociorum gestorum actione experiatur: quemadmodum lex subjicit. Sed tamen illud etiam omnino requiritur, ut cætera omnia concurrant, quæ ad ejusmodi actionem dandam sunt necessaria: inter quæ sanè vel illud maximè unum est, ut alienum negocium actior gesserit, non proprium; & alterius obligandi, non proprii aut communis negocii expediendi gratia, *l. in hoc judicium. 14. §. 1. vers. at eum puto. & l. si quis, cum. 29. ff. communi dividundo.* Idque exquisitius latiusque persequitur Anton. Faber. *d. lib. 11. conjectur. capit. 7.* Cui quoque subscribit Dn. Collega Bocer. *hic numer. 67. cum seqq. pag. 495. &* Dn. Rümelin *d. Exercitat. 16. ad Institut. sub th. 2. lit. d. ad finem, p. 147.* Atque hæc de actione directa.

79 Contraria negociorum gestorum actio tribuitur ipsi gestori, contra dominum, ad præstandum, quidquid gestionis ratione ille utiliter impendit, vel amisit, *l. 2. in fine. l. at quin. 19. §. non tantum. 4. l. si quis negocia. 25. l. ex duobus. 27. l. qua utiliter. 45. ff. de negoc. gest. l. si servum. 10. & l. ob negocium. 18. Cod. eodem tit.* Ratio hujus actionis contrariæ est æqui-

80 tas naturalis: ne scilicet gestori suum officium sit damnosum, *l. sed si quis. 7. ff. testament. quemadmod. aperiant. l. si verò. 12. §. si mihi. 9. ff mandati.* & ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negociorum suorum administratione, peregrè profecti sunt, negocia deserantur, & dispereant, *hoc §. nostro vers. idque utilitatis causa & l. 1. ff. de negoc. gest. l. si quis absentis 5. in princ. ff. de obligationib. & actionib.* Adeò autem dominus negociorum gestori obligatur, ut hoc verum sit, etiamsi eventus minus feliciter responderit, vel res interierit, modò gerere ab initio utiliter cœperit, *l. sed an ultro. 10. §. 1. l. successori. 12. §. ult. l. sive hereditaria. 22. ff. de negoc. gest.* Nihil porro refert, quoad actionem ne-

81 gociorum gestorum gestori dandam, an negocia alicujus ab initio fuerint an vero ex post facto ejus effecta sint. Ideoque quæstio hinc valde perplexa & intricata suboritur: anne si id, quod nomine absentis gestum fuerit, postea ratum is habuerit, actio mandati, an negociorum gestorum competat? Ad quam quæstionem brevibus expediendam non ineptè distinguitur: ut ex ratihabitione nascatur actio mandati, si meum negocium mea contemplatione fuerit gestum, *l. licet. 56. ff. de judic. l. ult. C. ad SC. Macedon. l. semper qui. 60. ff. de regul. jur. l. donationes, quas parentes. 25. C. de donat. inter vir. & uxor. c. ratihabitionem. 10. de reg. jur. in 6.* actio verò negociorum gestorum tunc competat, quando vel meum negocium non meo nomine gestum est, vel alienum negocium gestum est meo nomine, *l. si pupilli. 6. §. sed si ego. 6. §. item quæritur. 9. & §. seq. l. Pomponius. 9. ff. de neg. gest. l. si is, qui. 50. in princip. ff. mandati. l. et, qui serve. 7. C. quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c.* Idcirco autem, si non sint negocium ratum habeatis, quamvis ejus nomine sive contemplatione sit gestum, non potest habere vim mandati ratihabitio: quia necesse est, ut ratihabitio prius faciat negocium ejus, qui ratum habet, quam ut mandato æquiparari possit: quandoquidem nemo creditur mandatus alieni, ut aliena gereret negocia, quod neque hunc facturum fuisse ex eo clarè constat, quod negocium non suum ideo voluit habere ratum, ut faceret suum. Non potest autem una eademque ratihabitio simul facere, ut negocium, quod ratum habeo, fiat meum, & ex meo mandato gestum videatur. In iis enim, quæ ordinem faciendi requirunt, & à voluntate hominis, non a lege pendent, non possunt duæ res diversæ fieri uno eodemque actu, at neque per fictionem induci. *Ita disertè tradit Antonius Faber in rational. ad d. l. 6. §. 9 ff. de negoc. gest.* Eadem de re videantur *Iulius Pacius d. cent. 2. quæst. 53. Forster. junior. lib. 4. disput. 6. thes. 2. sub lit. B. Ioannes Robertus lib. 2. sentent. cap. 6. Treutler. d. disput. 10. thes. 6. ad lit. B. ibique Hunnius in sua resolut. pag. 728. & seq.* Planè, interdum licèt quis negocium utiliter gesserit: non tamen ei obligatur ille, cujus 82 negocium gestum est: veluti si te prohibente negocia tua quis gesserit, *l. si pro te. 46. ff. mandati. l. ultim. Cod. de negoc. gest. Petrus Franciscus. Langlæus decis. 1. quæstion. 2.* aut quisquam alius gratis in negocia tua sumptus facere paratus fuerit, *argum. l. 1. in fine. Cod. eod.* vel gestor animo donandi sumptus pro altero fecerit, puta pietatis affectione ac respectu, vel amicitia ductus, aut officii & obsequii ratione, *l. ex duobus. 27. in fine. l. Nesennius. 34. l. is, qui. 44. ff. d. tit. l. qua pater. 50. ff. famil. erciscu. l. 1. l. officio. §. l. alimenta. 11. l. si filius. 12. l. quod in uxorem. 13. & l. si paterno. 15. Cod. de negoc. gest.* At 83 quid dicendum, si in re communi unus dominorum prohibuit administrationem, alter verò non prohibuit: anne is, qui non prohibuit, actione negociorum gestorum de impensis tenebitur? Et quod adversus hunc, qui gestionem non prohibuit, detur actio negociorum gestorum, patescit *ex l. si autem u. 8. §. fin. ff. eod. tit.* In cujus §. specie cum ad duos socios negocium pertineret: uno prohibente, altero non prohibente, Titius negocium gessit. Ergo is, qui non prohibuit, meritò negociorum gestorum Titio tenetur, nec deberi liberari facto alieno, id est, eo, quod socius prohibuit, ne Titius gereret: quoniam hujusmodi facto, hoc est, prohibitione socii, non satisfit Titio creditori,

nec

nec dici potest, Titium consensisse, ac voluisse unum liberari, eo quod alter gerere prohibuit, *ut scitè explicat Pacius d. cent. 2. sub quæst. 55.* Itaque datur adversus eum, qui non prohibuit, negociorum gestorum actio, quemadmodum si ejus solius negocia gesta essent, sed pro parte duntaxat, hoc est, ita tamen, ut neque conveniatur pro parte socii, qui prohibuit, neque rursum is, qui prohibuit, ulla ex parte, sive per socium, sive per se ipsum, aliquid damni sentire possit, *d. l. 8. in fine ff. d. tit. ibique Ant. Faber in suis Rational.*

§. Tutores quoque. 2.

Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non propriè ex contractu obligati esse intelliguntur (nullum enim negocium inter tutorem & pupillum contrahitur) sed quia sanè non ex malefico tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

S U M M A R I A.

1 *Administratio tutelæ cur sit quasi contractus.*
2 *Omnis contractus verus est voluntarius.*
3 *Tutela est munus publicum atque necessarium.*
4 *Tutela contractibus annumeratur impropriè & abusivè.*
5 *Administratio tutelæ describitur.*
6 *Tutor principaliter datur personæ: per consequentiam rebus.*
7 *Actio tutelæ duplex: directa, & contraria.*
8 *Directa cui competat, contra quem, & ad quid.*
9 *Cur finita demum tutela, rationem administrationis suæ reddere tutor cogatur.*
10 *Hodie tutores singulis annis rationem administrationis reddere tenentur.*
11 *Rationum redditio quid complectatur.*
12 *An tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis.*
13 *In directam tutelæ actionem quid veniat.*
14 *Intellectus l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor.*
15 *Contraria tutelæ actio cui detur, in quem, & de quibus.*
16 *Ut lucrum facere ex tutela non debet tutor; ita nec damnum sentire.*
17 *Cur prætor actionem tutelæ contrariam introduxerit.*
18 *Actio ista perpetua est, & in heredes transitoria.*

Secunda species quasi contractus est, *tutela sive ad-*
ministratio tutelæ, hoc §. nostro & l. si quis absentis. 1
5. §. 1. ff. de obligat. & actionibus. Ratio, cur tutela
seu administratio tutelæ sit quasi contractus, hæc
redditur: quia verus contractus negocium, id est,
conventionem & tractatum inter partes requirit, *l.*
nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio. l. Titius. 54. vers.
propter hujusmodi tractatus. ff. ad SC. Trebellian. At
inter tutorem & pupillum nihil actum est, nihil tra-
ctatum, *ut indicat hic Iustinianus, & Cajus in d. l. 5.*
§. 1. ff. de obligat. & actionibus. Addi potest & hæc 2
ratio: quia omnis verus contractus est voluntarius,
l. sicut. 5. Cod. d. tit. pulchrè Aristotel. lib. 5. Ethicor.
eumque referens hic Giphanius. Tutela autem est
necessarium atque publicum munus, *l. tutori. 20.* 3
Cod. de negoc. gest. initio tit. supr. de excusat. tutor. vel
curat. ubi id explicatum fusius. num. 14. Rursus ex
maleficio quoque vel quasi maleficio, tutores obli-
gati non sunt: quia tutelam gerere, resque pupilli
tueri, maleficium non est, sed potius beneficium,
argum. hu. in §. vers. sed quia sanè, &c. Schegk. in de-
libat. jur. disput. 20. thes. 4. ad lit. B. Mynsinger. hic
num. 2. lit. C. Videtur tamen ex utriusque tam pu-
pilli, quam tutoris parte fictus quidam consensus
intercedere: ac proinde obligatio, quæ descendit ex
eo, quod quis tutelam alicujus gessit, ex quasi con-
tractu procedere dicitur. Nec moverit in contra- 4
rium, quod tutela contractibus annumeratur, *in l.*
contractus. 23. ff. de reg. jur. l. ex contractibus. 49. ff. de
obligat. & actionib. Hoc enim non fit ex proprietate
verbi, sed per abusionem & impropriè, ut & de ne-
gociorum gestione monitum supra *§. proximo. num.*
3. Timæus Faber disp. 25. ad Institut. Imperial. thes. 2.
lit. a. Sic quod traditur, omnem obligationem pro
contractu haberi: id non propriè, sed impropriè &
abusivè accipiendum est, *l. omnem. 20. ff. de judiciis.*
Est igitur administratio tutelæ quasi contractus, 5
quo tutor, ad personam, & consequenter etiam res
pupilli fideliter regendas, constitutus obligatur.
Tutor siquidem principaliter personam pupilli tueri 6
atque defendere tenetur, *l. certarum. 12. & l. quia*
personæ. 14. ff. de testament. tutel. quanquam per con-
sequentiam, bonorum quoque administratio ad il-
lum pertineat, *§. item tria. 5. supr. de excusat. tutor.*
vel curat. l. cum plures. 12. §. cum tut. 3. ff. de administr.
& peric. tut. Ant. Fab. tom. 1. Iurispr. Papin. tit. 12. princ.
1. illat. 2. Ex isthac autem obligatione actio proma- 7
nat, quæ tutelæ vocatur: eaque duplex est; directa,
& contraria, *hoc §. nostro vers. non tantum. d. l. si quis*
absentis. 5. §. 1. vers. & hoc autem. ff. de obligat. & a-
ctionibus, tot. tit. ff. de tutela, & rationibus distrahend.
& tit. seq. de contraria tutela, & utili act. Directa 8
tutelæ actio pupillo, finitâ demum tutelâ, competit
contra tutorem; ut administrationis suæ rationem
reddat, *§. ult. supr. de Attiliano tutor. l. 1. in princip. §.*
officio. 3. & §. fin. l. nisi finita. 4. l. si tutor. 9. §. ultim.
cum l. seq. l. si tutor. 13. & l. cum tutor. 18. in fin. ff. de
tutela, & rationib. distrahend. l. tutorem. 9. C. arbi-
trium

9 *trium tutela*. Cur finita demum tutela rationem tutor reddere cogatur, causa hæc est: quia, inquit Ulpianus, absurdum est, à tutore rationem administrationis negociorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat, *d. l. si tutor. 9. §. & generaliter. 4. vers. absurdum. ff. de tutel. & rat. distrahend.* Hodie sanè constitutione Politiæ Caroli V. Imperatoris, in Comitiis Augustanis Anno. 1548. celebratis promulgata, & in Comitiis Francofurtensibus An-
10 no 1577. à Rudolpho II. aucta & confirmata, utiliter sancitum est: ut ad requisitionem Magistratus tutores singulis annis calculum administrationis ponere cogantur. *Qua de re videatur Heigius part. 1. quæst. 20. numer. 41. cum seq. & in hoc §. num. 5. nec non Moller. lib. 1. Semest. cap. 8. num. 4. & indicatum supr. in d. §. ultim. de Attil tutor. numer. 9.* Rationum autem redditio duo maximè complecti-
11 tur. I. Ut tutor rationes legendas offerat, & discutiendas cum universo actus sui instrumento: ut examinari possint computationes; probè, an improbè referantur: & an accepta rectè sint, nec ne, relata. II. Ut reliqua, quæ ex rebus pupillaribus supersunt, bona fide reddat, atque persolvat: nec alterum sine altero sufficit, *l. cum servus. 82. & l. qui sub conditione. 111. ff. de condit. & demonstrat. l. si statulibera. 6. §. ultim. ff. de statuliber. l. si ita fuerit. 13. §. hac quæstio. ff. de manumiss. testament. l. non solum. 8. §. is, qui reddere. ff. de liberat. leg. Molin. in consuetud. Paris. t. 1. §. 6. gloss 6. n. 15.*

12 Quæri hoc loco non incommodè poterit: an tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis? Et cogi posse, respondit Socinus senior *consil. 24. lib. 1.* hoc fundamento innixus: quia tutoris & curatoris debitum est liquidum. An autem ei quicquam ex administratione debeatur, dubium & incertum est. Ergo non rectè opponitur compensatio, *l. ultim. Codic. de compensationib.* Sed hoc fundamentum valde infirmum esse, asserit Fachineus *lib. 8. controvers. jur. cap. 58.* Negari enim omprima ratione potest, debitum tutoris & curatoris liquidum esse: quia etsi pecuniam pupilli vel adulti acceperit: potestatem tamen habuit res administrando eam collocandi in utilitatem & necessitatem pupilli vel adulti. Quare iniquum est, priusquam reddat rationes administrationis suæ, ex quibus apparebit, an sit debitor, vel creditor, eundem compelli ad reddendam pecuniam. Atque ita docuerunt *Alexander consil. 192. lib. 7. Ancharanus consil. 235. Cravetta consil. 275. num. 13. Cavalcanus de tutore & curatore. num. 214. eosque citans Fachineus dicto loco.* Quibus subscribunt quoque *Matth. Steph. cent. 3. quæst. 92. lit. A. Philipp. Hœnon. disp. 17. ad Inst. controvers. 18. Dn. Collega Bocer. hic num. 29. & seq. pag. 500. itemque Richter. in tract. de contract. disput. 13. th. 2 sub lit. n. pag. 384.*

13 Cæterum in hanc tutelæ actionem directam regulariter venire dolum, latam & levem culpam, levissimam non item (licet Harmenopolus aliter sentiat, *lib. 6. Epitom. tit. 2.*) verius est, *l. eum, qui. 4. & l. quicquid. 7. C. arbitrium tutel. l. 1. in princip. l. cum tutor. 18. vers. quod autem. ff. de tutel. & rationib. distrahend. l. sine herede. 32. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si liberti. 10. & l. si tutoris. 23. Cod. eod.* Eadem enim diligentia à tutoribus circa administrationem rerum pupillarium præstanda est, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere solet, *l. à tutoribus. 33. in princip. ff. de administrat. & peric. tutor. d. l. 1. in princ. ff. de tutel. & rationib. distrah.* Non est igitur audiendus tutor, cum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur, eo tempore suam pecuniam bene collocasse, *auct. Caio in l. tut. 13. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civil. cap. 10 pag. 437. ibique Hilligerus in suis notat. ad lit. B.*

Neque obstat *l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor.* ex 14 qua omnis, sicque levissima etiam culpa videtur præstanda esse: cum Imperatores in illa, fortuitos casus à tutore non præstari debere, autument. *Nam* in Constitutionibus Imperatorum in Codicem relatis non semper, ut in Digestis & Institutionibus, proponuntur juris regulæ: sed ut plurimum rescribunt Imperatores ad facti species, certis circumstantiis limitatas, de quibus amplius, quam quod ipsis fuit propositum, definire opus non fuerit, *ut monui supra §. proxime. num. 92.* Quod idem *in d. l. 4.* accidisse, ut tantum de casu fortuito quæstio fuerit, non vero de levissima culpa, affirmare nihil impedit. Ast ex Imperatorum constitutionibus à contrario sensu, item ab inclusione unius ad exclusionem alterius, & contra ab exclusione unius ad inclusionem alterius argumentari, valde periculosum est. Id enim si concedatur: parum aberit, quo minus certissimæ juris nostri regulæ pleræque subvertantur. *Vult. lib 1. disceptat. Scholast. cap. 15. pag. mihi 171. Pet. Faber, M. Anton. Delrio cap 13. circa finem. & D. Bocer. cap. 4. num. 108. & seq. edit. 2. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & in hoc §. num 23 pag. 499.* Huc quoque referri possunt, quæ annotavimus *ad §. cum ergo. 7. supr. de Attiliano tutore. num. 4. & aliquot seqq.*

Contraria tutelæ actio tutori datur, in adultum 15 jam pupillum, de his, quæ propter tutelam absunt: dummodo ex officio sumptus fecerit, vel obligatus sit, *hoc §. nostro in fine. d. l. si quis absentis. 5. §. 1. ff. de obligation. & actionib. l. 1. l. 3. §. 1. & tot. tit. ff. de contrar. tutela, & utili act. l. 1. in princip. ff. ubi pupillus educari, vel morari deb. l. sine herede. 32. §. Lucius. 6. l. à tutoribus. 33. §. fin. & l. Lucius. 46. §. ult. ff. de administr. & peric. tut. l. sumptus 3. Cod. eodem. Donell. d lib. 15. Commentar. de jur civ. cap. 21.* Ratio ejus est 16 perspicua: quia ut lucrum facere ex tutela tutor non debet: sic neque damnum sentire, *l. sed si quis. 7. ff. testam. quemadm. aperiant. l. qui negotiationem. 58. in fine*

fine principii. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis putans. 6. §. 2. ibi, neque lucrum, neque damnum. ff.
17 *communi dividund.* Atque hanc ob causam prætor actionem istam in usum induxisse putandus est, ut nempe facilius ad administrationem accederent tutores, & promptius de suo aliquid impenderent, scientes, pupillum quoque sibi rursum obligatum fore, & se recepturos, quod impendissent, *l. 1. in pr. ff. de contraria tutela, & utili act.* Cæterum de modo & æstimatione harum impensarum pupillarium, & qua ratione probentur, latè tractat Johannes Gafsius *in tract. de expens. & meliorat. cap. 20. numer. 7. cum seqq & num. 16. cum seq.* & Molin. *ad. consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 6. glos. 6. num. 19. & seqq. pro*
18 *ut eos refert Heigius hic num. 8.* Sanè hanc actionem tutelæ contrariam esse perpetuam, palam est: & heredi, & in heredem dari, cæterosque successores: & ad quos ea res pertinet, & in eos, *l. quid ergo. 5. §. ultim. ff. de contraria tutela, & utili act.* Hac tamen actione tutor salarium pro administrationis opera petere nequit: nisi sit ab eo, à quo datus est, constitutum, *d. l. à tutoribus. 33. §. fin. ff. de administr. & peric. tutor* Porrò de isthac actione disserant ubertius *Anton. Faber. tom. 1. Iurisprud. Papinian. tit. 12. princip. 9. illat. 19. & 10. & seqq. & Petrus Gregor. lib. 13. syntagm. juris univers. cap. 12.*

§. Item si inter. 3. & §. idem juris. 4.

Item si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset: & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fruct⁹ ex ea re perceperit, aut quod soci⁹ ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse: quippe nihil inter se contraxerunt. Sed quia ex maleficio non tenetur: quasi ex contractu teneri videtur.

§. 4. Idem juris est de eo, qui coheredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.

SUMMARIA.

1 *Tertia quasi contractus species consistit in rerum communione, sine societate. Ibique Iustinianus à censura Becoriana vindicatur.*
2 *Quando societas contracta, vel simplex tantum bonorum communio inter aliquos exorta intelligatur, exemplis declaratur.*
3 *Emptio rei unius à duobus facta, num communionem simplicem, an verè societatem arguat.*
4 *Consideratio l. 2. ff. communi dividundo, & l. 2. C. pro socio.*
5 *Actio pro socio non nisi inter socios locum habet.*
6 *Mens & intellectus l. ut sit. 31. ff. pro socio.*
7 *Sententia l. nam, cum tractatu. 32. ff. eodem.*
8 *Quæ tacitè in bonæ fidei judiciis aguntur, æque valent, ac si expressè acta fuissent.*
9 *Communio rerum definitur; & dividitur in communionem familiæ, & communionem rerum singularium.*
10 *Communio familiæ est inter coheredes.*
11 *Coheredes hoc loco qui dicantur.*
12 *Istius communionis obligatio duas partes habet: ipsarum rerum divisionem, & personalium præstationum communicationem.*
13 *Quæ res in divisionem veniat, vel non.*
14 *Quæ præstationes personales ex familiæ communione promanent.*
15 *Istis præstationibus adjunguntur etiam cautiones, quas coheres coheredi præstare tenetur: & similia.*
16 *An filius in isthanc divisionem conferre teneatur sumptus, quos pater ipsi, tum in Patria, tum peregrina Academia, literis operam danti, subministravit.*
17 *Consideratio l. quæ pater. 50. ff. famil. erciscund.*
18 *Ecquid pater ad sumptus, studiorum causa filio suppeditandos omni jure obligetur, remissivè.*
19 *Conferuntur in illam divisionem, quæ pater filio suo militi dedit.*
20 *Actio familiæ erciscundæ unde nascatur.*
21 *Familiæ verbum quid significet.*
22 *Erciscere quale verbum, & quid denotet.*
23 *Familiæ erciscundæ actio civilis est, mixta, bonæ fidei, & perpetua.*
24 *Cui competat, contra quos, & ad quid.*
25 *In hoc judicio quis actor videatur.*
26 *Num directa, an utilis familiæ erciscundæ actio bonorum possessori detur.*
27 *Consideratio l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. famil. ercisc.*
28 *Consideratio l. si ex asse 40. ff famil. ercisc.*
29 *Bonorum possessor est loco heredis.*
30 *Parentis hereditas quomodo inter fratres dividi debeat.*
31 *Nunquid familiæ erciscundæ actio præscriptione 30. annorum tollatur.*
32 *Ea actio quando nascatur.*
33 *Contra possidentem præscriptio non currit.*
34 *Nemo invitus in communione detinendus: & numer. 50.*
35 *Communio est mater rixarum & contentionum.*
36 *Pacto perpetua communio induci non potest.*
37 *Cessante ratione legis, cessat quoque ejus dispositio.*
38 *Mens & intellectus l. 1. §. 1. Cod. de annali except.*
39 *Communio rerum singularium inter quos sit.*
40 *Hujus communionis obligatio quot habeat causas.*
41 *Quæ res communes dividi possint.*
42 *Si res quædam communis commodè dividi nequeat:*

queat: tota uni adjudicari, & is invicem alteri certam pecuniæ summam præstare debet.

43 *Præstationes personales istius obligationis in quo consistant.*

44 *Actio communi dividundo duplex est: directa & utilis.*

45 *Utraque quando competat.*

46 *Si coheres vel socius aliquis in divisione ultra partem dimidiam læsus sit: condictione ex lege, ad rescindendam divisionem, agere poterit.*

47 *Ecquid testatoris præcepto effici queat, ne à communione discedatur.*

48 *Argumentum à contractibus ad ultimas voluntates quando procedat.*

49 *Intellectus l. fin. §. Lucius. 3. ff. de legat. 2. & l. Lucius. 78. in pr. ff. ad SC. Trebellian.*

50 *Nemo invitus in communione manere cogitur.*

51 *Enarratio l. 1. ff. pro socio.*

52 *Quatenus voluntas testatoris servari debeat.*

1 Tertia quasi contractûs species hic exponitur, nempe *communio rerum.* Etenim si inter duos res aliqua communis sit absque conventione & animo societatis ineundæ: cum uterque tantum in societatem inciderit, nec alter alterum sui obligandi ex causâ communionis animum habuerit: palam est, negocium hoc non ex contractu esse: quippe nihil illi inter se contraxerunt. Sed nec ex delicto illud descendit: quia nullum maleficium patrarunt. Inde ergo à sufficiente partium enumeratione sequitur: negocium istud, sive potius obligationem, quæ suboritur ex eo, proficisci ex quasi contractu, sive ad contractum societatis quasi accedere. Cæterum notandum hic, Domiuum Collegam Bocerum *in hoc §. num. 8. pag. 502.* plus sapere velle ipsomet Imperatore Justiniano. Nam quando Justinianus dicit: rerum communionem ideo quasi contractibus apponi, quia neque contractus sit, neque delictum, sub quo & quasi delictum comprehenditur: D. Bocerus hanc partium enumerationem sufficientem esse negat; adeoque Justinianum carpit, quod conventionem legitimam, sive pactum legitimum omiserit. Quod idem & supra facere ausus fuit, *in tit. de obligationib. 14. §. sequent. 2. num. 4. pag. 125.* ubi Justinianeam divisionem (qua obligationes dicuntur esse vel ex contractu, vel quasi ex contractu, vel ex delicto, vel quasi ex delicto) angustiorem esse dicit suo diviso. Optandum igitur esset, ut Bocerus tempore Justiniani vixisset, quo ipsius operâ in conficiendis definitionibus & divisionibus uti potuisset. Verum, ne te ipsum decipias, mi Bocere: equidem hæc non serio dico. Habeo enim, quæ pro Justiniano & compositoribus Juris afferre queam. Nempe non videtur mihi verisimile: Justinianum, aut (si mavis) Tribonianum, Dorotheum, Theophilum, &c. ignorasse, ex pacto legitimo etiam oriri obligationem, *arg. l. legitima. 6. ff. de pact.* Cur igitur nulla in his Institutionum libris facta mentio pacti legitimi? An quia pauca admodum sunt pacta legitima? An verò, quòd doctrina pactorum amplior est, quam ut tam angustis compendii hujus juridici libris contineri potuerit, aut etiam propter tyrones juris (qui multitudine ac varietate rerum onerandi non sunt, §. *his igitur. 2. supr. de justit. & jur.*) in his tradi debuerit? sicuti in simili loquitur Vultejus *in princip. tit. supr. de oblig. num. 28. & 31.* Proinde satis sufficiens fuerit hæc Justinianea partium enumeratio, pro ratione scilicet instituti & propositi Justinianei: facilè ut appareat, frustra eam & sine effectu, ceu insufficientem, à Bocero notari. Sciendum igitur: res communicari vel contractu, id est, societate: *de qua explicatum supra tit. 26. de societate:* vel sine contractu, sive quasi contractu, quæ communio dicitur, *de qua hoc loco.* Quando autem societas contracta, vel simplex tantum bonorum communio inter aliquos exorta intelligatur, exemplis declaratur *in hoc §. nostro, & in l. 2. ff. communi divid. l. ut sit. 31. cum duabus seqq ff pro socio. & l. 2. C. eodem.* Qua in re inter omnes Interpretes convenit: 2
si duobus aut pluribus simul res quædam legata, vel donata, vel etiam tota hereditas relicta fuerit, nullam societatem, sed simplicem tantum rei legatæ, aut donatæ, relictæve communionem inter eos natam esse, *per jura jam allegata*: cum non consensu, sed res eos conjunxerit: adeoque nulla affectione societatis in communionem inciderint, *l. heredes. 25. §. non tantum. 16. in fine. ff. famil. ercisc. cund. d. l. ut sit. 31. ff. pro socio.* In duobus verò emptoribus, qui rem eandem simul emerunt, dubitatur, *ut apparet ex iis, qua annotarunt ad rubricam & principium tit. supr de societate. Petrus Heigius num. 2. Mynsingerus num. 3. & alii.* At probabilius est: emptionem rei unius à duobus factam arguere; non communionem simplicem, adeoq; quasi contractum subortum; sed societatem, sicque verum contractum celebratum fuisse. Primum enim *in d. l. 2. ff. communi divid.* disertis verbis Cajus ita scribit: *cum societate res communis est inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est inter eos, quibus eadem res testamento legata est.* Deinde id ipsum sensisse videntur Impp. Diocletianus & Maximianus *in d. l. 2. Cod pro socio.* ubi rescripserunt: judicium societatis inter eos dandum esse, qui conjuncto dominio eandem rem compararunt. Unde evidenter elucescit: societatem ex illa comparatione sive emptione fuisse contractam: cum actio pro socio non nisi inter socios locum habeat, *l. si quis societ. 74. & pass. ff. eod.* Nec audiendi sunt illi, qui in specie *dicta l. 2. Cod. d. tit.* societatē non ex eo, quod simpliciter, sed quod conjuncto domino res à duobus comparata fuerit, ortam esse contendunt: quasi ex verbis illis, *conjuncto dominio*, expressè id actum fuisse, intelligeretur; ut rei comparatæ conjunctum dominium contineretur. Nam conjuncto domino rem comparasse dicuntur, non quod inter eos expressè actum sit, ut conjunctum dominium esset: sed quod ex sola emptione unius rei, a duobus fa-

3 and 4 and 5 appear in the right margin beside the corresponding passages.

bus facta, tacitè hoc actum intelligatur, & per se
insit, ut conjunctum sit dominium, hoc est, ut res sit
communis.

6 Non tuetur opinionem contrariam *d. l. ut sit. 31. ff.*
pro socio. ubi Ulpianus ostendere videtur: si duo eandem rem pariter emerint, nullo alio argumento vel
indicio societatis concurrente: eos nequaquam socios esse, sed in simplici communione rei emptæ
absque societate versari. *Lex* etenim ista eo de casu accipienda est, in quo vel ex protestatione adhibita, vel ex aliis præsumptionibus constabat: rem
eandem, citra societatis contrahendæ affectionem,
à duobus fuisse emptam. Huncque verum esse illius legis sensum, evincitur ex subjecto in fine ejusdem legis exemplo: ubi ait Jurisconsultus; *si à duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri*:
societas non contrahitur. *Si emimus*, inquit, *non
socii futuri*, hoc est, si hac mente comparavimus, ut
socii futuri non simus. Igitur necesse est, ut constet, in emptione ista animum societatis ineundæ
defuisse: alias in dubio societas contracta fuisse videbitur. Multò ergo magis societas in dubio contracta esse intelligitur, quando eadem res à duobus
simul, non separatis partibus, empta fuerit. Ex hac
enim emptione, non divisis partibus facta, longè
facilius societas præsumitur.

Nihil quoque contrariæ patrocinatur sententiæ
7 *l. nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio.* ubi idem Ulpianus Jurisconsultus respondet: actionem pro socio
dari, tractatu coeundæ societatis præhabito. *Satis*
namque de societate contrahenda tractarunt, qui u-
8 nam eandemque rem scienter simul emerunt. Etsi
enim hoc non fecerint expressè: tamen tacitè id fecisse existimantur, *ut supra dictum*. Jam verò extra omnem controversiam est: ea, quæ tacitè in bonæ fidei judiciis aguntur, æque valere, ac si expressè
acta fuissent, *argum. l. quia tantundem. 7. ff. de negoc.
gest. l. si cui. 9. vers. nam quadam in sermone tacitè excipiuntur. ff. de servitutib. & l. 2. §. voluntatem. 2. ff.
soluto matrim. & l. cum quid. 3. ibique Dd. communiter. ff de reb. cred. si cert. pet.*

Ex prædictis ergo apparet, quod communio re-
9 rum sit quasi contractus, quo duo pluresve, inter
quos res quædam sine societate, id est, sine ulla conventione vel consensu contrahendæ societatis, communes sunt, ad eas dividendas, & personales quasdam præstationes, sibi invicem obligantur, *hoc §. nostro. 3. & 4. l. 1. l. 3. & tot. tit. ff. & Cod communi divid. l. 1. l. item Labeo. 22. & tot. tit. ff & C. famil. ercisc. §. quadam actiones. 10. infr. de actionib. & §. si familia. 4. cum §. seq. infr. de offic. judic. Giphan. lib. 3.
disp. 31. thes. 15. ibique in suis notis Oleman. num. 24.
& seqq.* Eaque duplex perhibetur: communio fami-
10 liæ, & communio rerum singularium, *hoc §. 3. & 4.
tot. t. ff & C. famil. ercisc. item tot. t. ff. & C. commun. divid. D. Collega Bocer. class. 5. disput. 18. thes. 5.
11 udit. 2.* Communio familiæ, hoc est, eorum, quæ a
defuncto profecta sunt, est inter coheredes, *§. idem
juris. 4. hoc tit. d. §. quadam actiones. 20. infr. de actionib. d. § si familia. 4. infr. de offic. judic. & tot. tit. ff.
& Cod. famil. erciscund.* Dicuntur autem hic coheredes non solum ii, quibus testamentaria; sed & quibus legitima hereditas obvenit: & non modò, qui
civili, sed etiam qui prætorio jure hereditatem, sive
bonorum possessionem acquisiverunt, *l. 2. in princ.
& §. 1. ibi, neque bonorum possessor. & l. sed & ejus. 24.
§. 1. ff. famil. ercisc. l. 1. ff. de possess. heredit. petit. l. 2.
ff. de bonor. poss.* Quod si negetur coheres, qui divisionem petit, ab eo, à quo petitur divisio: videndum, an possideat petitor, vel adversarius ille. Prio- 12
ri siquidem casu cognoscit judex, petitor coheres sit,
necne: posteriori casu incumbit petitori, ut prius
contra adversarium petitione hereditatis experiatur, *l. 1. §. 1. ubi Gloss. & Dd. & l. fundus. 51. §. 1. ff.
famil. ercisc. Schneidevvin. in d. §. quadam actiones. 20.
tit. de act. famil. ercisc. n. 7. 8. & 9 infr. de actionib. eumq;
referens D. Bocer. d. class. 3. disput. 18. thes. 8.* Hujus
porrò communionis obligatio duas habet partes:
quarum una pertinet ad divisionem ipsarum rerum:
altera ad quarundam personalium præstationum inter coheredes communicationem, *d. l. item Labeo. 22.
§. familia. 4. ff famil. ercisc. Donell. lib. 15. Comment.
de jur. civ. cap. 23. in princip. pag 441. Forster. lib 4. disput. ult. thes. 2. lit. D. & F.* Cæterum res in istam 13
divisionem veniunt omnes, quæ à defuncto profectæ sunt, sive earum dominium penes ipsum defunctum fuerit, sive non fuerit: veluti prædia, quæ nostri patrimonii sunt: item vectigalia, & superficiaria prædia: tum etiam res, quas alienas defunctus
bona fide possedit, *l. item prædia. 10. ff. famil. ercisc.*
licet ipsi heredes eas primum usuceperint: & licet
eæ à defuncto emptæ, sed heredibus traditæ sint, *l.
veniunt. 9. ff eod.* Partus quoque, post aditam hereditatem editus, in hanc divisionem venit, *l partum.
11. cum l. seq. in princ. ff. d. tit.* ut & quod servis hereditariis ab extraneo datum est, *l. & post litem. 12. §. 1.
ff. eod.* & nonnulla alia, de quibus in *l. Pomponius. 8.
§. 1. & 2. l. sed si. 14. §. 1. & ll. seqq. ff. famil. ercisc. &
latè Iustus Mejer. in disputat. ad lib. 10. Pandect. tit. 2.
thes. 12. & seqq.* Enimvero mala medicamenta &
venena, ut & libri improbatæ lectionis, puta magici,
non debent dividi, sed protinus corrumpi, *l. cætera.
4. §. 1. ff. famil. ercisc.* Sed & res malo more quæsitæ,
non dividentur: sed à rebus hereditariis separatæ,
restituentur iis, ad quos pertinent, *d. l. 4. §. 2. ff. eod.
Pacius in Method. C. eod. tit. §. 20. & seqq.* Nomina
item, id est, credita & debita, ut quæ ipso jure divisa sunt, hac obligatione non continentur, *l. 2. §. ult.
d. l. 4. in princip. l. heredes. 25. §. 1. & ibidem Gothofred. & §. idem juris. 13. l. fundus. 51 circa fin. ff famil. ercisc. l. ea, quæ. 6. Cod. eod.* sicut nec ea, quæ
testator voluit heredes habere præcipua, *d. l. Pomponius. 8. in princ. & l si ita legatum. 42. ff. d. tit. l.
penult. in fin. C. de collationibus.* & plura alia, quæ
recenset Mejer. *d. disput. thes. 15.* Præstationes per- 14
sonales, quæ ex familiæ communione promanant,

sunt;

sunt; quæ versantur tum in his, quæ ad heredes ex defuncti bonis profecta sunt; veluti ad liberos bona profectitia: ut dos, & donatio propter nuptias à parente data, *l. pactum. 3. l. filia dotem. 4. l. filia, licet. 12. l. filiam. 16. l. ut liberis. 17. l. illam. 19. & l. penult. §. fin. Cod. de collationib. Duaren. ad tit. de collat. c. 4. Cujac. lib. 3. observ. c. 30. & ad Novell. 18. Forcat. in tractat. de collat. bonor. part. 1. num. 20. Fachin. lib. 5. controvers. jur. cap. 77. & aliquot. seqq.* itemq; in fructibus, ab uno heredum ex hereditaria perceptis, *l. inter coheredes. 44. §. fructus. 3. & l. penult. ff. famil. ercisc. l. non est ambiguum. 9. & l. coheredibus. 17. C. eod. tit.* tum in sumptibus, quos heredum aliquis bona fide in rem hereditariam fecit, *l. hn consequenter. 18. §. sumptuum. 3. l. ex parte. 39. in princ. & l. fundus. 51. in princ. ff. famil. ercisc.* tum etiam in damnis, ab uno heredum in communione factis, *l. & puto. 16. §. sed & si dolo. 4. & §. seq. ff. d. tit. l. adversus. 3. l. incerti. 19. Cod. eod.* aut culpa ejus etiam levi illatis, *d. l. puto. 16. §. 4. d. l. heredes. 25. §. non tantum dolum. 16. ff. fam. ercisc. l. contractus. 23 ff. de reg. jur. D. Bocer. d. class. 3. disput. 18. thes. 16.* 15 Quibus personalibus præstationibus adjunguntur etiam cautiones, quas coheres coheredi præstare tenetur: veluti si adsunt hereditaria instrumenta, eaque uni ex heredibus custodienda dentur: quoniam heres ille cautionem interponere jubetur; ut, cum res exegerit, instrumenta isthæc exhibeantur, *l. si quæ sunt. 5. & l. seq. ff. famil. erciscund.* Similiter si rem individuam defunctus alicui promiserit, ut ejus nomine singuli heredes in solidum teneantur, cautiones interponi debent; ut si quis ex iis conventus litis æstimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur, *docente Paulo in d. l. heredes. 25. §. contra si promissor. 10. ff. eod. tit.*

16 Sanè quæ pater filio studiorum causâ peregrè agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non patitur, *l. quæ pater. 50. ff. famil. ercisc. l. legatis. 6. ff. aliment. vel cibar. legat. l. 1. §. sed an id. 16. ff. de collat. bonor.* Idque explicatius persequutus sum *in §. alia. 2. supr. de donationib. num. 55. & seqq.* An autem in hanc divisionem filius conferre teneatur istos sumptus, quos pater ipsi, in Patria literis operam danti, subministravit, quæri potest? 17 Quod licet primo intuitu affirmandum videatur, propter illa *d. l. 50. famil. ercisc.* verba, *peregrè agenti*: quasi aliud jus esset in eo, qui non peregrè agit: contrarium tamen & æquitati & veritati magis consentaneum est. Longè quippe difficilius filio peregrè agenti sumptus à patre subministrantur, quam in patria literis operam danti. Si illos igitur sumptus non recusat pietas paterna: multò minus hosce recusabit. *D. D. Rümelin: part. 2. Pandect. disput. 9. th. 19. pag. 139.* Ideoque non obstant verba illa: *peregrè agenti.* Haud enim eò spectant; quod jus sit aliud in eo, qui in Patria literis dat operam, quam qui peregrè: sed ne major pecuniæ quantitas, peregrè agenti subministratæ, aliquam juris diversitatem introducere credatur: & ut ita ex casu difficiliori id, quod est facilius, colligatur, *ut docet eleganter Iustus Mejer. in ἀναλύσει d. l. 50. & in d. disp. ad lib. 10. Pand. tit. 2. thes. 18. & Philippus Knipschildt exercitat. Acad. 11. quæst. 8. pag. 395. cum seq.* Eaque de re videatur Gaspar 18 Schifordegherus *lib. 2. ad Anton. Fabr. tractat. 23. quæst. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.* ubi contra alios prolixè admodum & eruditè ostendit: patrem non solum obligari omni jure ad sumptus, studiorum causâ, filio subministrandos (*quod & ego demonstravi in d. §. alia. 2. supr. de donationib. numer. 98. & seqq.*) sed etiam in dubio præsumi de bonis suis propriis, non vero de bonis filii maternis, quorum ipse administrator est legitimus, studiorum expensas fecisse, *argum. l. 1. & 2. C. de bon. matern. & l. ult. C. de dot. promiss. juncta receptissima opinione; qua causa dotis & studiorum æquiparantur. Angel. & Iason. & communiter Dd. in l. 1. ff. solut. matrim. Horat. Lucius in tract. de privileg. Scholar. privileg. 31. Petr. Rebuff. in tract. de privileg. Universitatum, &c. privileg. 60.* Quo facit, quod patris officio incumbat; filio sumptus studiorum causâ subministrare, *sicut pluribus declaravi in d. §. alia. 2. supr. de donat. num. 98. cum seqq. & in orationib. meis, orat. 23.* Quilibet autem suo officio satisfacere præsumitur: & gravatus dare quid, de suo dare reputatur. *D. D. Rümel. d. disput. 9. th. 18. in fine.* Neque præterea conferuntur in 19 hanc divisionem, quæ pater filio suo militi dedit; veluti arma, & equi, *l. si filiusfamilias. 4. C. famil. ercisc. Cujac. ad d. l. 1. §. nec castrense. 15. ff. de collat. bonor. Wesenbec. in Paratit. ff. de dotis collat. num. 3. & D. Bocer. d. disput. 18. thes. 19. & in hoc §. num. 21. pag. 508.*

Actio, quæ ex hac nascitur communione, dicitur 20 familiæ erciscundæ actio, sive judicium, *§. idem juris. 4. hoc tit. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciscund.* Familiæ verbum, ad res relatum, hereditatem designat, 21 *l. pronunciatio. 195. §. 1. ff. de verbor. significat. l. ult. Cod. eod.* Erciscere verò, antiquissimo loquendi modo, idem quod dividere denotat. 22 Alii Græcum verbum esse putant, ἑρκίζειν, quod intersepire seu dividere significat, *Mynsinger. hic numer. 6. Schegk. in delibat. jur. disput. 20. thes. 6. lit. b. Zasius & Cerasius in §. quadam actiones. 20. & ibi ego numer. 5. infr. de actionib.* Eaque actio civilis est, *l. 1. in princ.* 23 *ff. famil. ercisc.* mixta, id est, tam in personam, quam in rem comparata, *d. §. quadam actiones. 20. infr. de actionib. ibique ego numer. 2. & 3.* bonæ fidei, *§. actionum. 28. instit. eod. l. non est ambiguum. 9. C. famil. ercisc.* & perpetua, *d. l. 1. ff. famil. ercisc.* Competit 24 autem hæc actio coheredibus, *d. §. quadam. 20. infr. de actionib. d. l. 1. & 2. ff. famil. erciscund.* adversus coheredes, sine causa rerum hereditariarum divisio-

culpa lata, & culpa levis, & culpa levissima, *ut in d. l. fidejussor. 32. ff. de negoc. gestis, & l. si procuratorem. 8. §. preinde. 10. ff. mandati.* interdum etiam idem dictat suadetque subjecta materia, de qua agitur, mentione culpæ in illa facta: quemadmodum circa contractus mandati causam notavimus supra *in d. §. is, qui exequitur. 8. tit. de mandato. numer.* 25. quod nimirum in illo appellatione culpæ, non levis tantum, quæ propriè culpa dicitur, sed levissima etiam comprehendatur, ubicunque absolutè culpæ mentio fiat, *ut in d. l. si procuratorem. 8. §. preinde. 10. l. idemque. 10. §. 1. l. inter causas. 26. §. sed cum servus. 7. ff. mandati. l. etiamsi. 4. Cod. eod. D. Vult. d. cap. 15. pag.* 172.

54 Tertiò non obstat *l. si pupilli. 6. §. ultim. ff. de negoc. gest.* ubi à negociorum gestore exigitur, ut diligens sit, non etiam, nt sit diligentissimus. Cui simile est, quod *in recept. sentent. Pauli lib. 1. tit. 4. in princip.* dicitur, eum, qui negocia aliena gerit, exactam diligentiam præstare debere. Unde colligitur: in negociorum gestore culpam levem & non levissimam, vindicari: siquidem exacta diligentia culpæ levi; exactissima verò culpæ levissimæ opponatur. Istud, *inquam*, non obstat. Respondetur enim: exactissimam diligentiam rectè quoque appellari diligentiam exactam: quoniam superlativo positivum inesse constat. Nam qui doctissimus est, rectè dicitur doctus: qui sapientissimus, rectè dicitur sapiens. Itaque non sequitur: negociorum gestor tenetur præstare exactam diligentiam: ergo non exactissimam: item negociorum gestor debet esse diligens: ergo non diligentissimus. Sic etenim à mar-
55 datario requiritur, ut aliena negocia *exacto* officio gerat, *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* & tamen *nihil quidquam* ab eo neglectum culpa vacuum esse, ibidem pronunciatur. Sic & commodatarius rebus commodatis exactam diligentiam adhibere dicitur, *§. item is. 2. vers. at is, &c. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* & tamen ipsum de culpa levissima conveniri, traditur *in l. si ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. in fine. ibi, diligentiam. l. in rebus. 18. in princ. ibi, diligentissimus. ff. commodati. l. 1. §. & ille quidem. 4. ibi, exactissimam. ff. de obligationib. & actionib. & exposuimus accuratius in d. §. 2. supr. quib. mod. re contrah. oblig. num. 23. & seqq.*

56 Quartò non obstat, quod ex hujusmodi quasi contractu negociorum gestorum nihil planè commodi ad gestorem perveniat: sed solius domini, cujus negocia gesta sunt, utilitas vertatur. Juris autem est non incogniti, quod cum contractus ad solus creditoris pertinet commodum, debitor de levissima culpa conveniri non debeat, *d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati.* Hoc, *ajo*, non obstat. Quod enim dicitur, levissimam culpam non præstari, cum contractus non concernit utilitatem debitoris: id hanc recipit limitationem: nisi debitor sese contractui obtulerit, suamque diligentiam & industriam professus fuerit. Jam verò negociorum gestor nulla planè necessitate coactus, sed sua sponte aliena negocia administranda suscipit. Igitur meritò de levissima culpa tenetur, *docente Hunnio in d. loco pag. 726. & Vultejo d. cap. 15. ad finem.*

Quintò non obstat, quod si ad exactissimam & 57
summam diligentiam negociorum gestor obligatus esset, adeoque de levissima culpa teneretur, nemo facile alterius negocia suscepturus & curaturus esset: sicque absentium negocia, insigni sæpe cum eorum detrimento, desererentur: ad quæ tamen gerenda amici maximè invitandi videntur, *argum. hujus §. vers. idque utilitatis, &c.* Etenim hoc debile admodum & infirmum est argumentum. Eadem quippe ratione non facilè quispiam mandatum suscepturus foret, quod & ipsum exactissimam diligentiam requirit, & à contrario, si hæc adhibita non fuerit, levissimam culpam exigit, *l. à procuratore. 13. Cod. mandati. & pluribus monstratum in d. §. is, qui exequitur. 8. supr. de mandato. num. 21. & seqq.* Sed & illud, quod in conjectura ac eventu dubio positum est, certissima juris fundamenta & rationes evertere non debet, nec potest, *ut bene hic in fine Anton. Matthæus monet.*

Sextò non obstat *d. l. quicquid. 7. Cod. arbitrium* 58
tutel. cum similibus, ex quibus evinci posse videtur: quod, ad instar tutoris, negociorum gestor de levissima culpa conveniri non possit. *Quandoquidem* à tutore, qui necessitate publica ad tutelæ administrationem inducitur, ad negociorum gestorem, qui ultrò se ingerit, minus rectè duci argumentum, liquet *ex d. l. tutori. 20. Cod. de neg. gest. & tradit Roberus d. disput. 18. thes. 1. eumque referens Paulus Berens d. disputat. 12. them. 3. quæst. 1. num. 2. & ipse ostendi suprà in d. §. is, qui exequitur. 8. num. 33. tit. de mandato.*

Septimò & ultimò non obstat, quod officium 59
suum nemini debeat esse damnosum, *l. sed si quis. 7. ff. testament. quemad. aperiant. l. si servus. 61. §. quod verò. 5. ff. de furt. l. si vero. 12. § si mihi. 9. ff. mandati.* Ast erit damnosum gestori, si ex culpa levissima conveniatur. *Nam* quadrupliciter respondetur. I. Si hoc argumentum obtineret: negociorum gestor ne quidem ex culpa levi conveniendus foret, ne pateretur officii sui jacturam. Est siquidem ubique idem medium concludendi. Posterius autem est absurdum. Ergo & prius. II. Non potest conqueri gestor, quod officium suum sibi existat damnosum: cum nec officio suo functus sit. Debent enim aliena negocia exacto officio geri, nec *quidquam* juris prætermissum culpa vacat *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* Et qui se negocio gerendo offert, is *omnem* culpam præstat, *d. l. 1. §. sæpe evenit. 35. ff. deposit.* III. Nec damnum gestor sentire intelligitur, quod 60
culpâ suâ sentit, *l. quod quis ex culpa. 203. ff. de reg. jur. & notat Anton. Matthæus in hoc §. nostro.* IV. Regula illa sic intelligitur: nisi officium culpa præcesserit: item nisi officium alteri noceat. Adjuvari quippe nos, non decipi officio, oportet, *l. in commodato.*

dato.17. §. sicut. 3. vers. adjuvari. ff. commodat. Gerard. Tuning. hic in fine. Istis igitur obstaculis omnibus remotis, firmiter concludendum est: negociorum gestorem de levissima culpa regulariter conveniri posse.

61 Est tamen casus, quo negociorum gestor levissimam culpam non præstat, imò ne levem quidem, sed solummodo dolum: veluti si affectione coactus, ne bona mea distraherentur, negociis se meis obtulerit *l. ait prætor. 3. §. interdum. 9. ff. de neg. gest.* Sanè
62 de casu fortuito, qui videlicet nulla providentia humana caveri potuit, non teneri negociorum gestorem, extra omnem controversiam est: siquidem nec alius quisquam de casu fortuito conveniri potest, *l. si ex legati. 23. ff. de verb. obligat. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ubi Delrio. c. 21. l. quæ fortuitis. 6. Cod. de pignoratit. act.* Ejusque ratio est perspicua: quia quotiens res sine omni culpa aut dolo alterius perit: æquissimum est, eam perire suo domino, *l. pignus. 9. Codic. de pignerat. act.* Cum enim is commodum illius rei sentiat: secundum naturam & æquitatem est, eundem quoq; damnum illius sustinere & commodum, *§. cum autem. 3. vers. nam & commodum. supr. de empt. & vendit. l. secundum. 10. ff. de reg. jur.*

63 Verum tres excipiuntur casus, quibus etiam de casu fortuito negociorum gestor tenetur. I. Si tale negocium suscipiat negociorum gestor, quod non solitus erat gerere dominus, *l. si negocia. 11. ff. de negoc. gest.* II. Si casu fortuito causam præstiterit & occasionem, *§. item is. 2. vers. si modo non ipsius culpa, supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* III. Si speciali pacto casum fortuitum in se receperit, *l. negocium. 22. C. de negoc. gest. l. 1. C. de commodato.* Etenim
64 pactum sive conventio dat legem, hoc est, formam & temperamentum contractui, ut jam ex ipsa conventione de contractu judicetur, *l. juris gentium. 7. §. quin imò. 5. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. ibique Philipp. Matthæus num. 41. l. legem. 10. C. de pactis. & inibi Donellus num. 4.*

65 Porrò directa negociorum gestorum actio non tantum competit, quando gestor negocium eo animo gessit, quod alienum esse existimaret: sed tum etiam, quando gessit negocium, quod putabat suum esse, cum revera esset alienum, *per textum expressum in l. ultim. ff. de negoc. gest.* Et ratio est: quia dominus agendo adversus gestorem ratum habet, quod ipse gessit: quæ ratihabitio negocium illud omnimodo domini efficit: quod etiam ab initio revera erat domini, sed non ipsius contemplatione gestum, *l. si pupilli. 6. §. item quæritur. 9. & §. seqq. ff. d. tit.* Hæc ratio, cum sit generalis, ostendit: gestorem, qui re ipsa alienum gessit negocium, cum suum se gerere putaret, teneri, sive causa lucrativa fuerit, sive onerosa: *ut rectè sentit Iacobus Cujac. tractat. 8. ad African. in princip. ubi dictam l. final. ff. de negoc. gest. non minus eleganter, quam doctè explicat.* Ex adver-
66 so autem hæc actio locum non habebit, si quis gesserit negocium, quod alienum esse existimavit, cum esset suum. Hujusque ratio evidens: quia bona fides non patitur, ut ei, cujus negocia opinione tantum gesta sunt, & cujus nihil interest, gesta vel non gesta fuisse, adversus gestorem actio concedatur, *argum. l. actio negociorum. 42. in princ. ff. eod.* Sed & negociorum gestorem ob illa absentis negocia, quæ non gessit, teneri iniquum videtur, *argum l. tutores. 39. §. qui se negotiis. 2. in fin. ff. de administrat. & peric. tutor. & d. l. tutori. 20. Cod. de negoc. gest.* quibus in locis hæc ratio 67
adducitur: quia satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Idemque confirmat *l. qui proprio. 46. §. 1. ff. de procurator.* ubi ita Cajus Jurisconf. respondet: *Et, qui defendit eum, cujus nomine ipse non agat, liberum est vel in unam rem defendere.*

Nec adversatur *d. l. si pupilli. 6. §. videamus. 12. ff. de* 68
neg. gest. ubi apertè dicitur, negociorum gestorem teneri ob ea quoque negocia, quæ non gessit, *& l. in commodato. 17. §. sicut. 3. vers. ut accidit. ff. commodati.* ubi statuitur, eum peritura negocia non impunè deserere. *Nam* ad harum legum veram conciliationem nihil accommodatius & convenientius hac distinctione esse reor. Aut quis incepit gerere negocium, & postea illud omisit: & de illo tenetur, *d. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. eod.* Aut non incepit: & tunc aut ab initio accessit, ut omnia gesturus, & de omnibus tenetur, *l. Pomponius. 15. in fin. cum l. seq. ff. de neg. gest.* Aut non accessit, ut gesturus omnia, sed ut gesturus quædam: & tunc aut alius fuisset gesturus omnia, nisi ipse accessisset: & tenetur de omnibus, *d. l. si pupilli. §. videamus. 12. ff. d. tit.* Aut alius non erat gesturus: & tunc non tenetur, nisi de his, ad quæ gerenda accessit, *d. l. tutori. 20. C. de negoc. gest.* Et ita distinguunt, sentiuntq; (*remota Guilielmi de Cabriano opinatione*) Joannes, antiquissimus & subtilissimus Interpres ac Glossator, Accursius & Bartolus *n. 2. in d. l. tutori. 20. Cod. eod.* Jul. Pacius *cent. 2. ἐναντιοφανῶν. quæst. 54.* hosque allegans Arumæus *Exercitat. Justinian. 15. thes. 12.* Atque huic distinctioni noviter quoque calamum applaudentem porrigit D. Martinus Rümelinus, Gener mihi charissimus. *Exercitat. 16. ad Institut. sub th. 2. lit. c. in fine pag. 146.*

Illud obiter hic tenendum est: quod is, qui negocia gerit aliena, si pecuniam in suos usus convertat, 69
maximas, id est, centesimas usuras præstare teneatur, *l. qui sine usuris. 38. vers. quoniam, &c. ff. de negociis gestis:* ubi hæc ratio additur: *quoniam ob licentiam, qua abutitur, dum sibi nummos alienos accipit, maximis usuris vice pœnæ subjicitur.* Eodem confert *l. ult. ff. de ritu nupt.* ubi is, qui clam aliquid facit, vel delinquit, majore pœna afficitur, quam qui palam. At qui negociorum gestorem, utpote nullum mandatum habentem, clàm administrare in propatulo est. Igitur meritò maximas usuras præstare compellitur.

Cui non contrarium est, quod dicitur *in l. idemque. 10. § si procurator. 3. vers. quod si non. ff. mandati.* 70
eum, qui pecuniam alienam in suos usus convertit,

conveniti in usuras non maximas, sed modo legitimo in regione frequentatas. *Rectè* namque distinguitur inter negociorum gestorum, qui mādato caret, & procuratorem, qui domini mandato negocia administrat. Procurator enim eas usuras præstat, quæ in regione frequentantur: negociorum autem gestor debet maximas usuras. Differentiæ ratio jam nota est: quia gravius peccat is, qui sponte sua clam & domino ignorante negocia gerit, quam is, qui palam mandatu domini ad ea gerenda accedit: & minorem in his negociis ac rebus domini auctoritatem habet negociorum gestor, quam procurator. Ideoque magis ignoscimus procuratori, qui quodammodo habet voluntatem domini, quam negociorum gestori. Licet enim dominus procuratori non mandaverit, ut pecunias converteret in usus suos: tamen mandavit, ut pecuniarum curam haberet, easque administraret: cum negociorum gestori neutrum mandatum fuerit. *Ita docent ibi (repudiato Rogerii glossemate) Accursius in resolutione prima, Iacobus de Raven. & Cynus, item Iulius Pacius d. cent. 2. quæst. 65. Paulus Berens d. disput. 12. ad Institut. them. 3. quæst. 3. Hieronym. Treutler. d. disput. 10. thes. 4. volum. 1. ibique in sua resolut. Hunnius, pag. 718.*

Non omittenda hoc loco illa satis dubia quæstio
71 est: an correo, qui totum debitum solvit, adversus correum competat negociorum gestorum actio? Et non competere (utut ogganniat Accursius *in l. 2. Cod. de duob. reis stipulandi.* & Molineus *ad l. Modestinus. 76. n. 5. ff. de solution.*) inde manifestum est, quod hæc actio non competit ei, qui suum negocium gessit, *l. creditor. 60. §. 1. vers. item quæsitum est.*
72 *ff. mandati.* Atqui correus tenetur suo & proprio nomine totum debitum solvere, non solum si correum habeat, qui sit utiliter obligatus creditori; sed & si obligatio correi non subsistat, *l. in duobus. 3. §. 1. l. duos. 6. §. 1. l. si ex duobus. 12. §. 1. ff. de duob. reis con-*
73 *stituend. l. si duo. 128. ff. de verb. obligationib.* Hincque est, quod generaliter proditum legimus, negociorum gestorum actionem ei dandam non esse, cujus pecunia ad suum creditorem pervenerit, licet alienum voluerit gerere negocium, *l. si liber homo. 36. in postremis verbis, quæ desinit competere, si creditori ejus soluta sit. ff. de negoc. gest. l. cum pecuniam. 43. ibi, ejus nomine solveres. & l. mandasti. 46. in princ. vers. si vero propterea. ff. eod. tit.* Accedit, quod etiam cum quis alienum negocium gerit, si tale illud sit, ut nec suum proprium possit explicare, nisi alienum quoque gerat, negociorum gestorum agere nullo modo potest, *l. heredes. 25. §. non tantum. 16. ibi, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: & ideo negociorum gestorum actio ei non competit. ff. famil. ercisc.* Tunc etenim solum competit negociorum gestorum actio, ob id, quod in re communi gestum est, cum potuit socius partem suam ita administrare, ut socii quoque partem administrare non cogeretur, *l. si communes. 40. in fin. ff. de negoc. gest. l. si quis putant. 6. §. sive autem. 2. vers. hæc autem & vers. cæterum. ff. communi divid.* Atqui vero non auditur correus, qui partem duntaxat debiti offerat. Igitur sive suum, sive commune gerat negocium, cum totum solvit: nullo certè jure ei adversus correum agere negociorum gestorum licebit. Et pluribus hanc defendit sententiam Antonius Faber *lib. 11. conjecturar. cap. 7.* eumque referens Paulus Berens *d. disput. 12. them. 3. quæst. 2.*

Cui non refragatur, quod correus, qui nihil sol- 74
vit, perinde obligatus sit in solidum, atque is, qui solvit, & quod solutione hujus negocium utiliter gestum sit: adeoque licet urgente necessitate, vel necessitatis suspicione eo ventum sit, ut alterius negocium gereretur: nihilominus tamē negociorum gestorum actioni locus relinquatur, *l. ait prætor. 3. §. hac actione. 10. ff. de negoc. gestis.* Quod enim dicitur, locum esse actioni negociorum gestorum, etiamsi necessitate aliqua, vel necessitatis suspicione urgente, alienum quis negocium gesserit, facilem habet responsionem. Id namque intelligi debet de negocio, quod quis necesse habuerit, aut putaverit habere necesse pro alio gerere, pro se autem nullo modo. Exemplum accommodatum sumi potest *ex l. curatorem. 6. Cod. d. tit.* in curatore, qui testamento, aut alia ratione inutiliter datus minoris negocia gessit. Hic enim interdum necesse habet gerere, puta si agnoverit legatum, sibi eodem testamento relictum, *l. ultim. ff. de confirmando tutore.* Et quamvis aliàs necesse non habeat: si tamen gesserit, cum putaret cogi se posse, ut gereret: æquum est, ei dari actionem negociorum gestorum, in eumque vicissim, *d. l. 6. C. de negoc. gest.* Idem in cujuslibet curatoris heredibus tractari poterit, si quid ipsi post curatoris mortem gesserint per juris imperitiam, quasi obligati: cum in eos administrationis officium non
transeat, *l. curatoris. 17. Cod. eod. tit.* Cæterum nil ista 75
res ad quæstionem nostram pertinet. quia quod unus ex correis commune debitum cogitur totum solvere, non fit, ut alienum negocium gerat, sed ut suum proprium: quam rem omnino excludere actionem negociorum gestorum, relucet *ex d. l. creditor. 60. §. 1. ff. mandati.*

Minus refragatur, quod cum contutori adversus 76
contutorem, & magistratui adversus Collegam negociorum gestorum actio competat, si quid unus pro altero præstiterit, tametsi in solidum singuli essent obligati, *l. ex facto. 30. ff. de negoc. gest.* eadem ratione etiam correo adversus correum competere debeat. *Nam* id, quod curator Reipublic. constitutus ad siliginem emendam præstare coactus est ob culpam subcuratoris, ideo repetit actione negociorum gestorum, quod licet solvere cogatur proprio nomine, tanquam obligatus ex facto subcuratoris: præstat tamen ob factum ipsius subcuratoris, cui soli culpam suam nocere æquum est. Id quippe est quod Julianus illic ait: *ut ei id salvum esset, quod*
causa ejus damnum cepisset. Ast alia correorum de- 77
bendi

bendi ratio est: qui idcirco negociorum gestorum actione invicem experiri nequeunt: quia non solum ex propria persona & obligatione, sed etiam ex proprio facto singuli in solidum conveniuntur, *§. ex hujusmodi. 1. supr. de duob. reis stipulandi. l. 2. d. l. 3. §. 1. l. eandem. 9. §. ult. & l. fin. & passim. ff. de duobus reis constituend.*

78 Multò minùs refragatur *l. actio. 47. in princip. ff. de negoc. gest.* ubi generaliter scriptum est, negociorum gestorum actionem omnibus dari, quorum interest eo judicio experiri. *Etenim* hoc ita accipiendum est, ut nihil referat, directa quis, an utili negociorum gestorum actione experiatur: quemadmodum lex subjicit. Sed tamen illud etiam omnino requiritur, ut cætera omnia concurrant, quæ ad ejusmodi actionem dandam sunt necessaria: inter quæ sanè vel illud maximè unum est, ut alienum negocium actior gesserit, non proprium; & alterius obligandi, non proprii aut communis negocii expediendi gratia, *l. in hoc judicium. 14. §. 1. vers. at cum puto. & l. si quis, cum. 29. ff. communi dividundo.* Idque exquisitius latiusque persequitur Anton. Faber. *d. lib. 11. conjectur. capit. 7.* Cui quoque subscribit Dn. Collega Bocer. *hic numer. 67. cum seqq. pag. 495. &* Dn. Rümelin *d. Exercitat. 16. ad Institut. sub th. 2. lit. d. ad finem, p. 147.* Atque hæc de actione directa.

Contraria negociorum gestorum actio tribuitur
79 ipsi gestori, contra dominum, ad præstandum, quidquid gestionis ratione ille utiliter impendit, vel amisit, *l. 2. in fine. l. at quin. 19. §. non tantum. 4. l. si quis negotia 25. l. ex duobus. 27. l. quæ utiliter. 45. ff. de negoc. gest. l. si servum. 10. & l. ob negocium. 18. Cod. eodem tit.* Ratio hujus actionis contrariæ est æqui-
80 tas naturalis: ne scilicet gestori suum officium sit damnosum, *l. sed si quis. 7. ff. testament. quemadmod. aperiant. l. si verò. 12. §. si mihi. 9. ff mandati.* & ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negociorum suorum administratione, peregrè profecti sunt, negocia deserantur, & dispereant, *hoc §. nostro vers. idque utilitatis causa & l. 1. ff. de negoc. gest. l. si quis absentis 5. in princ. ff. de obligationib. & actionib.* Adeò autem dominus negociorum gestori obligatur, ut hoc verum sit, etiamsi eventus minus feliciter responderit, vel res interierit, modò gerere ab initio utiliter cœperit, *l. sed an ultro. 10. §. 1. l. successori. 12. §. ult. l. sive hereditaria. 22. ff. de negoc. gest.* Nihil porro refert, quoad actionem ne-
81 gociorum gestorum gestori dandam, an negocia alicujus ab initio fuerint an vero ex post facto ejus effecta sint. Ideoque quæstio hinc valde perplexa & intricata suboritur: anne si id, quod nomine absentis gestum fuerit, postea ratum is habuerit, actio mandati, an negociorum gestorum competat? Ad quam quæstionem brevibus expediendam non ineptè distinguitur: ut ex ratihabitione nascatur actio mandati, si meum negocium mea contemplatione fuerit gestum, *l. licet. 56. ff. de judic. l ult. C. ad SC. Macedon. l. semper qui. 60. ff. de regul. jur. l. donationes, quas parentes. 25. C. de donat. inter vir. & uxor. c. ratihabitionem. 10. de reg. jur. in 6.* actio verò negociorum gestorum tunc competat, quando vel meum negocium non meo nomine gestum est, vel alienum negocium gestum est meo nomine, *l. si pupilli. 6. §. sed si ego. 6. §. item quæritur. 9. & §. seq. l. Pomponius. 9. ff. de neg. gest. l. si is, qui. 50. in princip. ff. mandati. l. et, qui servo. 7. C. quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c.* Idcirco autem, si non sint negocium ratum habueris, quamvis ejus nomine sive contemplatione sit gestum, non potest habere vim mandati ratihabitio: quia necesse est, ut ratihabitio prius faciat negocium ejus, qui ratum habet, quam ut mandato æquiparari possit: quandoquidem nemo creditur mandaturus alicui, ut aliena gereret negocia, quod neque hunc facturum fuisse ex eo clarè constat, quod negocium non suum ideo voluit habere ratum, ut faceret suum. Non potest autem una eademque ratihabitio simul facere, ut negocium, quod ratum habeo, fiat meum, & ex meo mandato gestum videatur. In iis enim, quæ ordinem faciendi requirunt, & à voluntate hominis, non a lege pendent, non possunt duæ res diversæ fieri uno eodemque actu, at neque per fictionem induci. *Ita disertè tradit Antonius Faber in rational. ad d. l. 6. §. 9. ff. de negoc. gest.* Eadem de re videantur *Julius Pacius d. cent. 2. quæst. 53. Forster. junior. lib. 4. disput. 6. thes. 2. sub lit. B. Ioannes Robertus lib. 2. sentent. cap. 6. Treutler, d. disput. 10. thes. 6. ad lit. B. ibique* Hunnius *in sua resolut. pag. 728. & seq.* Planè, interdum licèt quis negocium utiliter gesserit: non tamen ei obligatur ille, cujus 82 negocium gestum est: veluti si te prohibente negocia tua quis gesserit, *l. si pro te. 46. ff. mandati. l. ultim. Cod. de negoc. gest. Petrus Franciscus. Linglois decis. 1. quæstion. 2.* aut quisquam alius gratis in negocia tua sumptus facere paratus fuerit, *argum. l. 2. in fine. Cod. eod.* vel gestor animo donandi sumptus pro altero fecerit, puta pietatis affectione ac respectu, vel amicitia ductus, aut officii & obsequii ratione, *l. ex duobus. 27. in fine. l. Nesennius. 34. l. is, qui. 44. ff. d. tit. l. qua pater. 50. ff. famil. ercisc. l. 1. l. officio. 5. l. alimenta. 11. l. si filius. 12. l. quod in uxorem. 13. & l. si paterno. 15. Cod. de negoc. gest.* At 83 quid dicendum, si in re communi unus dominorum prohibuit administrationem, alter verò non prohibuit: anne is, qui non prohibuit, actione negociorum gestorum de impensis tenebitur? Et quod adversus hunc, qui gestionem non prohibuit, detur actio negociorum gestorum, patescit *ex l. si autem is. 8. §. fin. ff. eod. tit.* In cujus §. specie cum ad duos socios negocium pertineret: uno prohibente, altero non prohibente, Titius negocium gessit. Ergo is, qui non prohibuit, meritò negociorum gestorum Titio tenetur, nec debet liberari facto alieno, id est, eo, quod socius prohibuit, ne Titius gereret: quoniam hujusmodi facto, hoc est, prohibitione socii, non satisfit Titio creditori,

nec

uec dici potest, Tirium consensisse, ac voluisse unum liberari, eo quod alter gerere prohibuit, *ut scitè explicat Pacius d. cent. 2. sub quæst. 55.* Itaque datur adversus eum, qui non prohibuit, negociorum gestorum actio, quemadmodum si ejus solius negocia gesta essent, sed pro parte duntaxat, hoc est, ita tamen, ut neque conveniatur pro parte socii, qui prohibuit, neque rursum is, qui prohibuit, ulla ex parte, sive per socium, sive per se ipsum, aliquid damni sentire possit, *d. l. 8. in fine ff. d. tit. ibique Ant. Faber in suu Rational.*

§. Tutores quoque. 2.

Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non propriè ex contractu obligati esse intelliguntur (nullum enim negocium inter tutorem & pupillum contrahitur) sed quia sanè non ex malefico tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

S u m m a r i a.

1 *Administratio tutela cur sit quasi contractus.*
2 *Omnis contractus verus est voluntarius.*
3 *Tutela est munus publicum atque necessarium.*
4 *Tutela contractibus annumeratur impropriè & abusivè.*
5 *Administratio tutela describitur.*
6 *Tutor principaliter datur persona: per consequentiam rebus.*
7 *Actio tutela duplex: directa, & contraria.*
8 *Directa cui competat, contra quem, & ad quid.*
9 *Cur finita demum tutela, rationem administrationis sua reddere tutor cogatur.*
10 *Hodie tutores singulis annis rationem administrationis reddere tenentur.*
11 *Rationum redditio quid complectatur.*
12 *An tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis.*
13 *In directam tutela actionem quid veniat.*
14 *Intellectus l. tutoribus. 4. C. de perie. tutor.*
15 *Contraria tutela actio cui detur, in quem, & de quibus.*
16 *Vt lucrum facere ex tutela non debet tutor; ita nec damnum sentire.*
17 *Cur prator actionem tutela contrariam introduxerit.*
18 *Actio ista perpetua est, & in heredes transitoria.*

Secunda species quasi contractûs est, *tutela sive administratio tutela, hoc §. nostro & l. si quis absentis.* 1
5. §. 1. ff. de obligat. & actionibus. Ratio, cur tutela
seu administratio tutelæ sit quasi contractus, hæc
redditur: quia verus contractus negocium, id est,
conventionem & tractatum inter partes requirit, *l.*
nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio. l. Titius. 54. vers.
propter hujusmodi tractatus. ff. ad SC. Trebellian. At
inter tutorem & pupillum nihil actum est, nihil tra-
ctatum, *ut indicat hic Iustinianus, & Cajus in d. l. 5.*
§. 1. ff. de obligat. & actionibus. Addi potest & hæc 2
ratio: quia omnis verus contractus est voluntarius,
l. sicut. 5. Cod. d. tit. pulchrè Aristotel. lib. 5. Ethicor.
eumque referens hic Giphanius. Tutela autem est
necessarium atque publicum munus, *l. tutori. 20.* 3
Cod. de negot. gest. initio tit. supr. de excusat. tutor. vel
curat. ubi id explicatum fusius. num. 14. Rursus ex
maleficio quoque vel quasi maleficio, tutores obli-
gari non sunt: quia tutelam gerere, resque pupilli
tueri, maleficium non est, sed potius beneficium,
argum. hujus §. vers. sed quia sanè, &c. Schegk. in de-
libat. jur. disput. 20. thes. 4. ad lit. B. Mynsinger. hic
num. 2. lit. C. Videtur tamen ex utriusque tam pu-
pilli, quam tutoris parte fictus quidam consensus
intercedere: ac proinde obligatio, quæ descendit ex
eo, quod quis tutelam alicujus gessit, ex quasi con-
tractu procedere dicitur. Nec moverit in contra-
rium, quod tutela contractibus annumeratur, *in l.* 4
contractus. 23. ff. de reg. jur. l. ex contractibus. 49. ff. de
obligat. & actionib. Hoc enim non fit ex proprietate
verbi, sed per abusionem & impropriè, ut & de ne-
gociorum gestione monitum supra *§. proximo. num.*
3. Timaus Faber disp. 25. ad Institut. Imperial. thes. 2.
lit. a. Sic quod traditur, omnem obligationem pro
contractu haberi: id non propriè, sed impropriè &
abusivè accipiendum est, *l. omnem. 20. ff. de judiciis.*
Est igitur administratio tutelæ quasi contractus, 5
quo tutor, ad personam, & consequenter etiam res
pupilli fideliter regendas, constitutus obligatur.
Tutor siquidem principaliter personam pupilli tueri 6
atque defendere tenetur, *l. certarum. 22. & l. quia*
persona. 14. ff. de testament. tutel. quanquam per con-
sequentiam, bonorum quoque administratio ad il-
lum pertineat, *§. item tria. 5. supr. de excusat. tutor.*
vel curat. l. cum plures. 12. §. cum tut. 3. ff. de administr.
& perie. tut. Ant. Fab. tom. 1. Iurispr. Papin. tit. 12. princ.
1. illat. 2. Ex isthac autem obligatione actio proma- 7
nat, quæ tutelæ vocatur: eaque duplex est; directa,
& contraria, *hoc §. nostro vers. non tantum. d. l. si quis*
absentis. 5. §. 1. vers. & hoc autem. ff. de obligat. & a-
ctionibus, tot. tit. ff. de tutela, & rationibus distrahend.
& tit. seq. de contraria tutela, & utili act. Directa 8
tutelæ actio pupillo, finitâ demum tutelâ, competit
contra tutorem; ut administrationis suæ rationem
reddat, *§. ult. supr. de Attiliano tutor. l. 1. in princip. §.*
officio. 3. & §. fin. l. nisi finita. 4. l. si tutor. 9. §. ultim.
cum l. seq. l. si tutor. 13. & l. cum tutor. 18. in fin. ff. de
tutela, & rationib. distrahend. l. tutorem. 9. C. arbi-
trium

trium tutela. Cur finita demum tutela rationem
9 tutor reddere cogatur, causa hæc est: quia, inquit Ulpianus, absurdum est, à tutore rationem administrationis negociorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat, *d. l. si tutor. 9. §. & generaliter. 4. vers. absurdum. ff. de tutel. & rat. distrahend.* Hodie sanè constitutione Politiæ Caroli V. Imperatoris, in Comitiis Augustanis Anno. 1548. celebratis promulgata, & in Comitiis Francofurtensibus Anno
10 1577. à Rudolpho II. aucta & confirmata, utiliter sancitum est: ut ad requisitionem Magistratus tutores singulis annis calculum administrationis ponere cogantur. *Qua de re videatur Heigius part. 1. quæst. 20. numer. 41. cum seq. & in hoc §. num. 5. nec non Moller. lib. 1. Semest. cap. 8. num. 4. & indicatum supr. in d. §. ultim. de Attil tutor. numer. 9.*
Rationum autem redditio duo maximè complecti-
11 tur. I. Ut tutor rationes legendas offerat, & discutiendas cum universo actus sui instrumento: ut examinari possint computationes; probè, an improbè referantur: & an accepta rectè sint, nec ne, relata. II. Ut reliqua, quæ ex rebus pupillaribus supersunt, bona fide reddat, atque persolvat: nec alterum sine altero sufficit, *l. cum servus. 82. & l. qui sub conditione. 111. ff. de condit. & demonstrat. l. si statuliberа. 6. §. ultim. ff. de statulibet. l. si ita fuerit. 13. §. hoc quæstio. ff. de manumiss. testament. l. non solum. 8. §. is, qui reddere. ff. de liberat. leg. Molin. in consuetud. Paris. t. 1. §. 6. gloss 6. n. 15.*
12 Quæri hoc loco non incommodè poterit: an tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis? Et cogi posse, respondit Socinus senior *consil. 24. lib. 1.* hoc fundamento innixus: quia tutoris & curatoris debitum est liquidum. An autem ei quicquam ex administratione debeatur, dubium & incertum est. Ergo non rectè opponitur compensatio, *l. ultim. Codic. de compensationib.* Sed hoc fundamentum valde infirmum esse, asserit Fachineus *lib. 8. controvers. jur. cap. 58.* Negari enim optima ratione potest, debitum tutoris & curatoris liquidum esse: quia etsi pecuniam pupilli vel adulti acceperit: potestatem tamen habuit res administrando eam collocandi in utilitatem & necessitatem pupilli vel adulti. Quare iniquum est, priusquam reddat rationes administrationis suæ, ex quibus apparebit, an sit debitor, vel creditor, eundem compelli ad reddendam pecuniam. Atque ita docuerunt *Alexander consil. 192. lib. 7. Ancharanus consil. 135. Cravetta consil. 275. num. 13. Cavalcanus de tutore & curatore. num. 214. eosque citans Fachineus dicto loco.* Quibus subscribunt quoque *Matth. Steph. cent. 3. quæst. 92. lit. A. Philipp. Hœnon. disp. 17. ad Inst. controvers. 18. Dn. Collega Becer. hic num 29. & seq. pag. 500. itemque Richter. in tract. de contractib. disput. 13. th. 2 sub lit. n. pag. 384.*
13 Cæterum in hanc tutelæ actionem directam regulariter venire dolum, latam & levem culpam, levissimam non item (licet Harmenopolus aliter sentiat, *lib. 6. Epitom. tit. 2.*) verius est, *l. eum, qui. 4. & l. quicquid. 7. C. arbitrium tutel. l. 1. in princip. l. cum tutor. 18. vers. quod autem. ff. de tutel. & rationib. distrahend. l. sine herede. 31. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si liberti. 10. & l. si tutoru. 25. Cod. eod.* Eadem enim diligentia à tutoribus circa administrationem rerum pupillarium præstanda est, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere solet, *l. à tutoribus. 33. in princip. ff. de administrat. & peric. tutor. d. l. 1. in princ. ff. de tutel. & rationib. distrah.* Non est igitur audiendus tutor, cum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur, eo tempore suam pecuniam bene collocasse, *auct. Ca o in l. tut. 13. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civil. cap. 20 pag. 437. ibique Hilligerus in suis notat. ad lit. B.*

Neque obstat *l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor.* ex 14 qua omnis, sicque levissima etiam culpa videtur præstanda esse: cum Imperatores in illa, fortuitos casus à tutore non præstari debere, autument. *Nam* in Constitutionibus Imperatorum in Codicem relatis non semper, ut in Digestis & Institutionibus, proponuntur juris regulæ: sed ut plurimum rescribunt Imperatores ad facti species, certis circumstantiis limitatas, de quibus amplius, quam quod ipsis fuit propositum, definire opus non fuerit, *ut monui supra §. proximo. num. 92.* Quod idem *in d. l. 4.* accidisse, ut tantum de casu fortuito quæstio fuerit, non vero de levissima culpa, affirmare nihil impedit. Ast ex Imperatorum constitutionibus à contrario sensu, item ab inclusione unius ad exclusionem alterius, & contra ab exclusione unius ad inclusionem alterius argumentari, valde periculosum est. Id enim si concedatur: parum aberit, quo minus certissimæ juris nostri regulæ pleræque subvertantur. *Vult. lib 1. disceptat. Scholast. cap. 15. pag. mihi 171. Pet. Faber, M. Anton. Delrio cap 13. circa finem. & D. Becer. cap. 4. num. 108. & seq. edit. 2. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & in hoc §. num 23 pag. 499.* Hucque referri possunt, quæ annotavimus *ad §. cum ergo. 7. supr. de Attiliano tutore. num. 4. & aliquot seqq.*

Contraria tutelæ actio tutori datur, in adultum 15 jam pupillum, de his, quæ propter tutelam absunt: dummodo ex officio sumptus fecerit, vel obligatus sit, *hoc §. nostro in fine. d. l. si quis absentis. §. 1. ff. de obligation. & actionib. l. 1. l. 3. §. 1. & tot. tit. ff. de contrar. tutela, & utili act. l. 2. in princip. ff. ubi pupillus educari, vel morari deb. l. sine herede. 32. §. Lucius. 6. l. à tutoribus. 33. §. fin. & l. Lucius. 46. §. ult. ff. de administr. & peric. tut. l. sumptus 3. Cod. eodem. Donell. d lib. 15. Commentar. de jur civ. cap. 21.* Ratio ejus est 16 perspicua: quia ut lucrum facere ex tutela tutor non debet: sic neque damnum sentire, *l. sed si quis. 7. ff. testam. quemadm. aperiant. l. qui negotiationem. 58. in*

fine principii. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis putans. 6. §. 2. ibi, neque lucrum, neque damnum. ff.
17 *communi dividund.* Atque hanc ob causam prætor actionem istam in usum induxisse putandus est, ut nempe facilius ad administrationem accederent tutores, & promptius de suo aliquid impenderent, scientes, pupillum quoque sibi rursum obligatum fore, & se recepturos, quod impendissent, *l. 1. in pr. ff. de contraria tutela, & utili act.* Cæterum de modo & æstimatione harum impensarum pupillarium, & qua ratione probentur, latè tractat Johannes Garsias *in tract. de expens. & meliorat. cap. 20. numer. 7. cum seqq & num. 16. cum seq.* & Molin. *ad. consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 6. glos. 6. num. 19. & seqq. pro*
18 *ut eos refert Heigius hic num. 8.* Sanè hanc actionem tutelæ contrariam esse perpetuam, palam est: & heredi, & in heredem dari, cæterosque successores: & ad quos ea res pertinet, & in eos, *l. quid ergo. 3. §. ultim. ff. de contraria tutela, & utili act.* Hac tamen actione tutor salarium pro administrationis opera petere nequit: nisi sit ab eo, à quo datus est, constitutum, *d. l. à tutoribus. 33. §. fin. ff. de administr. & peric. tutor.* Porrò de isthac actione dissertant uberius *Anton. Faber. tom. 1. Iurisprud. Papinian. tit. 12. princip. 9. illat. 19. & 10. & seqq. & Petrus Gregor. lib. 13. syntagm. juris univers. cap. 12.*

§. Item si inter. 3. & §. idem juris. 4.

Item si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset: & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fruct.⁹ ex ea re perceperit, aut quod soci⁹ ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse: quippe nihil inter se contraxerunt. Sed quia ex maleficio non tenetur: quasi ex contractu teneri videtur.

§. 4. Idem juris est de eo, qui coheredi familiæ ercifcundæ judicio ex his causis obligatus est.

SUMMARIA.

1 *Tertia quasi contractus species consistit in rerum communione, sine societate. Ibique Iustinianus à censura Beteriana vindicatur.*
2 *Quando societas contracta, vel simplex tantum bonorum communio inter aliquos exorta intelligatur, exemplis declaratur.*
3 *Emptio rei unius à duobus facta, num communionem simplicem, an verò societatem arguat.*
4 *Consideratio l. 2. ff. communi dividundo, & l. 2. C. pro socio.*
5 *Actio pro socio non nisi inter socios locum habet.*
6 *Mens & intellectus l. ut sit. 31. ff. pro socio.*
7 *Sententia l. nam, cum tractatu. 32. ff. eodem.*
8 *Quæ tacitè in bonæ fidei judiciis aguntur, æque valent, ac si expressè acta fuissent.*
9 *Communio rerum definitur; & dividitur in communionem familiæ, & communionem rerum singularium.*
10 *Communio familiæ est inter coheredes.*
11 *Coheredes hoc loco qui dicantur.*
12 *Istius communionis obligatio duas partes habet: ipsarum rerum divisionem, & personalium præstationum communicationem.*
13 *Quæ res in divisionem veniat, vel non.*
14 *Quæ præstationes personales ex familiæ communione promanent.*
15 *Istis præstationibus adjunguntur etiam cautiones, quas coheres coheredi præstare tenetur: & similia.*
16 *An filius in isthanc divisionem conferre teneatur sumptus, quos pater ipsi, tum in Patria, tum peregrina Academia, literis operam danti, subministravit.*
17 *Consideratio l. quo pater. 50. ff. famil. erciscund.*
18 *Ecquid pater ad sumptus, studiorum causa filio suppeditandos omni jure obligetur, remissive.*
19 *Conferuntur in illam divisionem, quæ pater filio suo militi dedit.*
20 *Actio familiæ erciscundæ unde nascatur.*
21 *Familiæ verbum quid significet.*
22 *Erciscere quale verbum, & quid denotet.*
23 *Familiæ erciscundæ actio civilis est, mixta, bonæ fidei, & perpetua.*
24 *Cui competat, contra quos, & ad quid.*
25 *In hoc judicio quis actor videatur.*
26 *Num directa, an utilis familiæ erciscundæ actio bonorum possessori detur.*
27 *Consideratio l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. famil. ercisc.*
28 *Consideratio l. si ex asse 40. ff. famil. ercisc.*
29 *Bonorum possessor est loco heredis.*
30 *Parentis hereditas quomodo inter fratres dividi debeat.*
31 *Nunquid familiæ erciscundæ actio præscriptione 30. annorum tollatur.*
32 *Ea actio quando nascatur.*
33 *Contra possidentem præscriptio non currit.*
34 *Nemo invitus in communione detinendus: & numer. 50.*
35 *Communio est mater rixarum & contentionum.*
36 *Pacto perpetua communio induci non potest.*
37 *Cessante ratione legis, cessat quoque ejus dispositio.*
38 *Mens & intellectus l. 1. §. 1. Cod. de annali except.*
39 *Communio rerum singularium inter quos sit.*
40 *Hujus communionis obligatio quot habeat causas.*
41 *Quæ res communes dividi possint.*
42 *Si res quædam communis commodè dividi nequeat:*

queat: tota uni adjudicari, & is invicem alteri certam pecuniæ summam præstare debet.

43 *Præstationes personales istius obligationis in quo consistant.*

44 *Actio communi dividundo duplex est: directa & utilis.*

45 *Utraque quando competat.*

46 *Si coheres vel socius aliquis in divisione ultra partem dimidiam læsus sit: condictione ex lege, ad rescindendam divisionem agere poterit.*

47 *Ecquid testatoris præcepto effici queat, ne à communione discedatur.*

48 *Argumentum à contractibus ad ultimas voluntates quando procedat.*

49 *Intellectus l. fin. §. Lucius. 3. ff. de legat. 2. & l. Lucius. 78. in pr. ff. ad SC. Trebellian.*

50 *Nemo invitus in communione manere cogitur.*

51 *Enarratio l. 1. ff. pro socio.*

52 *Quatenus voluntas testatoris servari debeat.*

1 TErtia quasi contractûs species hic exponitur,
nempe *communio rerum*. Etenim si inter duos
res aliqua communis sit absque conventione & ani-
mo societatis ineundæ: cum uterque tantum in so-
cietatem inciderit, nec alter alterum sui obligandi
ex causa communionis animum habuerit: palam est,
negocium hoc non ex contractu esse: quippe nihil
illi inter se contraxerunt. Sed nec ex delicto illud
descendit: quia nullum maleficium patrarunt. Inde
ergo à sufficiente partium enumeratione sequitur:
negocium istud, sive potius obligationem, quæ sub-
oritur ex eo, proficisci ex quasi contractu, sive ad
contractum societatis quasi accedere. Cæterum no-
tandum hic, Dominum Collegam Bocerum *in hoc
§. num.* 8. *pag.* 502. plus sapere velle ipsomet Impe-
ratore Justiniano. Nam quando Justinianus dicit:
rerum communionem ideo quasi contractibus ap-
poni, quia neque contractus sit, neque delictum,
sub quo & quasi delictum comprehenditur: D. Bo-
cerus hanc partium enumerationem sufficientem
esse negat; adeoque Justinianum carpit, quod con-
ventionem legitimam, sive pactum legitimum o-
miserit. Quod idem & supra facere ausus fuit, *in
tit. de obligationib.* 14. *§. sequens.* 2. *num.* 4. *pag.* 125.
ubi Justinianeam divisionem (qua obligationes di-
cuntur esse vel ex contractu, vel quasi ex contractu,
vel ex delicto, vel quasi ex delicto) angustiorem esse
dicit suo diviso. Optandum igitur esset, ut Boce-
rus tempore Justiniani vixisset, quo ipsius operâ in
conficiendis definitionibus & divisionibus uti po-
tuisset. Verum, ne te ipsum decipias, mi Bocere: e-
quidem hæc non serio dico. Habeo enim, quæ pro
Justiniano & compositoribus Juris afferre queam.
Nempe non videtur mihi verisimile: Justinianum,
aut (si mavis) Tribonianum, Dorotheum, Theo-
philum, &c. ignorasse, ex pacto legitimo etiam ori-
ri obligationem, *arg. l. legitima.* 6. *ff. de pact.* Cur
igitur nulla in his Institutionum libris facta mentio
pacti legitimi? An quia pauca admodum sunt pacta
legitima? An verò, quod doctrina pactorum am-
plior est, quam ut tam angustis compendii hujus
juridici libris contineri potuerit, aut etiam propter
tyrones juris (qui multitudine ac varietate rerum o-
nerandi non sunt, *§. his igitur.* 2. *supr. de justit. & jur.*)
in his tradi debuerit? sicuti in simili loquitur Vulte-
jus *in princip. tit. supr. de oblig. num.* 28. *&* 31. Proin-
de satis sufficiens fuerit hæc Iustinianea partium e-
numeratio, pro ratione scilicet instituti & propositi
Iustinianei: facilè ut appareat, frustra eam & sine
effectu, ceu insufficientem, à Bocero notari. Scien-
dum igitur: res communicari vel contractu, id est,
societate: *de qua explicatum supra tit.* 26. *de societate:*
vel sine contractu, sive quasi contractu, quæ com-
munio dicitur, *de qua hoc loco*. Quando autem socie- 2
tas contracta, vel simplex tantum bonorum com-
munio inter aliquos exorta intelligatur, exemplis
declaratur *in hoc §. nostro, & in l. 2. ff. communi di-
vid. l. ut sit.* 31. *cum duabus seqq. ff pro socio. & l. 2. C.
eodem*. Qua in re inter omnes Interpretes convenit:
si duobus aut pluribus simul res quædam legata, vel
donata, vel etiam tota hereditas relicta fuerit, nul-
lam societatem, sed simplicem tantum rei legatæ,
aut donatæ, relictæve communionem inter eos na-
tam esse, *per jura jam allegata*: cum non consensus,
sed res eos conjunxerit: adeoque nulla affectione so-
cietatis in communionem inciderint, *l. heredes.* 25. *§.
non tantum.* 16. *in fine. ff. famil. erciscund. d. l. ut sit.* 31.
ff. pro socio. In duobus verò emptoribus, qui rem ean- 3
dem simul emerunt, dubitatur, *ut apparet ex iis, quæ
annotarunt ad rubricam & principium tit. supr de so-
cietate. Petrus Heigius num.* 2. *Mynsingerus num.* 3. *&
alii*. At probabilius est: emptionem rei unius à duo-
bus factam arguere; non communionem simplicem,
adeoq; quasi contractum subortum; sed societatem,
sicque verum contractum celebratum fuisse. Pri- 4
mum enim *in d. l. 2. ff. communi divid.* disertis ver-
bis Cajus ita scribit: *cum societate res communis est
inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine socie-
tate communis est inter eos, quibus eadem res testamen-
to legata est*. Deinde id ipsum sensisse videntur Impp.
Diocletianus & Maximianus *in d. l. 2. Cod. pro socio.*
ubi rescripserunt: judicium societatis inter eos dan-
dum esse, qui conjuncto dominio eandem rem com-
paraverunt. Unde evidenter elucescit: societatem ex
illa comparatione sive emptione fuisse contractam: 5
cum actio pro socio non nisi inter socios locum ha-
beat, *l. si quis societ.* 74. *& pass. ff. eod.* Nec audiendi sunt
illi, qui in specie *dicta l. 2. Cod. d. tit.* societatẽ non ex
eo, quod simpliciter, sed quod conjuncto domino res
à duobus comparata fuerit, ortam esse contendunt:
quasi ex verbis illis, *conjuncto dominio*, expressè id a-
ctum fuisse, intelligeretur; ut rei comparatæ con-
junctum dominium contineretur. Nam conjun-
cto domino rem comparasse dicuntur, non quod in-
ter eos expressè actum sit, ut conjunctum dominium
esset: sed quod ex sola emptione unius rei, a duo-

bus facta, tacitè hoc actum intelligatur, & per se insit, ut conjunctum sit dominium, hoc est, ut res sit communis.

6 Non tuetur opinionem contrariam *d. l. ut fit. 31. ff. pro socio.* ubi Ulpianus ostendere videtur: si duo eandem rem pariter emerint, nullo alio argumento vel indicio societatis concurrente: eos nequaquam socios esse, sed in simplici communione rei emptæ absque societate versari. *Lex* etenim ista eo de casu accipienda est, in quo vel ex protestatione adhibita, vel ex aliis præsumptionibus constabat: rem eandem, citra societatis contrahendæ affectionem, à duobus fuisse emptam. Huncque verum esse illius legis sensum, evincitur ex subjecto in fine ejusdem legis exemplo: ubi ait Jurisconsultus; *si à duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri*: societas non contrahitur. *Si emimus*, inquit, *non socii futuri*, hoc est, si hac mente comparavimus, ut socii futuri non simus. Igitur necesse est, ut constet, in emptione ista animum societatis ineundæ defuisse: alias in dubio societas contracta fuisse videbitur. Multò ergo magis societas in dubio contracta esse intelligitur, quando eadem res à duobus simul, non separatis partibus, empta fuerit. Ex hac enim emptione, non divisis partibus facta, longè facilius societas præsumitur.

7 Nihil quoque contrariæ patrocinatur sententiæ *l. nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio.* ubi idem Ulpianus Jurisconsultus respondet: actionem pro socio dari, tractatu coeundæ societatis præhabito. *Satis* namque de societate contrahenda tractarunt, qui unam eandemque rem scienter simul emerunt.

8 Etsi enim hoc non fecerint expressè: tamen tacitè id fecisse existimantur, *ut supra dictum.* Jam verò extra omnem controversiam est: ea, quæ tacitè in bonæ fidei judiciis aguntur, æque valere, ac si expressè acta fuissent, *argum. l. quia tantundem. 7. ff. de negoc. gest. l. si cui. 9. vers. nam quædam in sermone tacitè excipiuntur. ff. de servitutib. & l. 2. §. voluntatem. 2. ff. soluto matrim. & l. cum quid. 3. ibique Dd. communiter. ff. de reb. cred. si cert. pet.*

9 Ex prædictis ergo apparet, quod communio rerum sit quasi contractus, quo duo pluresve, inter quos res quædam sine societate, id est, sine ulla conventione vel consensu contrahendæ societatis, communes sunt, ad eas dividendas, & personales quasdam præstationes, sibi invicem obligantur, *hoc §. nostro. 3. & 4. l. 1. l. 3. & tot. tit. ff. & Cod communi divid. l. 1. l. item Labeo. 22. & tot. tit. ff. & C. famil. ercisc. § quadam actiones. 10. infr. de actionib. & §. si familia. 4. cum §. seq. infr. de offic. judic. Giphan. lib. 3. disp. 31. thes. 15. ibique in suis notis Oleman. num. 24. & seqq.* Eaque duplex perhibetur: communio familiæ,

10 & communio rerum singularium, *hoc § 3. & 4. tot. t. ff & C. famil. ercisc. item tot. t. ff. & C. commun. divid. D. Collega Bocer. class. 5. disput. 18. thes. 5.*

11 *adit. 2.* Communio familiæ, hoc est, eorum, quæ à defuncto profecta sunt, est inter coheredes, *§. idem juris. 4. hoc tit. d. §. quadam actiones. 10. infr. de actionib. d. §. si familia. 4. infr. de offic. judic. & tot. tit. ff. & Cod. famil. ercisc.* Dicuntur autem hic coheredes non solum ii, quibus testamentaria; sed & quibus legitima hereditas obvenit: & non modò, qui civili, sed etiam qui prætorio jure hereditatem, sive bonorum possessionem acquisiverunt, *l. 2. in princ. & §. 1. ibi, neque bonorum possessor. & l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. famil. ercisc. l. 1. ff. de possess. heredit. petit. l. 2. ff. de bonor. poss.* Quod si negetur coheres, qui divisionem petit, ab eo, à quo petitur divisio: videndum, an possideat petitor, vel adversarius ille. Priori siquidem casu cognoscit judex, petitor coheres sit, 12 necne: posteriori casu incumbit petitori, ut prius contra adversarium petitione hereditatis experiatur, *l. 1. §. 1. ubi Gloss. & Dd. & l. fundus. 51. §. 1. ff. famil. ercisc. Schneidevvin. in d. §. quadam actiones. 10. tit. de act famil. ercisc. n. 7. 8. & 9 infr. de actionib. eumq; referent D. Bocer. d. class. 3. disput. 18. thes. 8.* Hujus porrò communionis obligatio duas habet partes: quarum una pertinet ad divisionem ipsarum rerum: altera ad quarundam personalium præstationum inter coheredes communicationem, *d. l. item Labeo. 22. §. familiæ. 4. ff famil. ercisc. Donell. lib. 15. Comment. de jur. civ. cap. 23. in princip. pag. 441. Forster. lib 4. disput. ult. thes. 2. lit. D. & F.* Cæterum res in istam 13 divisionem veniunt omnes, quæ à defuncto profectæ sunt, sive earum dominium penes ipsum defunctum fuerit, sive non fuerit: veluti prædia, quæ nostri patrimonii sunt: item vectigalia, & superficiaria prædia: tum etiam res, quas alienas defunctus bona fide possedit, *l. item prædia. 10. ff. famil. ercisc.* licet ipsi heredes eas primum usuceperint: & licet ex à defuncto emptæ, sed heredibus traditæ sint, *l. veniunt. 9. ff eod.* Partus quoque, post aditam hereditatem editus, in hanc divisionem venit, *l. partum. 11. cum l. seq. in princ. ff. d. tit.* ut & quod servis hereditariis ab extraneo datum est, *l. & post litem. 12. §. 1. ff. eod.* & nonnulla alia, de quibus *in l. Pomponius. 8. §. 1. & 2. l. sed si. 14. §. 1. & ll. seqq. ff famil. ercisc. & latè Iustus Mejer. in disputat. ad lib. 10. Pandect. tit. 2. thes. 12. & seqq.* Enimvero mala medicamenta & venena, ut & libri improbatæ lectionis, puta magici, non debent dividi, sed protinus corrumpi, *l. sacra. 4. §. 1. ff. famil. ercisc.* Sed & res malo more quæsitæ, non dividentur: sed à rebus hereditariis separatæ, restituentur iis, ad quos pertinent, *d. l. 4. §. 2. ff. eod. Pacius in Method. C. eod. tit. §. 20. & seqq.* Nomina item, id est, credita & debita, ut quæ ipso jure divisa sunt, hac obligatione non continentur, *l. 2. §. ult. d. l. 4. in princip. l. heredes. 25. §. 1. & ibidem Gothofred. & §. idem juris. 13. l. fundus. 51 circa fin. ff famil. ercisc. l. ea, quæ. 6. Cod. eod.* sicut nec ea, quæ testator voluit heredes habere præcipua, *d. l. Pomponius. 8. in princ. & l si ita legatum. 42. ff. d. tit. l. penult. in fin. C. de collationibus.* & plura alia, quæ recenset Mejer. *d. disput. thes. 15.* Præstationes per- 14 sonales, quæ ex familiæ communione promanant, sunt;

ſunt; quæ verſantur tum in his, quæ ad heredes ex
defuncti bonis profecta ſunt; veluti ad liberos bona
profectitia: ut dos, & donatio propter nuptias à pa-
rente data, *l. pactum. 3. l. filia dotem. 4. l. filia, licet.*
12. l. filiam. 16. l. ut liberis. 17. l. illam. 19. & l. pe-
nult. §. fin. Cod. de collationib. Duaren. ad tit. de collat.
c. 4. Cujac. lib. 3. obſerv. c. 30. & ad Novell. 18. For-
cat. in tractat. de collat. bonor. part. 1. num. 20. Fa-
chin. lib. 5. controverſ. jur. cap. 77. & aliquot. ſeqq.
itemq; in fructibus, ab uno heredum ex hereditaria
perceptis, *l. inter coheredes. 44. §. fructus. 3. & l. pe-*
nult. ff. famil. ercisc. l. non eſt ambiguum. 9. & l. co-
heredibus. 17. C. eod. tit. tum in ſumptibus, quos
heredum aliquis bona fide in rem hereditariam fe-
cit, *l. hu conſequenter. 18. §. ſumptuum. 3. l. ex parte.*
39. in princ. & l. fundus. 51. in princ. ff. famil. erciſc.
tum etiam in damnis, ab uno heredum in commu-
nione factis, *l. & puto. 16. §. ſed & ſi dolo. 4. & §.*
ſeq. ff. d. tit. l. adverſus. 3. l. incerti. 19. Cod. eod. aut
culpa ejus etiam levi illaris, *d. l. puto. 16. §. 4. d. l. he-*
redes. 25. §. non tantum dolum. 16. ff. fam. erciſc. l. con-
tractus. 23 ff. de reg. jur. D. Bocer. d. claſſ. 3. diſput. 18.
theſ. 16. Quibus perſonalibus præſtationibus ad-
15 junguntur etiam cautiones, quas coheres coheredi
præſtare tenetur: veluti ſi adſunt hereditaria inſtru-
menta, eaque uni ex heredibus cuſtodienda dentur:
quoniam heres ille cautionem interponere jubetur;
ut, cum res exegerit, inſtrumenta iſthæc exhiban-
tur, *l. ſi qua ſunt. 5. & l. ſeq. ff. famil. erciſcund.* Si-
militer ſi rem individuam defunctus alicui promi-
ſerit, ut ejus nomine ſinguli heredes in ſolidum te-
neantur, cautiones interponi debent; ut ſi quis ex
iis conventus litis æſtimationem præſtiterit, id pro
parte à cæteris conſequatur, *docente Paulo in d. l. he-*
redes. 25. §. contra ſi promiſſor. 10. ff. eod. tit.

16 Sanè quæ pater filio ſtudiorum cauſa peregrè a-
genti ſubminiſtravit, ſi non credendi animo pater
miſiſſe fuerit comprobatus, ſed pietate debita du-
ctus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis
ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non
patitur, *l. qua pater. 50. ff. famil. erciſc. l. legatis. 6. ff.*
aliment. vel cibar. legat. l. 1. §. ſed an id. 16. ff. de col-
lat. bonor. Idque explicatius perſequutus ſum *in §.*
alia. 2. ſupr. de donationib. num. 55. & ſeqq. An au-
tem in hanc diviſionem filius conferre teneatur iſtos
ſumptus, quos pater ipſi, in Patria literis operam
danti, ſubminiſtravit, quæri poterit? Quod licet
17 primo intuitu affirmandum videatur, propter illa *d.*
l. 50. famil. erciſc. verba, *peregrè agenti*: quaſi aliud
jus eſſet in eo, qui non peregrè agit: contrarium ta-
men & æquitati & veritati magis conſentaneum eſt.
Longè quippe difficilius filio peregrè agenti ſum-
ptus à patre ſubminiſtrantur, quam in patria literis
operam danti. Si illos igitur ſumptus non recuſat
pietas paterna: multò minus hoſce recuſabit. *D. D.*
Rümelin. part. 2. Pandect. diſput. 9. th. 19. pag. 139.
Ideoque non obſtant verba illa: *peregrè agenti.* Haud
enim eò ſpectant; quod jus ſit aliud in eo, qui in Pa-
tria literis dat operam, quam qui peregrè: ſed ne
major pecuniæ quantitas, peregrè agenti ſubmini-
ſtratæ, aliquam juris diverſitatem introducere cre-
datur: & ut ita ex caſu difficiliori id, quod eſt fa-
cilius, colligatur, *ut docet eleganter Juſtus Mejer. in*
ἀναλύσει d. l. 50. & in d. diſp. ad lib. 10. Pand. tit. 2.
theſ. 18. & Philippus Knipſchildt exercitat. Acad. 11.
quaſt. 8. pag. 395. cum ſeq. Eaque de re videatur Ga- 18
ſpar Schifordegherus *lib. 2. ad Anton. Fabr. tractat.*
23. quaſt. 1. 2. 3. 4. 5. & 6. ubi contra alios prolixè
admodum & eruditè oſtendit: patrem non ſolum
obligari omni jure ad ſumptus, ſtudiorum cauſa, fi-
lio ſubminiſtrandos (*quod & ego demonſtravi in d. §.*
alia. 2. ſupr. de donationib. numer. 98. & ſeqq.) ſed
etiam in dubio præſumi de bonis ſuis propriis, non
vero de bonis filii maternis, quorum ipſe admini-
ſtrator eſt legitimus, ſtudiorum expenſas feciſſe,
argum. l. 1. & 2. C. de bon. matern. & l. ult. C. de dot.
promiſſ. juncta. receptiſſima opinione; qua cauſa dotis
& ſtudiorum æquiparantur. Angel. & Iaſon. & com-
muniter Dd. in l. 1. ff. ſolut. matrim. Horat. Lucius in
tract. de privileg. Scholar. privileg. 31. Petr. Rebuff. in
tract. de privileg. Univerſitatum, &c. privileg. 60.
Quo facit, quod patris officio incumbat; filio ſum-
ptus ſtudiorum cauſa ſubminiſtrare, *ſicut pluribus*
declaravi in d. §. alia. 2. ſupr. de donat. num. 98. cum
ſeqq. & in orationib. meis, orat. 23. Quilibet autem
ſuo officio ſatisfacere præſumitur: & gravatus dare
quid, de ſuo dare reputatur. *D. D. Rümel. d. diſput.*
9. th. 18. in fine. Neque præterea conferuntur in 19
hanc diviſionem, quæ pater filio ſuo militi dedit;
veluti arma, & equi, *l. ſi filiusfamilias. 4. C. famil.*
erciſc. Cujac. ad d. l. 1. §. nec caſtrenſe. 15. ff. de collat.
bonor. Weſenbec. in Paratit. ff. de dotis collat. num. 3.
& D. Bocer. d. diſput. 18. theſ. 19. & in hoc §. num. 21.
pag. 508.

Actio, quæ ex hac naſcitur communione, dicitur 20
familiæ erciſcundæ actio, ſive judicium, *§. idem ju-*
ris. 4. hoc tit. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciſcund.
Familiæ verbum, ad res relatum, hereditatem deſi- 21
gnat, *l. pronunciatio. 195. §. 1. ff. de verbor. ſignificat. l.*
ult. Cod. eod. Erciſcere verò, antiquiſſimo loquendi 22
modo, idem quod dividere denotat. Alii Græcum
verbum eſſe putant, *ἑρκίζειν*, quod interſepire ſeu di-
videre ſignificat, *Mynſinger. hic numer. 6. Stbegk. in*
delibat. jur. diſput. 20. theſ. 6. lit. b. Zaſius & Cora-
ſius in §. quadam actiones. 20. & ibi ego numer. 5.
infr. de actionib. Eaque actio civilis eſt, *l. 1. in princ.* 23
ff. famil. erciſc. mixta, id eſt, tam in perſonam, quam
in rem comparata, *d. §. quadam actiones. 20. infr. de*
actionib. ibique ego numer. 2. & 3. bonæ fidei, *§. actio-*
num. 28. inſt. eod. l. non eſt ambiguum. 9. C. famil.
erciſc. & perpetua, *d. l. 1. ff. famil. erciſc.* Competit 24
autem hæc actio coheredibus, *d. §. quadam. 20.*
infr. de action. d. l. 1. & 2. ff. famil. erciſcund. adver-
ſus coheredes, ſine cauſa rerum hereditariarum di-

& seqq. infr. de offic. judic. l. si quis putans. 6. §. officio.
10. *d. l. communi.* 7. §. 1. *l. item.* 10. *ff. communi di-*
vid. & l. 2. *C. eod. Bocer. d. disp.* 18. *thes.* 44. *& Me-*
jer. d. disp. thes. 17. *& seq.* Præstationes personales,
43 quæ ista obligatione comprehenduntur, in eo con-
sistũt: si sociorum aliquis in rem causamve commu-
nem sumpt⁹ fecerit: aut ex ea fructus vel mercedem
perceperit, *d. l. per hoc judic.* 4. §. *sicut.* 3. *& §. ult. cum*
seq. d. l. si quis putans. 6. *in pr.* §. 1. 2. *&* 3. *l. in summa.* 11. *l.*
in hoc jud. 14. §. 1. *ff. communi divid.* vel dolo aut
culpa damnum communioni dederit, *l. in communi.*
3. *l. si is, cum quo.* 20. *l. Sabinus.* 28. *ff. d. tit.* Quæ
præstationes etiam in eo versantur: si quæ inter so-
cios conventio interposita fuerit, veluti ut fructus
alternis annis perciperent, *d. l.* 3. §. 1. *l. si convenerit.*
23. *ff. eodem.* Ad personales præstationes & illud
pertinet: quod pati tenetur socius, ut alter socius,
cum opus fuerit, ædes communes, aut communem
parietem reficiat, vel quippiam in eum immittat,
l. si ædes communes. 12. *ff. communi divid. Cujac. lib.* 7.
quæstion. Papin. pag. 139 *& seqq.* Ut & illud: quod
socius socio, cui quid adjudicatur, cavere tenetur
de evictione, *l. item quamvis.* 10. §. *ult. ff. communi*
divid. arg. l. heredes. 25. §. *penult. ff. famil. ercisc. & l.*
si familia. 14. *C. eod.* itemque de eo, quod sub condi-
tione debetur, *l. cum socii.* 16. *ff. communi divid.* Ve-
rum de personalibus præstationibus generaliter hic
observandum: eas hac obligatione de gesto negocio
eatenus contineri, quatenus suæ partis causam so-
cius expeditè gerere non potuit, *d. l. si quis.* 6. §. *sive*
autem. 2. *vers. hoc autem. & vers. seq. & §. si damni*
infecti. 7. *l. arbor.* 19. §. *si per eundem.* 2. *ff. communi*
divid. l. penult. ff. de reb. credit. si cert. pet. &c. l. si com-
munes. 40. *ff. de negot. gest.* quatenus item rem esse
communem scivit, *d. l. in hoc judicium.* 14. *in princ.*
& l. si quis cum. 29. *ff. communi divid. D. Bocer. d. di-*
sput. 18. *th.* 49.

44 Ex hac communione descendens actio, communi
dividundo appellatur: & mixta est, *d. §. quædam a-*
ctiones. 20. *infr. de action.* bonæ fidei, §. *action.* 28. *infr.*
eod. d. l. in hoc judicium. 14. §. 1. *vers. quia bonæ fidei.*
ff. communi divid. & perpetua, *Forster. junior lib.* 4.
disp. ult. th. ult. ad lit. A. Eaque est vel directa, vel
utilis, *d. l. si quis putans.* 6. *in princ. & §.* 1. *ibi, utilis*
tamen, & l. seq. §. ex quibusdam. 3. *& §. si duo.* 6. *l. in*
summa. 11. *& l. si quis.* 29. *circa princip. ibi, nec utile*
45 *dandum. ff. communi divid.* Directa competit, si
proprietas rei sit communis, *d. l. per hoc judicium.* 4.
in pr. ff. d. tit. utilis verò, si quod aliud jus commu-
ne fuerit, veluti ususfructus aut pignus, *d. l. commu-*
ni. 7. § *si duo sint.* 6. *& §. seq. ff. eod. l. si cujus.* 13. §.
sed si inter. 3. *ibi, quasi communi dividundo ff. de usu-*
fructu juncta l. Lucio. 4. *in fine. ff. de aqua quotid. &*
æstiva. Item directa locum habet, si quis sciens, si-
bi rem esse cum vero socio communem, quid in eam
impendit, fructusve ex ea percepit: utilis, si quis
putans sibi cum Titio rem communem esse, cum sit
communis cum alio, tale quid fecerit, *d. l. si quis.* 6.
in princ. & d. l. si quis cum. 29. *in princ. ff. commun. di-*
vid. Denique directa datur, si corpora manserint
communia: utilis autem, si non manserint commu-
nia, sed vel interierint, vel ab altero socio alienata
fuerint, *d. l. si quis.* 6. §. 1. *l. sed postquam.* 9. *& d. l. in sum-*
ma. 11. *ff. eod.* Cæterum an correo, adversus correum,
competat actio communi dividundo, explicat D.
Collega Besoldus *in delib. jur. ex lib.* 10. *Pandect. tit.* 3.
pag. 580. *& seq.* Illud porrò commune est utriusq; ju- 46
dicii, familiæ scilicet erciscundæ, & communi divi-
dundo: quod si coheres, vel socius aliquis in divisio-
ne ultra partem dimidiam læsus sit: condictione ex
lege, ad rescindendam divisionem, agere potest: sive
sine judice, sive accepto arbitro, sive per sortem fa-
cta fuerit divisio, *l. Lucius.* 38. *in fin. ff. famil. ercisc. l. si*
soror. 8. *Cod. de collationib. l. majorib.* 3. *Cod. communia*
utriusq; judic. ubi Bart. Bald. Salic. & Sichard. Schurff.
cons. 28. *n.* 9. *cent.* 1. *Wesenb. consil.* 74. *n.* 8. *part.* 2. *Pinel.*
ad l. 2. *Cod. de resc. vend. part.* 2. *c.* 1. *n.* 4. *cum seqq. & D.*
Bocer. d. class. 3. *disp.* 18. *th.* 52. *ed.* 2. Vide D. Besoldum *in*
dictis delibat. jur. ex lib. 10. *Pand. tit.* 2. *num.* 2. *pag.*
577.

Quæri hic non incommodè poterit: ecquid præ- 47
cepto testatoris effici queat, ne à communione di-
scedatur? Et (quicquid in contrarium afferat Alexan-
der de Imola *in d. l. si non sortem.* 26. §. *si centum.* 4 *ff.*
de condict. indebiti) verius est: testatorem aut patrem
non posse præcipere filiis vel heredibus, ut bona he-
reditaria in perpetuum non dividant. Quia bonum 48
est argumentum à contractibus ad ultimas volunta-
tes, *arg. l. servum filii.* 44. §. *eum, qui.* 5. *ff. de leg.* 1. præ-
sertim quando non potest reddi ratio diversitatis.
Everhard. in Topic. in loc. à contract. ad ult. volunt. n. 1.
Sed per contractus inter vivos perpetua communio
induci non potest, *d. l. in hoc judicium.* 14. §. *si conve-*
niat. 2. *ff. commun. divid.* Ergo nec in ultimis volun-
tatibus fieri potest: cum subsit eadem ratio, ne dis-
cordiæ & rixæ inter socios oriantur, *d. l. cum pater.*
77. §. *dulcissimis.* 20. *ff. de legat.* 2. Et ita sentiunt *Paul.*
de Castr. & Iason ad d. l. si non sortem. 26. §. *si centum.* 4.
ff. de condict. indebit. Iul. Clarus lib. 3. *recept. sentent.* §.
testamentum. q. 67. *Schneidevvin. ad d. §. quædam a-*
ctiones. 20. *n.* 21. *& seqq. infr. de actionib. Hœnon. disput.*
17 *ad Instit. controvers* 20. *lit. B. Paulus Berens disput.*
12 *ad Institut. them.* 3 *quæst* 6. *& Philippus Knipschildt*
exercitat. Acad. 11. *quæst.* 7. *pag.* 394.

Hanc sententiam non evertit *l. fin. §. Lucius.* 3. *ff.* 49
de legat. 2. *& l. Lucius.* 78. *in princip. ff. ad SC. Tre-*
bellian. ubi dicitur, testatorem posse præcipere com-
munionem heredibus. *Nam* ibi divisio hereditatis
non prohibetur: sed præcipitur, ut filia & uxor in
communionem conferant res, ut postea æqualiter
divisio fieri possit, sicut hoc importat collatio bo-
norum, *de qua tot tit. ff. & Cod. de collat. bonor.* De-
inde posito & concesso, quod illic divisio prohibea-
tur: non tamen in perpetuum uxor & filia dividere
prohibentur. Itaque non omnis planè dividendi po- 50
testas iis adempta intelligitur: cum nemo invitus in
commu-

communione manere compelleretur. *d. l. fin. C. communi divid. & dictum suprà num.* 34.

51 Eidem sententiæ non repugnat *l. 1. ff. pro socio*, ubi cùm societas in perpetuum contrahi possit : dicendum videtur, quòd etiam testator communionem præcipere valeat : siquidem argumentum à contractibus ad ultimas voluntates procedere, apparet *ex d. l. servum. 44. §. eum, qui. 5. ff. de legatis. 1.* Etenim Paulus Jureconsultus, *ut semetipsum ibidem declarat*, non intelligit tempus infinitum, sed finitum, quamdiu scilicet socii vivant. Et sanè dubium non est ullum, quin prohibitio testatoris ad certum tempus facta subsistat, *argument. l. si qui ita. 4. in princip. ff. de conditionibus institutionum.* ubi testator heredibus præcipit & mandat, ne intra sedecim annos dividant. Et hanc communem esse opinionem testatur Gratus *consil. 66. numer. 24. lib. 2.* cumque citans Clarus. *d. quæst. 67. num. 2.*

52 Præterea non adversatur, quòd voluntas testatoris, tanquam lex, servari debeat. *Novel. 22. cap. 2. in princ. l. 1. Cod. de sacrosanct. eccles.* Quia illud verùm quidem est, nisi voluntas illa dispositioni juris contrarietur ; aut utilitati publicæ, quæ suadet, neminem invitum in communione detineri, repugnet. *l. nemo potest. 55. ibique Dd. ff. de legat. 1. d. l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de legat. 2. & d. l. fin. C. communi dividundo.* Hancque sententiam noviter quoque ita defendit Dn. Collega Bocerus *hic numer. 59. & aliquot seqq. pag. 512.*

§. Heres quoque. 5.

Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur: (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negocium legatarius gessisse propriè dici potest:) & tamen quia ex maleficio non est obligatus : quasi ex contractu debere intelligitur.

S u m m a r i a.

1 *Quarta quasi contractus species consistit in herede, ob aditam hereditatem legatariis ad præstanda legata obligato.*

2 *Cur heres legatariis ex quasi contractu teneatur.*

3 *Actio legati sive ex testamento cui, & contra quem & ad quid detur.*

4 *An quemadmodum legatariis, ita etiam creditoribus hereditariis, heres ex quasi contractu obligetur.*

5 *Ex personâ successorum qualitas obligationis immutari non solet.*

1 QUARTA species quasi contractûs hoc loco enarratur, *aditio* scilicet *hereditatis* : quâ heres adiens hereditatem obligatur legatariis, ad præstanda sive solvenda legata, quæ à testatore sunt relicta. *l. si quis absentis. 5. §. heres. 2. ff. de obligat. & actionibus.* Wegner. *Disputat. 13. ad Instit. th. 4. lit. a. & b.*
Ideo autem heres legatariis ex quasi contractu tenetur : quia inter heredem & legatarios neque est
contractus, neque maleficium, *hoc §. nostro.* Contra- 2
ctus non est : quia heres neque cùm legatariis, neq;
cum testatore ullum negocium contraxit. Maleficium non est : quia heres nihil deliquit : nec propter delictum aut maleficium legatariis debet legatum. Itaque reliquum est, ut quasi ex contractu heres obligatus dicatur : cùm adeundo hereditatem quasi contrahere cum legatariis videatur. *l. 3. §. ult.*
& l. seq. ff. quibus ex caus. in possess. eat. Hinc actio 3
legati, vel ex testamento, in personam descendit : quæ legataria, contra heredem, legati præbendi causa datur. *§. sed olim. 2. in fine. supr. de legat.* ubi *num. 9. & seqq.* de hac, & aliis actionibus, legatario, pro consequendis legatis, competentibus latius disseruimus.
Cæterùm an, quemadmodùm legatariis ; ita 4
etiam creditoribus hereditariis, heres ex quasi contractu obligari putandus sit, controvertitur : Sed probabilius est, & verius : aditâ hereditate, creditores heredem scriptum convenire debere, non ex novo quasi contractu, ex aditione hereditatis inducto : sed potiùs ex contractu antiquo, quo tenebatur defunctus, cujus personam heres sustinet & repræsentat. Nam ex persona successorum vel here- 5
dum qualitas obligationis, qua defunctus tenebatur, immutari non solet. *l. 2. §. ex his igitur. 2. ff. de verbor. obligat.* Proinde si ex vero ac proprio contractu tenebatur defunctus, similiter heres quoque obligatus esse dicendus est ; ut, *post alios*, docent Emanuel Costa *in c. si paterfamilias. 1. part. 2. verb. Trebellianica. num. 10. de testa. in 6.* Vasquius *de success. creat. libr. 2. §. 17. numer. 48. & 49.* hosque citans Heigius *in hoc §. nostro. num. 6.* argumento *tertius tit. C. ut actiones & ab heredibus, & contra heredes incipiant.* Quibus adstipulantur quoque Hermannus Vultejus *hic numer. 5. & lib. 1. jurisprud. Roman. cap. 42. num. 21. Timanus* Faber *disputat. 25. ad Institut. Imperiales th. 4. lit. c.* Dominicus Arumæus *Exercitat. Iustin 15. th. 13. D. Bocer in hoc §. num. 11 & 12. pag. 514 & D. Rümelin. Exercitat. 16. ad Institut. th. 5. lit. b. pag. 148.* Knipschildt *exercitat. Acad. 11. quæst. 10. pag. 398. & Richter in tract. de contractibus, disputat. 13. th. 3. ad lit. d. pag. 389.*

§. Item is, cui. 6. & §. ex quibusdam. 7.

Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur Adeò enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur : magis (ut suprà diximus)

culpa lata, & culpa levis, & culpa levissima, *ut in d. l. fidejussor. 32. ff. de negoc. gestis, & l. si procuratorem. 8. §. proinde. 10. ff. mandati.* interdum etiam idem dictat suadetque subjecta materia, de qua agitur, mentione culpæ in illa facta: quemadmodum circa contractus mandati causam notavimus supra *in d. §. is, qui exequitur. 8. tit. de mandato. numer.* 25. quod nimirum in illo appellatione culpæ, non levis tantum, quæ propriè culpa dicitur, sed levissima etiam comprehendatur, ubicunque absolutè culpæ mentio fiat, *ut in d. l. si procuratorem. 8. §. proinde. 10. l. idemque. 10. §. 1. l. inter causas. 26. §. sed cum servus. 7. ff mandati. l. etiamsi. 4. Cod. eod. D. Vult. d. cap. 15. pag.* 172.

54 Tertiò non obstat *l. si pupilli. 6. §. ultim. ff. de negoc. gest.* ubi à negociorum gestore exigitur, ut diligens sit, non etiam, ut sit diligentissimus. Cui simile est, quod *in recept. sentent. Pauli lib. 1. tit. 4. in princip.* dicitur, eum, qui negocia aliena gerit, exactam diligentiam præstare debere. Unde colligitur: in negociorum gestore culpam levem & non levissimam, vindicari: siquidem exacta diligentia culpæ levi; exactissima verò culpæ levissimæ opponatur. Istud, *inquam*, non obstat. Respondetur enim: exactissimam diligentiam rectè quoque appellari diligentiam exactam: quoniam superlativo positivum inesse constat. Nam qui doctissimus est, rectè dicitur doctus: qui sapientissimus, rectè dicitur sapiens. Itaque non sequitur: negociorum gestor tenetur præstare exactam diligentiam: ergo non exactissimam: item negociorum gestor debet esse diligens: ergo non diligentissimus. Sic erenim à man-

55 datario requiritur, ut aliena negocia *exacto* officio gerat, *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* & tamen *nihil quidquam* ab eo neglectum culpa vacuum esse, ibidem pronunciatur. Sic & commodatarius rebus commodatis exactam diligentiam adhibere dicitur, *§. item is. 2. vers. at is, &c. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* & tamen ipsum de culpa levissima conveniri, traditur *in l. si ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. in fine. ibi, diligentiam. l. in rebus. 18. in princ. ibi, diligentissimus. ff. commodati. l. 1. §. & ille quidem. 4. ibi, exactissimam. ff. de obligationib. & actionib. & exposuimus accuratius in d. §. 2. supr. quib. mod. re contrab. oblig. num. 23. & seqq.*

56 Quartò non obstat, quod ex hujusmodi quasi contractu negociorum gestorum nihil planè commodi ad gestorem perveniat: sed solius domini, cujus negocia gesta sunt, utilitas vertatur. Juris autem est non incogniti, quod cum contractus ad solius creditoris pertinet commodum, debitor de levissima culpa conveniri non debeat, *d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati.* Hoc, aje, non obstat. Quod enim dicitur, levissimam culpam non præstari, cum contractus non concernit utilitatem debitoris: id hanc recipit limitationem: nisi debitor sese contractui obtulerit, suamque diligentiam & industriam professus fuerit. Jam verò negociorum gestor nulla planè necessitate coactus, sed sua sponte aliena negocia administranda suscipit. Igitur meritò de levissima culpa tenetur, *docente Hunnio in d. loco pag. 726. & Vultejo d. cap. 15. ad finem.*

Quintò non obstat, quod si ad exactissimam & summam diligentiam negociorum gestor obligatus esset, adeoque de levissima culpa teneretur, nemo facile alterius negocia suscepturus & curaturus esset: sicque absentium negocia, insigni sæpe cum eorum detrimento, desererentur: ad quæ tamen gerenda amici maximè invitandi videntur, *argum. hujus §. vers. idque utilitatis, &c.* Etenim hoc debile admodum & infirmum est argumentum. Eadem quippe ratione non facilè quispiam mandatum suscepturus foret, quod & ipsum exactissimam diligentiam requirit, & à contrario, si hæc adhibita non fuerit, levissimam culpam exigit, *l. à procuratore. 13. Cedic. mandati. & pluribus monstratum in d. §. is, qui exequitur. 8. supr. de mandato. num. 21. & seqq.* Sed & illud, quod in conjectura ac eventu dubio positum est, certissima juris fundamenta & rationes evertere non debet, nec potest, *ut bene hic in fine Anton. Matthæus monet.* 57

Sextò non obstat *d. l. quicquid. 7. Cod. arbitrium tutel. cum similibus*, ex quibus evinci posse videtur: quod, ad instar tutoris, negociorum gestor de levissima culpa conveniri non possit. *Quandoquidem* à tutore, qui necessitate publica ad tutelæ administrationem inducitur, ad negociorum gestorem, qui ultrò se ingerit, minus rectè duci argumentum, liquet *ex d. l. tutori. 20. Cod. de neg. gest. & tradit Roberus d. disput. 18. thes. 1. eumque referens Paulus Berens d. disputat. 12. them. 3. quæst. 1. num. 2. & ipse ostendi suprà in d. §. is, qui exequitur. 8. num. 33. tit. de mandato.* 58

Septimò & ultimò non obstat, quod officium suum nemini debeat esse damnosum, *l. sed si quis. 7. ff. testament. quemad. aperiant. l. si servus. 61. §. quod verò. 5. ff. de furt. l. si vero. 12. §. si mihi. 9. ff. mandati:* Ast erit damnosum gestori, si ex culpa levissima conveniatur. *Nam* quadrupliciter respondetur. I. Si hoc argumentum obtineret: negociorum gestor ne quidem ex culpa levi conveniendus foret, nè pateretur officii sui jacturam. Est siquidem ubique idem medium concludendi. Posterius autem est absurdum. Ergo & prius. II. Non potest conqueri gestor, quod officium suum sibi existat damnosum: cum nec officio suo functus sit. Debent enim aliena negocia exacto officio geri, nec *quidquam* in cis præter missum culpa vacat *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* Et qui se negocio gerendo offert, is omnem culpam præstat, *d. l. 1. §. sæpe evenit. 35. ff. depofit.* III. Nec damnum gestor sentire intelligitur, quod culpâ suâ sentit, *l. quod quis ex culpa. 203. ff. de reg. jur. & notat Anton. Matthæus in hoc §. nostro.* IV. Regula illa sic intelligitur: nisi officium culpa præcesserit: item nisi officium alteri noceat. Adjuvari quippe nos, non decipi officio, oportet, *l. in commodato.* 59 60

dato.17. §. ſicut. 3. verſ. adjuvari. ff. commodat. Gerard. Tuning. hic in fine. Iſtis igitur obſtaculis omnibus remotis, firmiter concludendum eſt: negociorum geſtorem de leviſſima culpa regulariter conveniri poſſe.

61 Eſt tamen caſus, quo negociorum geſtor leviſſimam culpam non præſtat, imò ne levem quidem, ſed ſolummodo dolum: veluti ſi affectione coactus, ne bona mea diſtraherentur, negociis ſe meis obtulerit *l. ait prætor. 3. §. interdum. 9. ff. de neg. geſt.* Sanè
62 de caſu fortuito, qui videlicet nulla providentia humana caveri potuit, non teneri negociorum geſtorem, extra omnem controverſiam eſt: ſiquidem nec alius quiſquam de caſu fortuito conveniri poteſt, *l. ſi ex legati. 23. ff. de verb. obligat. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ubi Delrio. c. 21. l. quæ fortuitis. 6. Cod. de pignoratit. act.* Ejusque ratio eſt perſpicua: quia quotiens res ſine omni culpa aut dolo alterius perit: æquiſſimum eſt, eam perire ſuo domino, *l. pignus. 9. Codic. de pignorat. act.* Cum enim is commodum illius rei ſentiat: ſecundum naturam & æquitatem eſt, eundem quoq; damnum illius ſuſtinere & commodum, *§. cum autem. 3. verſ. nam & commodum. ſupr. de empt. & vendit. l. ſecundum. 10. ff. de reg. jur.*

63 Verum tres excipiuntur caſus, quibus etiam de caſu fortuito negociorum geſtor tenetur. I. Si tale negocium ſuſcipiat negociorum geſtor, quod non ſolitus erat gerere dominus, *l. ſi negocia. 11. ff. de negoc. geſt.* II. Si caſu fortuito cauſam præſtiterit & occaſionem, *§. item. u. 2. verſ. ſi modo non ipſius culpa, ſupr. quib. mod. re contrahit. obligat.* III. Si ſpeciali pacto caſum fortuitum in ſe receperit, *l. negocium. 22. C. de negoc. geſt. l. 1. C. de commodato.* Etenim
64 pactum ſive conventio dat legem, hoc eſt, formam & temperamentum contractui, ut jam ex ipſa conventione de contractu judicetur, *l. juris gentium. 7. §. quin imò. 5. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. ibique Philipp. Matthæus num. 41. l. legem. 10. C. de pactis. & inibi Donellus num. 4.*

65 Porrò directa negociorum geſtorum actio non tantum competit, quando geſtor negocium eo animo geſſit, quod alienum eſſe exiſtimaret: ſed tum etiam, quando geſſit negocium, quod putabat ſuum eſſe, cum revera eſſet alienum, *per textum expreſſum in l. ultim. ff. de negoc. geſt.* Et ratio eſt: quia dominus agendo adverſus geſtorem ratum habet, quod ipſe geſſit: quæ ratihabitio negocium illud omnimodo domini efficit: quod etiam ab initio revera erat domini, ſed non ipſius contemplatione geſtum, *l. ſi pupilli. 6. §. item quæritur. 9. & §. ſeqq. ff. d. tit.* Hæc ratio, cum ſit generalis, oſtendit: geſtorem, qui re ipſa alienum geſſit negocium, cum ſuum ſe gerere putaret, teneri, ſive cauſa lucrativa fuerit, ſive oneroſa: *ut rectè ſentit Jacobus Cujac. tractat. 8. ad African. in princip. ubi dictam l. final. ff. de negoc. geſt. non minus eleganter, quam doctè explicat.* Ex adver-
66 ſo autem hæc actio locum non habebit, ſi quis geſſerit negocium, quod alienum eſſe exiſtimavit, cum eſſet ſuum. Hujusque ratio evidens: quia bona fides non patitur, ut ei, cujus negocia opinione tantum geſta ſunt, & cujus nihil intereſt, geſta vel non geſta fuiſſe, adverſus geſtorem actio concedatur, *argum. l. actio negociorum. 42. in princ. ff. eod.* Sed & negociorum geſtorem ob illa abſentis negocia, quæ non geſſit, teneri iniquum videtur, *argum l. tutores. 39. §. qui ſe negotiis. 2. in fin. ff. de administrat. & peric. tutor. & d. l. tutori. 20. Cod. de negoc. geſt.* quibus in locis hæc ratio 67
adducitur: quia ſatis abundeque ſufficit, ſi cui vel in paucis amici labore conſulatur. Idemque confirmat *l. qui proprio. 46. §. 1. ff. de procurator.* ubi ita Cajus Juriſconſ. reſpondet: *Et, qui defendit eum, cujus nomine ipſe non agat, liberum eſt vel in unam rem defendere.*

Nec adverſatur *d. l. ſi pupilli. 6. §. videamus. 12. ff. de* 68.
neg. geſt. ubi apertè dicitur, negociorum geſtorem teneri ob ea quoque negocia, quæ non geſſit, *& l. in commodato. 17. §. ſicut. 3. verſ. ut accidit. ff. commodati.* ubi ſtatuitur, eum peritura negocia non impunè deſerere. *Nam* ad harum legum veram conciliationem nihil accommodatius & convenientius hac diſtinctione eſſe reor. Aut quis incepit gerere negocium, & poſtea illud omiſit: & de illo tenetur, *d. l. in commodato. 17. §. ſicut. 3. ff. eod.* Aut non incepit: & tunc aut ab initio acceſſit, ut omnia geſturus, & de omnibus tenetur, *l. Pomponius. 15. in fin. cum l. ſeq. ff. de neg. geſt.* Aut non acceſſit, ut geſturus omnia, ſed ut geſturus quædam: & tunc aut alius fuiſſet geſturus omnia, niſi ipſe acceſſiſſet: & tenetur de omnibus, *d. l. ſi pupilli. §. videamus. 12. ff. d. tit.* Aut alius non erat geſturus: & tunc non tenetur, niſi de his, ad quæ gerenda acceſſit, *d. l. tutori. 20. C. de negoc. geſt.* Et ita diſtinguunt, ſentiuntq; *(remota Guilielmi de Cabriano opinatione)* Joannes, antiquiſſimus & ſubtiliſſimus Interpres ac Gloſſator, Accurſius & Bartolus *n. 2. in d. l. tutori. 20 Cod. eod.* Jul. Pacius *cent. 2. ἐναντιοφανῶν. quæſt. 54.* hosque allegans Arumæus *Exercitat. Juſtinian. 15. theſ. 12.* Atque huic diſtinctioni noviter quoque calamum applaudentem porrigit D. Martinus Rümelinus, Gener mihi chariſſimus. *Exercitat. 16. ad Inſtitut. ſub th. 2. lit. e. in fine pag. 146.*

Illud obiter hic tenendum eſt: quod is, qui nego- 69
cia gerit aliena, ſi pecuniam in ſuos uſus convertat, maximas, id eſt, centeſimas uſuras præſtare teneatur, *l. qui ſine uſuris. 38. verſ. quoniam, &c. ff. de negocius geſtis:* ubi hæc ratio additur: *quoniam ob licentiam, qua abutitur, dum ſibi nummos alienos accipit, maximis uſuris vice pœnæ ſubjicitur.* Eodem confert *l. ult ff. de ritu nupt:* ubi is, qui clam aliquid facit, vel delinquit, majore pœna afficitur, quam qui palam. At qui negociorum geſtorem, utpote nullum mandatum habentem, clam adminiſtrare in propatulo eſt. Igitur meritò maximas uſuras præſtare compellitur.

Cui non contrarium eſt, quod dicitur *in l. idem-*
que. 10. § ſi procurator. 3. verſ. quod ſi non. ff. mandati. 70
cum, qui pecuniam alienam in ſuos uſus convertit,

conveniti in usuras non maximas, sed modo legitimo in regione frequentatas. *Rectè* namque distinguitur inter negociorum gestorum, qui mādato caret, & procuratorem, qui domini mandato negocia administrat. Procurator enim eas usuras præstat, quæ in regione frequentantur: negociorum autem gestor debet maximas usuras. Differentiæ ratio jam nota est: quia gravius peccat is, qui sponte sua clam & domino ignorante negocia gerit, quam is, qui palam mandatu domini ad ea gerenda accedit: & minorem in his negociis ac rebus domini auctoritatem habet negociorum gestor, quam procurator. Ideoque magis ignoscimus procuratori, qui quodammodo habet voluntatem domini, quam negociorum gestori. Licet enim dominus procuratori non mandaverit, ut pecunias converteret in usus suos: tamen mandavit, ut pecuniarum curam haberet, easque administraret: cum negociorum gestori neutrum mandatum fuerit. *Ita docent ibi (repudiato Rogerii glossemate) Accursius in resolutione prima, Iacobus de Raven. & Cynus, item Iulius Pacius d. cent. 2. quæst. 65. Paulus Berens d. disput. 12. ad Institut. them. 3. quæst. 3. Hieronym. Treutler. d. disput. 10. thes. 4. volum. 1. ibique in sua resolut. Hunnius, pag. 718.*

Non omittenda hoc loco illa satis dubia quæstio
71 est: an correo, qui totum debitum solvit, adversus correum competat negociorum gestorum actio? Et non competere (utut oggranniat Accursius *in l. 2. Cod. de duob. reis stipulandi.* & Molineus *ad l. Modestinus. 76. n. 5. ff. de solution.*) inde manifestum est, quod hæc actio non competit ei, qui suum negocium gessit, *l. creditor. 60. §. 1. vers. item quæsitum est.*
72 *ff. mandati.* Atqui correus tenetur suo & proprio nomine totum debitum solvere, non solum si correum habeat, qui sit utiliter obligatus creditori; sed & si obligatio correi non subsistat, *l. in duobus. 3. §. 1. l. duos. 6. §. 1. l. si ex duobus. 12. §. 1. ff. de duob. reis constituend. l. si duo. 128. ff. de verb. obligationib.* Hinc-
73 que est, quod generaliter proditum legimus, negociorum gestorum actionem ei dandam non esse, cujus pecunia ad suum creditorem pervenerit, licet alienum voluerit gerere negocium, *l. si liber homo. 36. in postremu verbu, qua desinit competere, si creditori ejus soluta sit. ff. de negoc. gest. l. cum pecuniam. 43. ibi, ejus nomine solveres. & l. mandasti. 46. in princ. vers. si vero propterea. ff. eod. tit.* Accedit, quod etiam cum quis alienum negocium gerit, si tale illud sit, ut nec suum proprium possit explicare, nisi alienum quoque gerat, negociorum gestorum agere nullo modo potest, *l. heredes. 25. §. non tantum. 16. ibi, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: & ideo negociorum gestorum actio ei non competit. ff. famil. ercisc.* Tunc etenim solum competit negociorum gestorum actio, ob id, quod in re communi gestum est, cum potuit socius partem suam ita administrare, ut socii quoque partem administrare non cogeretur, *l. si communes. 40. in fin. ff. de negoc. gest. l. si quis putant. 6. §. sive autem. 2. vers. hoc autem & vers. cæterum. ff. communi divid.* Atqui vero non auditur correus, qui partem duntaxat debiti offerat. Igitur sive suum, sive commune gerat negocium, cum totum solvit: nullo certè jure ei adversus correum agere negociorum gestorum licebit. Et pluribus hanc defendit sententiam Antonius Faber *lib. 11. conjecturar. cap. 7.* eumque referens Paulus Berens *d. disput. 12. them. 3. quæst. 2.*

Cui non refragatur, quod correus, qui nihil sol- 74
vit, perinde obligatus sit in solidum, atque is, qui solvit, & quod solutione hujus negocium utiliter gestum sit: adeoque licet urgente necessitate, vel necessitatis suspicione eo ventum sit, ut alterius negocium gereretur: nihilominus tamē negociorum gestorum actioni locus relinquatur, *l. ait prætor. 3. §. hac actione. 10. ff. de negoc. gestis.* Quod enim dicitur, locum esse actioni negociorum gestorum, etiamsi necessitate aliqua, vel necessitatis suspicione urgente, alienum quis negocium gesserit, facilem habet responsionem. Id namque intelligi debet de negocio, quod quis necesse habuerit, aut putaverit habere necesse pro alio gerere, pro se autem nullo modo. Exemplum accommodatum sumi potest *ex l. curatorem. 6. Cod. d. tit.* in curatore, qui testamento, aut alia ratione inutiliter datus minoris negocia gessit. Hic enim interdum necesse habet gerere, puta si agnoverit legatum, sibi eodem testamento relictum, *l. ult. ff. de confirmando tutore.* Et quamvis aliâs necesse non habeat: si tamen gesserit, cum putaret cogi se posse, ut gereret: æquum est, ei dari actionem negociorum gestorum, in eumque vicissim, *d. l. 6. C. de negoc. gest.* Idem in cujuslibet curatoris heredibus tractari poterit, si quid ipsi post curatoris mortem gesserint per juris imperitiam, quasi obligati: cum in eos administrationis officium non
transeat, *l. curatoris. 17. Cod. eod. tit.* Cæterum nil ista 75
res ad quæstionem nostram pertinet. quia quod unus ex correis commune debitum cogitur totum solvere, non fit, ut alienum negocium gerat, sed ut suum proprium: quam rem omnino excludere actionem negociorum gestorum, relucet *ex d. l. creditor. 60. §. 1. ff mandati.*

Minus refragatur, quod cum contutori adversus 76
contutorem, & magistratui adversus Collegam negociorum gestorum actio competat, si quid unus pro altero præstiterit, tametsi in solidum singuli essent obligati, *l. ex facto. 30. ff. de negoc. gest.* eadem ratione etiam correo adversus correum competere debeat. *Nam* id, quod curator Reipublic. constitutus ad siliginem emendam præstare coactus est ob culpam subcuratoris, ideo repetit actione negociorum gestorum, quod licet solvere cogatur proprio nomine, tanquam obligatus ex facto subcuratoris: præstat tamen ob factum ipsius subcuratoris, cui soli culpam suam nocere æquum est. Id quippe est quod Julianus illic ait: *ut ei id salvum esset, quod causa ejus damnum cepisset.* Ast alia correorum de- 77
bendi

bendi ratio est: qui idcirco negociorum gestorum actione invicem experiri nequeunt: quia non solum ex propria persona & obligatione, sed etiam ex proprio facto singuli in solidum conveniuntur, *§. ex hujusmodi. t. supr. de duob. reis stipulandi. l. 2. d. l. 3. §. 1. l. eandem. 9. §. ult. & l. fin. & passim. ff. de duobus reis constituend.*

78 Multò minùs refragatur *l. actio. 47. in princip. ff. de negoc. gest.* ubi generaliter scriptum est, negociorum gestorum actionem omnibus dari, quorum intersit eo judicio experiri. *Etenim* hoc ita accipiendum est, ut nihil referat, directa quis, an utili negociorum gestorum actione experiatur: quemadmodum lex subjicit. Sed tamen illud etiam omnino requiritur, ut cætera omnia concurrant, quæ ad ejusmodi actionem dandam sunt necessaria: inter quæ sanè vel illud maximè unum est, ut alienum negocium actior gesserit, non proprium; & alterius obligandi, non proprii aut communis negocii expediendi gratia, *l. in hoc judicium. 14. §. 1. vers. at eum puto. & l. si quis, cum. 29. ff. communi dividundo.* Idque exquisitiùs latiusque persequitur Anton. Faber. *d. lib. 11. conjectur. capit. 7.* Cui quoque subscribit Dn. Collega Bocer. *hic numer. 67. cum seqq. pag. 495. &* Dn. Rümelin *d. Exercitat. 16. ad Institut. sub th. 2. lit. d. ad finem, p. 147.* Atque hæc de actione directa.

79 Contraria negociorum gestorum actio tribuitur ipsi gestori, contra dominum, ad præstandum, quidquid gestionis ratione ille utiliter impendit, vel amisit, *l. 2. in fine. l. at quin. 19. §. non tantum. 4. l. si quis negocia. 25. l. ex duobus. 27. l. qua utiliter. 45. ff. de negoc. gest. l. si servum. 10. & l. ob negocium. 18. Cod. eodem tit.* Ratio hujus actionis contrariæ est æquitas naturalis: ne scilicet gestori suum officium sit
80 damnosum, *l. sed si quis. 7. ff. testament. quemadmod. aperiant. l. si verò. 12. §. si mihi. 9. ff mandati.* & ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negociorum suorum administratione, peregrè profecti sunt, negocia deserantur, & disper eant, *hoc §. nostro vers. idque utilitatis causa & l. 1. ff. de negoc. gest. l. si quis absentis 5. in princ. ff. de obligationib. & actionib.* Adeò autem dominus negociorum gestori obligatur, ut hoc verum sit, etiamsi eventus minus feliciter responderit, vel res interierit, modò gerere ab initio utiliter cœperit, *l. sed an ultro. 10. §. 1. l. successori. 12. §. ult. l. sive hereditaria. 22. ff. de negoc. gest.* Nihil porro refert, quoad actionem ne-
81 gociorum gestorum gestori dandam, an negocia alicujus ab initio fuerint an vero ex post facto ejus effecta sint. Ideoque quæstio hinc valde perplexa & intricata suboritur: anne si id, quod nomine absentis gestum fuerit, postea ratum is habuerit, actio mandati, an negociorum gestorum competat? Ad quam quæstionem brevibus expediendam non ineptè distinguitur: ut ex ratihabitione nascatur actio mandati, si meum negocium mea contemplatione fuerit gestum, *l. licet. 56. ff. de judic. l. ult. C. ad SC. Macedon. l. semper qui. 60. ff. de regul. jur. l. donationes, quas parentes. 25. C. de donat. inter vir. & uxor. c. ratihabitionem. 10. de reg. jur. in 6.* actio verò negociorum gestorum tunc competat, quando vel meum negocium non meo nomine gestum est, vel alienum negocium gestum est meo nomine, *l. si pupilli. 6. §. sed si ego. 6. §. item quæritur. 9. & §. seq. l. Pomponius. 9. ff. de neg. gest. l. si is, qui. 50. in princip. ff. mandati. l. ei, qui serve. 7. C. quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c.* Idcirco autem, si non fuit negocium ratum habentis, quamvis ejus nomine sive contemplatione sit gestum, non potest habere vim mandati ratihabitio: quia necesse est, ut ratihabitio prius faciat negocium ejus, qui ratum habet, quam ut mandato æquiparari possit: quandoquidem nemo creditur mandaturus alicui, ut aliena gereret negocia, quod neque hunc facturum fuisse ex eo clarè constat, quod negocium non suum ideo voluit habere ratum, ut faceret suum. Non potest autem una eademque ratihabitio simul facere, ut negocium, quod ratum habeo, fiat meum, & ex meo mandato gestum videatur. In iis enim, quæ ordinem faciendi requirunt, & à voluntate hominis, non à lege pendent, non possunt duæ res diversæ fieri uno eodemque actu, at neque per fictionem induci. *Ita disertè tradit Antonius Faber in rational. ad d. l. 6. §. 9. ff. de negoc. gest.* Eadem de re videantur *Iulius Pacius d. cent. 2. quæst. 53. Forster. junior. lib. 4. disput. 6. thes. 2. sub lit. B. Ioannes Robertus lib. 2. sentent. cap. 6. Treutler. d. disput. 10. thes. 6. ad lit. B. ibique Hunnius in sua resolut. pag. 728. & seq.* Planè, interdum licèt quis negocium utiliter gesserit: non tamen ei obligatur ille, cujus 82 negocium gestum est: veluti si re prohibente negocia tua quis gesserit, *l. si pro te. 46. ff. mandati. l. ultim. Cod. de negoc. gest. Petrus Franciscus. Lingleis decis. 1. quæstion. 2.* aut quisquam alius gratis in negocia tua sumptus facere paratus fuerit, *argum. L. 2. in fine. Cod. eod.* vel gestor animo donandi sumptus pro altero fecerit, puta pietatis affectione ac respectu, vel amicitia ductus, aut officii & obsequii ratione, *l. ex duobus. 27. in fine. l. Nesennius. 34. l. is, qui. 44. ff. d. tit. l. qua pater. 50. ff. famil. ercisc. l. 1. l. officio. 5. l. alimenta. 11. l. si filius. 12. l. quod in uxorem. 13. & l. si paterno. 15. Cod. de negoc. gest.* At 83 quid dicendum, si in re communi unus dominorum prohibuit administrationem, alter verò non prohibuit: anne is, qui non prohibuit, actione negociorum gestorum de impensis tenebitur? Et quod adversus hunc, qui gestionem non prohibuit, detur actio negociorum gestorum, patescit *ex l. si autem is. 8. §. fin. ff. eod. tit.* In cujus §. specie cum ad duos socios negocium pertineret: uno prohibente, altero non prohibente, Titius negocium gessit. Ergo is, qui non prohibuit, meritò negociorum gestorum Titio tenetur, nec debet liberari facto alieno, id est, eo, quod socius prohibuit, ne Titius gereret: quoniam hujusmodi facto, hoc est, prohibitione socii, non satisfit Titio creditori,

nec

nec dici potest, Titium consensisse, ac voluisse unum liberari, eo quod alter petere prohibuit, *ut scitè explicat Pacius d. cent. 2. sub quæst. 55.* Itaque datur adversus eum, qui non prohibuit, negociorum gestorum actio, quemadmodum si ejus solius negocia gesta essent, sed pro parte duntaxat, hoc est, ita tamen, ut neque conveniatur pro parte socii, qui prohibuit, neque rursum is, qui prohibuit, ulla ex parte, sive per socium, sive per se ipsum, aliquid damni sentire possit, *d. l. 8. in fine ff. d. tit. ibique Ant. Faber in suis Rational.*

§. Tutores quoque. 2.

Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non propriè ex contractu obligati esse intelliguntur (nullum enim negocium inter tutorem & pupillum contrahitur) sed quia sanè non ex malefico tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

S u m m a r i a.

1 *Administratio tutelæ cur sit quasi contractus.*
2 *Omnis contractus verus est voluntarius.*
3 *Tutela est munus publicum atque necessarium.*
4 *Tutela contractibus annumeratur impropriè & abusivè.*
5 *Administratio tutelæ describitur.*
6 *Tutor principaliter datur personæ: per consequentiam rebus.*
7 *Actio tutelæ duplex: directa, & contraria.*
8 *Directa cui competat, contra quem, & ad quid.*
9 *Cur finita demum tutela, rationem administrationis suæ reddere tutor cogatur.*
10 *Hodie tutores singulis annis rationem administrationis reddere tenentur.*
11 *Rationum redditio quid complectatur.*
12 *An tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis.*
13 *In directam tutelæ actionem quid veniat.*
14 *Intellectus l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor.*
15 *Contraria tutelæ actio cui detur, in quem, & de quibus.*
16 *Ut lucrum facere ex tutela non debet tutor; ita nec damnum sentire.*
17 *Cur prætor actionem tutelæ contrariam introduxerit.*
18 *Actio ista perpetua est, & in heredes transitoria.*

Secunda species quasi contractus est, *tutela sive administratio tutelæ, hoc §. nostro & l. si quis absentis.* 1
5. §. 1. ff. de obligat. & actionibus. Ratio, cur tutela
seu administratio tutelæ sit quasi contractus, hæc
redditur: quia verus contractus negocium, id est,
conventionem & tractatum inter partes requirit, *l.*
nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio. l. Titius. 54. vers.
propter hujusmodi tractatus. ff. ad SC. Trebellian. At
inter tutorem & pupillum nihil actum est, nihil tractatum, *ut indicat hic Iustinianus, & Cajus in d. l. 5.*
§. 1. ff. de obligat. & actionibus. Addi potest & hæc 2
ratio: quia omnis verus contractus est voluntarius,
l. sicut. 5. Cod. d. tit. pulchrè Aristotel. lib. 5. Ethicor.
eumque referens hic Giphanius. Tutela autem est
necessarium atque publicum munus, *l. tutori. 20.* 3
Cod. de negoc. gest. initio tit. supr. de excusat. tutor. vel
curat. ubi id explicatum fusius. num. 14. Rursus ex
maleficio quoque vel quasi maleficio, tutores obligati non sunt: quia tutelam gerere, resque pupilli
tueri, maleficium non est, sed potius beneficium,
argum. hujus §. vers. sed quia sanè, &c. Schegk. in delibat. jur. disput. 20. thes. 4. ad lit. B. Mynsinger. hic
num. 2. lit. C. Videtur tamen ex utriusque tam pupilli, quam tutoris parte fictus quidam consensus
intercedere: ac proinde obligatio, quæ descendit ex
eo, quod quis tutelam alicujus gessit, ex quasi contractu procedere dicitur. Nec moverit in contra- 4
tium, quod tutela contractibus annumeratur, *in l.*
contractus. 23. ff. de reg. jur. l. ex contractibus. 49. ff. de
obligat. & actionib. Hoc enim non fit ex proprietate
verbi, sed per abusionem & impropriè, ut & de negociorum gestione monitum supra *§. proximo. num.*
3. Timæus Faber disp. 25. ad Institut. Imperial. thes. 2.
lit. a. Sic quod traditur, omnem obligationem pro
contractu haberi: id non propriè, sed impropriè &
abusivè accipiendum est, *l. omnem. 20. ff. de judiciis.*
Est igitur administratio tutelæ quasi contractus, 5
quo tutor, ad personam, & consequenter etiam res
pupilli fideliter regendas, constitutus obligatur.
Tutor siquidem principaliter personam pupilli tueri 6
atque defendere tenetur, *l. certarum. 22. & l. quia*
persona. 14. ff. de testament. tutel. quanquam per consequentiam, bonorum quoque administratio ad illum pertineat, *§. item tria. 5. supr. de excusat. tutor.*
vel curat. l. cum plures. 12. §. cum tut. 3. ff. de administr.
& peric. tut. Ant. Fab. tom 1. Iurispr. Papin. tit. 12. princ.
1. illat. 2. Ex isthac autem obligatione actio promanat, quæ tutelæ vocatur: eaque duplex est; directa, 7
& contraria, *hoc §. nostro vers. non tantum. d. l. si quis*
absentis. 5. §. 1. vers. & hoc autem. ff. de obligat. & actionibus, tot. tit. ff. de tutela, & rationibus distrahend.
& tit. seq. de contraria tutela, & utili act. Directa 8
tutelæ actio pupillo, finitâ demum tutelâ, competit
contra tutorem; ut administrationis suæ rationem
reddat, *§. ult. supr. de Attiliano tutor. l. 1. in princip. §.*
efficio. 3. & §. fin. l. nisi finita. 4. l. si tutor. 9. §. ultim.
cum l. seq. l. si tutor. 13. & l. cum tutor. 18. in fin. ff. de
tutela, & rationib. distrahend. l. tutorem. 9. C. arbitrium

trium tutela. Cur finita demum tutela rationem
9 tutor reddere cogatur, causa hæc est: quia, inquit Ulpianus, absurdum est, à tutore rationem administrationis negociorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat, *d. l. si tutor. 9. §. & generaliter. 4. vers. absurdum. ff. de tutel. & rat. distrahend.* Hodie sanè constitutione Politiæ Caroli V. Imperatoris, in Comitiis Augustanis Anno. 1548. celebratis promulgata, & in Comitiis Francofurtensibus An-
10 no 1577. à Rudolpho II. aucta & confirmata, utiliter sancitum est: ut ad requisitionem Magistratus tutores singulis annis calculum administrationis ponere cogantur. *Qua de re videatur Heigius part. 1. quæst. 20. numer. 41. cum seq. & in hoc §. num. 5. nec non Moller. lib. 1. Semest. cap. 8. num. 4. & indicatum supr. in d. §. ultim. de Attil tutor. numer. 9.* Rationum autem redditio duo maximè complecti-
11 tur. I. Ut tutor rationes legendas offerat, & discutiendas cum universo actus sui instrumento: ut examinari possint computationes; probè, an improbè referantur: & an accepta rectè sint, nec ne, relata. II. Ut reliqua, quæ ex rebus pupillaribus supersunt, bona fide reddat, atque persolvat: nec alterum sine altero sufficit, *l. cum servus. 82. & l. qui sub conditione. 111. ff. de condit. & demonstrat. l. si statulibera. 6. §. ultim. ff. de statuliber. l. si ita fuerit. 13. §. hac quæstio. ff. de manumiss. testament. l. non solum. 8. §. is, qui reddere. ff. de liberat. leg. Molin. in consuetud. Paris. t. 1. §. 6. gloss 6. n. 15.*

12 Quæri hoc loco non incommodè poterit: an tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis? Et cogi posse, respondit Socinus senior *consil. 24. lib. 1.* hoc fundamento innixus: quia tutoris & curatoris debitum est liquidum. An autem ei quicquam ex administratione debeatur, dubium & incertum est. Ergo non rectè opponitur compensatio, *l. ultim. Codic. de compensationib.* Sed hoc fundamentum valde infirmum esse, asserit Fachineus *lib. 8. controvers. jur. cap. 58.* Negari enim optima ratione potest, debitum tutoris & curatoris liquidum esse: quia etsi pecuniam pupilli vel adulti acceperit: potestatem tamen habuit res administrando eam collocandi in utilitatem & necessitatem pupilli vel adulti. Quare iniquum est, priusquam reddat rationes administrationis suæ, ex quibus apparebit, an sit debitor, vel creditor, eundem compelli ad reddendam pecuniam. Atque ita docuerunt *Alexander consil. 192. lib. 7. Ancharanus consil. 135.* Cravetta *consil. 275. num. 13. Cavalcanus de tutore & curatore. num. 214. eosque citans Fachineus dicto loco.* Quibus subscribunt quoque *Matth. Steph. cent. 3. quæst. 92. lit. A. Philipp. Hœnon. disp. 17. ad Iust. controvers.* 18. *Dn. Collega Becer. hic num. 29. & seq. pag. 500. itemque Richter. in tract. de contractib. disput. 13. th. 2 sub lit. n. pag. 384.*

13 Cæterum in hanc tutelæ actionem directam regulariter venire dolum, latam & levem culpam, levissimam non item (licet Harmenopolus aliter sentiat, *lib. 6. Epitom. tit. 2.*) verius est, *l. eum, qui. 4. & l. quicquid. 7. C. arbitrium tutel. l. 1. in princip. l. cum tutor. 18. vers. quod autem. ff. de tutel. & rationib. distrahend. l. sine herede. 31. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si liberti. 10. & l. si tutoru. 23. Cod. eod.* Eadem enim diligentia à tutoribus circa administrationem rerum pupillarium præstanda est, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere solet, *l. à tutoribus. 33. in princip. ff. de administrat. & peric. tutor. d. l. 1. in princ. ff. de tutel. & rationib. distrah.* Non est igitur audiendus tutor, cum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur, eo tempore suam pecuniam bene collocasse, *auct. Ca o in l. tut. 13. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civil. cap. 20 pag. 437. ibique Hilligerus in suis notat. ad lit. B.*

Neque obstat *l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor.* ex 14
qua omnis, sicque levissima etiam culpa videtur præstanda esse: cum Imperatores in illa, fortuitos casus à tutore non præstari debere, autument. *Nam* in Constitutionibus Imperatorum in Codicem relatis non semper, ut in Digestis & Institutionibus, proponuntur juris regulæ: sed ut plurimum rescribunt Imperatores ad facti species, certis circumstantiis limitatas, de quibus amplius, quam quod ipsis fuit propositum, definire opus non fuerit, *ut monui supra §. proxime. num. 92.* Quod idem *in d. l. 4.* accidisse, ut tantum de casu fortuito quæstio fuerit, non vero de levissima culpa, affirmare nihil impedit. Ast ex Imperatorum constitutionibus à contrario sensu, item ab inclusione unius ad exclusionem alterius, & contra ab exclusione unius ad inclusionem alterius argumentari, valde periculosum est. Id enim si concedatur: parum aberit, quo minus certissimæ juris nostri regulæ pleræque subvertantur. *Vult. lib 1. disceptat. Scholast. cap. 15. pag. mihi 171. Pet. Faber,* M. *Anton. Delrio cap 13. circa finem. & D. Becer. cap. 4. num. 108. & seq. edit. 2. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & in hoc §. num 23 pag. 499.* Hucque referri possunt, quæ annotavimus *ad §. cum ergo. 7. supr. de Attiliano tutore. num. 4. & aliquot seqq.*

Contraria tutelæ actio tutori datur, in adultum 15
jam pupillum, de his, quæ propter tutelam absunt: dummodo ex officio sumptus fecerit, vel obligatus sit, *hoc §. nostro in fine. d. l. si quis absentis. 5. §. 1. ff. de obligation. & actionib. l. 1. l. 3. §. 1. & tot. tit. ff. de contrar. tutela, & utili act. l. 2. in princip. ff. ubi pupillus educari, vel morari deb. l. sine herede. 32. §. Lucius. 6. l. à tutoribus. 33. §. fin. & l. Lucius. 46. §. ult. ff. de administr. & peric. tut. l. sumptus 3. Cod. eodem. Donell. d lib. 15. Commentar. de jur civ. cap. 21.* Ratio ejus est 16
perspicua: quia ut lucrum facere ex tutela tutor non debet: sic neque damnum sentire, *l. sed si quis. 7. ff. testam. quemadm. aperiant. l. qui negociationem. 58. in*

sine principii. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis putans. 6. §. 2. ibi, neque lucrum, neque damnum. ff.
17 *communi dividund.* Atque hanc ob causam prætor actionem istam in usum induxisse putandus est, ut nempe facilius ad administrationem accederent tutores, & promptius de suo aliquid impenderent, scientes, pupillum quoque sibi rursum obligatum fore, & se recepturos, quod impendissent, *l. 1. in pr. ff. de contraria tutela, & utili act.* Cæterum de modo & æstimatione harum impensarum pupillarium, & qua ratione probentur, latè tractat Johannes Garsias *in tract. de expens. & meliorat. cap. 20. numer. 7. cum seqq & num. 16. cum seq.* & Molin. *ad. consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 6. glos. 6. num. 19. & seqq. pro*
18 *ut eos refert Heigius hic num. 8.* Sanè hanc actionem tutelæ contrariam esse perpetuam, palam est: & heredi, & in heredem dari, cæterosque successores: & ad quos ea res pertinet, & in eos, *l. quid ergo. 3. §. ultim. ff. de contraria tutela, & utili act.* Hac tamen actione tutor salarium pro administrationis opera petere nequit: nisi sit ab eo, à quo datus est, constitutum, *d. l. à tutoribus. 33. §. fin. ff. de administr. & peric. tutor* Porrò de isthac actione disserant uberius *Anton. Faber. tom. 1. Iurisprud. Papinian. tit. 12. princip. 9. illat. 19. & 10. & seqq. & Petrus Gregor. lib. 13. syntagm. juris univers. cap. 12.*

§. Item si inter. 3. & §. idem juris. 4.

Item si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset: & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fruct.⁹ ex ea re perceperit, aut quod soci⁹ ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse: quippe nihil inter se contraxerunt. Sed quia ex maleficio non tenetur: quasi ex contractu teneri videtur.

§. 4. Idem juris est de eo, qui coheredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.

SUMMARIA.

1 *Tertia quasi contractus species consistit in rerum communione, sine societate. Ibique Iustinianus à censura Beceriana vindicatur.*
2 *Quando societas contracta, vel simplex tantum bonorum communio inter aliquos exorta intelligatur, exemplis declaratur.*
3 *Emptio rei unius à duobus facta, num communionem simplicem, an verò societatem arguat.*
4 *Consideratio l. 2. ff. communi dividundo, & l. 2. C. pro socio.*
5 *Actio pro socio nonnisi inter socios locum habet.*
6 *Mens & intellectus l. ut sit. 31. ff. pro socio.*
7 *Sententia l. nam, cum tractatu. 32. ff. eodem.*
8 *Quæ tacitè in bonæ fidei judiciis aguntur, æque valent, ac si expressè acta fuissent.*
9 *Communio rerum definitur; & dividitur in communionem familiæ, & communionem rerum singularium.*
10 *Communio familiæ est inter coheredes.*
11 *Coheredes hoc loco qui dicantur.*
12 *Istius communionis obligatio duas partes habet: ipsarum rerum divisionem, & personalium præstationum communicationem.*
13 *Quæ res in divisionem veniat, vel non.*
14 *Quæ præstationes personales ex familiæ communione promanent.*
15 *Istis præstationibus adjunguntur etiam cautiones, quas coheres coheredi præstare tenetur: & similia.*
16 *An filius in isthanc divisionem conferre teneatur sumptus, quos pater ipsi, tum in Patria, tum peregrina Academia, literis operam danti, subministravit.*
17 *Consideratio l. quæ pater. 50. ff. famil. erciscund.*
18 *Ecquid pater ad sumptus, studiorum causa filio suppeditandos omni jure obligetur, remissi. ve.*
19 *Conferuntur in illam divisionem, quæ pater filio suo militi dedit.*
20 *Actio familiæ erciscundæ unde nascatur.*
21 *Familiæ verbum quid significet.*
22 *Erciscere quale verbum, & quid denotet.*
23 *Familiæ erciscundæ actio civilis est, mixta, bonæ fidei, & perpetua.*
24 *Cui competat, contra quos, & ad quid.*
25 *In hoc judicio quis actor videatur.*
26 *Num directa, an utilis familiæ erciscundæ actio bonorum possessori detur.*
27 *Consideratio l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. famil. ercisc.*
28 *Consideratio l. si ex asse 40. ff. famil. ercisc.*
29 *Bonorum possessor est loco heredis.*
30 *Parentis hereditas quomodo inter fratres dividi debeat.*
31 *Nunquid familiæ erciscundæ actio præscriptione 30. annorum tollatur.*
32 *Ea actio quando nascatur.*
33 *Contra possidentem præscriptio non currit.*
34 *Nemo invitus in communione detinendus: & numer. 50.*
35 *Communio est mater rixarum & contentionum.*
36 *Pacto perpetua communio induci non potest.*
37 *Cessante ratione legis, cessat quoque ejus dispositio.*
38 *Mens & intellectus l. 1. §. 1. Cod. de annali except.*
39 *Communio rerum singularium inter quos fit.*
40 *Hujus communionis obligatio quot habeat causas.*
41 *Quæ res communes dividi possint.*
42 *Si res quædam communis commodè dividi nequeat:*

queat: tota uni adjudicari, & is invicem alteri certam pecuniæ ſummam præſtare debet.
43 *Præſtationes perſonales iſtius obligationis in quo conſiſtant.*
44 *Actio communi dividundo duplex eſt: directa & utilis.*
45 *Utraque quando competat.*
46 *Si coheres vel ſocius aliquis in diviſione ultra partem dimidiam læſus ſit: condictione ex lege, ad reſcindendam diviſionem, agere poterit.*
47 *Ecquid teſtatoris præcepto effici queat, ne à communione diſcedatur.*
48 *Argumentum à contractibus ad ultimas voluntates quando procedat.*
49 *Intellectus l. fin. §. Lucius. 3. ff. de legat. 2. & l. Lucius. 78. in pr. ff. ad SC. Trebellian.*
50 *Nemo invitus in communione manere cogitur.*
51 *Enarratio l. 1. ff. pro ſocio.*
52 *Quatenus voluntas teſtatoris ſervari debeat.*

1 TErtia quaſi contractûs ſpecies hic exponitur,
nempe *communio rerum*. Etenim ſi inter duos
res aliqua communis ſit abſque conventione & ani-
mo ſocietatis ineundæ: cum uterque tantum in ſo-
cietatem inciderit, nec alter alterum ſui obligandi
ex cauſa communionis animum habuerit: palam eſt,
negocium hoc non ex contractu eſſe: quippe nihil
illi inter ſe contraxerunt. Sed nec ex delicto illud
deſcendit: quia nullum maleficium patrarunt. Inde
ergo à ſufficiente partium enumeratione ſequitur:
negocium iſtud, ſive potius obligationem, quæ ſub-
oritur ex eo, proficiſci ex quaſi contractu, ſive ad
contractum ſocietatis quaſi accedere. Cæterum no-
tandum hic, Dominum Collegam Bocerum *in hoc
§. num. 8. pag. 502.* plus ſapere velle ipſomet Impe-
ratore Juſtiniano. Nam quando Juſtinianus dicit:
rerum communionem ideo quaſi contractibus ap-
poni, quia neque contractus ſit, neque delictum,
ſub quo & quaſi delictum comprehenditur: D. Bo
cerus hanc partium enumerationem ſufficientem
eſſe negat; adeoque Juſtinianum carpit, quod con-
ventionem legitimam, ſive pactum legitimum o-
miſerit. Quod idem & ſupra facere auſus fuit, *in
tit. de obligationib. 14. §. ſequent. 2. num. 4. pag. 125.*
ubi Juſtinianeam diviſionem (qua obligationes di-
cuntur eſſe vel ex contractu, vel quaſi ex contractu,
vel ex delicto, vel quaſi ex delicto) anguſtiorem eſſe
dicit ſuo diviſo. Optandum igitur eſſet, ut Boce-
rus tempore Juſtiniani vixiſſet, quo ipſius operâ in
conficiendis definitionibus & diviſionibus uti po-
tuiſſet. Verum, ne te ipſum decipias, mi Bocere: e-
quidem hæc non ſerio dico. Habeo enim, quæ pro
Juſtiniano & compoſitoribus Juris afferre queam.
Nempe non videtur mihi veriſimile: Juſtinianum,
aut (ſi mavis) Tribonianum, Dorotheum, Theo-
philum, &c. ignoraſſe, ex pacto legitimo etiam ori-
ri obligationem, *arg. l. legitima. 6. ff. de pact.* Cur
igitur nulla in his Inſtitutionum libris facta mentio
pacti legitimi? An quia pauca admodum ſunt pacta
legitima? An verò, quòd doctrina pactorum am-
plior eſt, quam ut tam anguſtis compendii hujus
juridici libris contineri potuerit, aut etiam propter
tyrones juris (qui multitudine ac varietate rerum o-
nerandi non ſunt, *§. his igitur. 2. ſupr. de juſtit. & jur.*)
in his tradi debuerit? ſicuti in ſimili loquitur Vulte-
jus *in princip. tit. ſupr. de oblig. num. 28. & 31.* Proin-
de ſatis ſufficiens fuerit hæc Iuſtinianea partium e-
numeratio, pro ratione ſcilicet inſtituti & propoſiti
Iuſtinianei: facilè ut appareat, fruſtra eam & ſine
effectu, ceu inſufficientem, à Bocero notari. Scien-
dum igitur: res communicari vel contractu, id eſt,
ſocietate: *de qua explicatum ſupra tit. 26. de ſocietate:*
vel ſine contractu, ſive quaſi contractu, quæ com-
monio dicitur, *de qua hoc loco.* Quando autem ſocie- 2
tas contracta, vel ſimplex tantum bonorum com-
munio inter aliquos exorta intelligatur, exemplis
declaratur *in hoc §. noſtro, & in l. 2. ff. communi di-
vid. l. ut ſit. 31. cum duabus ſeqq. ff. pro ſocio. & l. 2. C.
eodem.* Qua in re inter omnes Interpretes convenit:
ſi duobus aut pluribus ſimul res quædam legata, vel
donata, vel etiam tota hereditas relicta fuerit, nul-
lam ſocietatem, ſed ſimplicem tantum rei legatæ,
aut donatæ, relictæve communionem inter eos na-
tam eſſe, *per jura jam allegata*: cum non conſenſus,
ſed res eos conjunxerit: adeoque nulla affectione ſo-
cietatis in communionem inciderint, *l. heredes. 25. §.
non tantum. 16. in fine. ff. famil. erciſcund. d. l. ut ſit. 31.
ff. pro ſocio.* In duobus verò emptoribus, qui rem ean- 3
dem ſimul emerunt, dubitatur, *ut apparet ex iis, quæ
annotarunt ad rubricam & principium tit. ſupr. de ſo-
cietate. Petrus Heigius num. 2. Mynſingerus num. 3. &
alii.* At probabilius eſt: emptionem rei unius à duo-
bus factam arguere; non communionem ſimplicem,
adeoq; quaſi contractum ſubortum; ſed ſocietatem,
ſicque verum contractum celebratum fuiſſe. Pri- 4
mum enim *in d. l. 2. ff. communi divid.* diſertis ver-
bis Cajus ita ſcribit: *cum ſocietate res communis eſt
inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: ſine ſocie-
tate communis eſt inter eos, quibus eadem res teſtamen-
to legata eſt.* Deinde id ipſum ſenſiſſe videntur Impp.
Diocletianus & Maximianus *in d. l. 2. Cod. pro ſocio.*
ubi reſcripſerunt: judicium ſocietatis inter eos dan-
dum eſſe, qui conjuncto dominio eandem rem com-
paratunt. Unde evidenter eluceſcit: ſocietatem ex 5
illa comparatione ſive emptione fuiſſe contractam:
cum actio pro ſocio non niſi inter ſocios locum ha-
beat, *l. ſi quis ſociet. 74. & paſſ. ff. eod.* Nec audiẽdi ſunt
illi, qui in ſpecie *dicta l. 2. Cod. d. tit.* ſocietatẽ non ex
eo, quod ſimpliciter, ſed quod conjuncto domino res
à duobus comparata fuerit, ortam eſſe contendunt:
quaſi ex verbis illis, *conjuncto dominio*, expreſsè id a-
ctum fuiſſe, intelligeretur; ut rei comparatæ con-
junctum dominium contineretur. Nam conjun-
cto domino rem comparaſſe dicuntur, non quod in-
ter eos expreſsè actum ſit, ut conjunctum dominium
eſſet: ſed quod ex ſola emptione unius rei, à duo-

bus facta, tacitè hoc actum intelligatur, & per se insit, ut conjunctum sit dominium, hoc est, ut res sit communis.

6 Non tuetur opinionem contrariam *d. l. ut sit.31. ff. pro socio.* ubi Ulpianus ostendere videtur: si duo eandem rem pariter emerint, nullo alio argumento vel indicio societatis concurrente: eos nequaquam socios esse, sed in simplici communione rei emptæ absque societate versari. *Lex* etenim ista eo de casu accipienda est, in quo vel ex protestatione adhibita, vel ex aliis præsumptionibus constabat: rem eandem, citra societatis contrahendæ affectionem, à duobus fuisse emptam. Huncque verum esse illius legis sensum, evincitur ex subjecto in fine ejusdem legis exemplo: ubi ait Jurisconsultus; *si à duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri*: societas non contrahitur. *Si emimus*, inquit, *non socii futuri*, hoc est, si hac mente comparavimus, ut socii futuri non simus. Igitur necesse est, ut constet, in emptione ista animum societatis ineundæ defuisse: alias in dubio societas contracta fuisse videbitur. Multò ergo magis societas in dubio contracta esse intelligitur, quando eadem res à duobus simul, non separatis partibus, empta fuerit. Ex hac enim emptione, non divisis partibus facta, longè facilius societas præsumitur.

7 Nihil quoque contrariæ patrocinatur sententiæ *l. nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio.* ubi idem Ulpianus Jurisconsultus respondet: actionem pro socio dari, tractatu coeundæ societatis præhabito. *Satis* namque de societate contrahenda tractarunt, qui unam eandemque rem scienter simul emerunt. Etsi

8 enim hoc non fecerint expressè: tamen tacitè id fecisse existimantur, *ut supra dictum.* Jam verò extra omnem controversiam est: ea, quæ tacitè in bonæ fidei judiciis aguntur, æque valere, ac si expressè acta fuissent, *argum. l. quia tantundem.7. ff. de negoc. gest. l. si cui.9. vers. nam quædam in sermone tacitè excipiuntur. ff. de servitutib. & l. 2. §. voluntatem. 2. ff. soluto matrim. & l. cum quid. 3. ibique Dd. communiter. ff. de reb. cred. si cert. pet.*

9 Ex prædictis ergo apparet, quod communio rerum sit quasi contractus, quo duo pluresve, inter quos res quædam sine societate, id est, sine ulla conventione vel consensu contrahendæ societatis, communes sunt, ad eas dividendas, & personales quasdam præstationes, sibi invicem obligantur, *hoc §. nostro. 3. & 4. l. 1. l. 3. & tot. tit. ff. & Cod communi divid. l. 1. l. item Labeo. 22. & tot. tit. ff. & C. famil. ercisc. §. quadam actiones. 20. infr. de actionib. & §. si familia. 4. cum §. seq. infr. de offic. judic. Giphan. lib. 3. disp. 31. thes. 15. ibique in suis notis Oleman. num. 24. & seqq.* Eaque duplex perhibetur: communio famili-

10 liæ, & communio rerum singulatium, *hoc §. 3. & 4. tot. t. ff. & C. famil. ercisc. item tot. t. ff. & C. commun. divid. D. Collega Becer. class. 5. disput. 18. thes. 5.*

11 *edit. 2.* Communio familiæ, hoc est, eorum, quæ a defuncto profecta sunt, est inter coheredes, *§. idem juris. 4. hoc tit. d. §. quadam actiones. 20. infr. de actionib. d. § si familia. 4. infr. de offic. judic. & tot. tit. ff. & Cod. famil. ercis cund.* Dicuntur autem hic coheredes non solum ii, quibus testamentaria; sed & quibus legitima hereditas obvenit: & non modò, qui civili, sed etiam qui prætorio jure hereditatem, sive bonorum possessionem acquisiverunt, *l. 2. in princ. & §. 1. ibi, neque bonorum possessor. & l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. famil. ercisc. l. 1. ff. de possess. heredit. petit. l. 2. ff. de bonor. poss.* Quod si negetur coheres, qui divisionem petit, ab eo, à quo petitur divisio: videndum, an possideat petitor, vel adversarius ille. Prio- 12 ri siquidem casu cognoscit judex, petitor coheres sit, necne: posteriori casu incumbit petitori, ut prius contra adversarium petitione hereditatis experiatur, *l. 1. §. 1. ubi Gloss. & Dd. & l. fundus. 51. §. 1. ff. famil. ercisc. Schneidevvin. in d. §. quadam actionet. 20. tit. de act famil. ercisc. n. 7. 8. & 9 infr. de actionib. eumq; referens D. Becer. d. class. 3. disput. 18. thes. 8.* Hujus porrò communionis obligatio duas habet partes: quarum una pertinet ad divisionem ipsarum rerum: altera ad quarundam personalium præstationum inter coheredes communicationem, *d. l. item Labeo. 22. §. familia. 4. ff famil. ercisc. Donell. lib. 15. Comment. de jur. civ. cap. 23. in princip. pag. 441. Forster. lib 4. disput. ult. thes. 2. lit. D. & F.* Cæterum res in istam 13 divisionem veniunt omnes, quæ à defuncto profectæ sunt, sive earum dominium penes ipsum defunctum fuerit, sive non fuerit: veluti prædia, quæ nostri patrimonii sunt: item vectigalia, & superficiaria prædia: tum etiam res, quas alienas defunctus bona fide possedit, *l. item prædia. 10. ff. famil. ercisc.* licet ipsi heredes eas primum usuceperint: & licet ex à defuncto emptæ, sed heredibus traditæ sint, *l. veniunt. 9. ff eod.* Partus quoque, post aditam hereditatem editus, in hanc divisionem venit, *l partum. 11. cum l seq. in princ. ff. d. tit.* ut & quod servis hereditariis ab extraneo datum est, *l. & post litem. 12. §. 1. ff. eod.* & nonnulla alia, de quibus in *l. Pomponius. 8. §. 1. & 2. l. sed si. 14. §. 1. & ll. seqq. ff. famil. ercisc. & latè Iustus Mejer. in disputat. ad lib. 10. Pandect tit. 2. thes. 12. & seqq.* Enimvero mala medicamenta & venena, ut & libri improbatæ lectionis, puta magici, non debent dividi, sed protinus corrumpi, *l. cætera. 4. §. 1. ff. famil. ercisc.* Sed & res malo more quæsitæ, non dividentur: sed à rebus hereditariis separatæ, restituentur iis, ad quos pertinent, *d. l. 4. §. 2. ff. eod. Pacius in Method. C. eod. tit. §. 20. & seqq.* Nomina item, id est, credita & debita, ut quæ ipso jure divisa sunt, hac obligatione non continentur, *l. 2. §. ult. d. l. 4. in princip. l. heredes. 25. §. 1. & ibidem Gothofred. & §. idem juris. 13. l. fundus. 51 circa fin. ff familiæ. ercisc. l. ea, quæ. 6. Cod. eod.* sicut nec ea, quæ testator voluit heredes habere præcipua, *d. l. Pomponius. 8. in princ. & l si ita legatum. 42. ff. d. tit. l. penult. in fin. C. de collationibus.* & plura alia, quæ recenset Mejer. *d. disput. thes. 15.* Præstationes per- 14 sonales, quæ ex familiæ communione promanant, sunt;

sunt; quæ versantur tum in his, quæ ad heredes ex defuncti bonis profecta sunt; veluti ad liberos bona profectitia: ut dos, & donatio propter nuptias à parente data, *l. pactum. 3. l. filia dotem. 4. l. filia, licet. 12. l. filiam. 16. l. ut liberis. 17. l. illam. 19. & l. penult. §. fin. Cod. de collationib. Duaren. ad tit. de collat. c. 4. Cujac. lib. 3. observ. c. 30. & ad Novell. 18. Forcat. in tractat. de collat. bonor. part. 1. num. 20. Fachin. lib. 5. controvers. jur. cap. 77. & aliquot. seqq.* itemq; in fructibus, ab uno heredum ex hereditaria perceptis, *l. inter coheredes. 44. §. fructus. 3. & l. penult. ff. famil. ercisc. l. non est ambiguum. 9. & l. coheredibus. 17. C. eod. tit.* tum in sumptibus, quos heredum aliquis bona fide in rem hereditariam fecit, *l. hu consequenter. 18. §. sumptuum. 3. l. ex parte. 39. in princ. & l. fundus. 51. in princ. ff. famil. ercisc.* tum etiam in damnis, ab uno heredum in communione factis, *l. & puto. 16. §. sed & si dolo. 4. & §. seq. ff. d. tit. l. adversus. 3. l. incerti. 19. Cod. eod.* aut culpa ejus etiam levi illaris, *d. l. puto. 16. §. 4. d. l. heredes. 25. §. non tantum dolum. 16. ff. fam. ercisc. l. contractus. 23 ff. de reg. jur. D. Bocer. d. class. 3. disput. 18.*
15 *thes. 16.* Quibus personalibus præstationibus adjunguntur etiam cautiones, quas coheres coheredi præstare tenetur: veluti si adsunt hereditaria instrumenta, eaque uni ex heredibus custodienda dentur: quoniam heres ille cautionem interponere jubetur; ut, cum res exegerit, instrumenta isthæc exhibeantur, *l. si quæ sunt. 5. & l. seq. ff. famil. ercisund.* Similiter si rem individuam defunctus alicui promiserit, ut ejus nomine singuli heredes in solidum teneantur, cautiones interponi debent; ut si quis ex iis conventus litis æstimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur, *docente Paulo in d. l. heredes, 25. §. contra si promissor. 10. ff. eod. tit.*

16 Sanè quæ pater filio studiorum causa peregrè agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non patitur, *l. quæ pater. 50. ff. famil. ercisc. l. legatis. 6. ff. aliment. vel cibar. legat. l. 1. §. sed an id. 16. ff. de collat. bonor.* Idque explicatius persequutus sum *in §. alia. 2. supr. de donationib. num. 55. & seqq.* An autem in hanc divisionem filius conferre teneatur istos sumptus, quos pater ipsi, in Patria literis operam
17 danti, subministravit, quæri poterit? Quod licet primo intuitu affirmandum videatur, propter illa *d. l. 50. famil. ercisc.* verba, *peregrè agenti*: quasi aliud jus esset in eo, qui non peregrè agit: contrarium tamen & æquitati & veritati magis consentaneum est. Longè quippe difficilius filio peregrè agenti sumptus à patre subministrantur, quam in patria literis operam danti. Si illos igitur sumptus non recusat pietas paterna: multò minus hosce recusabit. *D. D. Rümelin. part. 2. Pandect. disput. 9. th. 19. pag. 139.* Ideoque non obstant verba illa; *peregrè agenti.* Haud enim eò spectant; quod jus sit aliud in eo, qui in Patria literis dat operam, quam qui peregrè: sed ne major pecuniæ quantitas, peregrè agenti subministratæ, aliquam juris diversitatem introducere credatur: & ut ita ex casu difficiliori id, quod est facilius, colligatur, *ut docet eleganter Iustus Mejer. in* ἀναλύσ*ει d. l. 50. & in d. disp. ad lib. 10. Pand. tit. 2. thes. 18. & Philippus Knipschildt exercitat. Acad. 11. quæst. 8. pag. 395. cum seq.* Eaque de re videatur Ga- 18
spar Schifordegherus *lib. 2. ad Anton. Fabr. tractat. 23. quæst. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.* ubi contra alios prolixè admodum & eruditè ostendit: patrem non solum obligari omni jure ad sumptus, studiorum causa, filio subministrandos (*quod & ego demonstravi in d. §. alia. 2. supr. de donationib. numer. 98. & seqq.*) sed etiam in dubio præsumi de bonis suis propriis, non vero de bonis filii maternis, quorum ipse administrator est legitimus, studiorum expensas fecisse, *argum. l. 1. & 2. C. de bon. matern. & l. ult. C. de dot. promiss. juncta. receptissima opinione, qua causa dotis & studiorum æquiparantur. Angel. & Iason. & communiter Dd. in l. 1. ff. solut. matrim. Horat. Lucius in tract. de privileg. Scholar. privileg. 31. Petr. Rebuff. in tract. de privileg. Vniversitatum, &c. privileg. 60.* Quo facit, quod patris officio incumbat; filio sumptus studiorum causa subministrare, *sicut pluribus declaravi in d. §. alia. 2. supr. de donat. num. 98. cum seqq. & in orationib. meis, orat. 23.* Quilibet autem suo officio satisfacere præsumitur: & gravatus dare quid, de suo dare reputatur. *D. D. Rümel. d. disput. 9. th. 18. in fine.* Neque prætetea conferuntur in 19
hanc divisionem, quæ pater filio suo militi dedit; veluti arma, & equi, *l. si filiusfamilias. 4. C. famil. ercisc. Cujac. ad d. l. 1. §. nec castrense. 15. ff. de collat. bonor. Wesenbec. in Paratit. ff. de dotis collat. num. 3. & D. Bocer. d. disput. 18. thes. 19. & in hoc §. num. 21. pag. 508.*

Actio, quæ ex hac nascitur communione, dicitur 20
familiæ ercisciundæ actio, sive judicium, *§. idem juris. 4. hoc tit. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciscund.* Familiæ verbum, ad res relatum, hereditatem desi- 25
gnat, *l. pronunciatio. 195. §. 1. ff. de verbor. significat. l. ult. Cod. eod.* Erciscere verò, antiquissimo loquendi 22
modo, idem quod dividere denotat. Alii Græcum verbum esse putant, ἐρκίζειν, quod intersepire seu dividere significat, *Mynsinger. hic numer. 6. Schegk. in delibat. jur. disput. 20. thes. 6. lit. b. Zasius & Cerasius in §. quadam actiones. 20. & ibi ego numer. 5. infr. de actionib.* Eaque actio civilis est, *l. 1. in princ.* 23
ff. famil. ercisc. mixta, id est, tam in personam, quam in rem comparata, *d. §. quadam actiones. 20. infr. de actionib. ibique ego numer. 2. & 3.* bonæ fidei, *§. actionum. 28. infr. eod. l. non est ambiguum. 9. C. famil. ercisc.* & perpetua, *d. l. 1. ff. famil. ercisc.* Competit 24
autem hæc actio coheredibus, *d. §. quadam. 20. infr. de action. d. l. 1. & 2. ff. famil. erciscund.* adversus coheredes, sine causa rerum hereditariarum divisio-

visionem denegantes, ad hoc, ut res hereditariæ dividantur, & personalia præstentur, *d. l. item Labeo. 22. §. familia. 4. ff. famil. ercisc. l. incerti, 19. Cod. eod. cum simil. latè Schneidevvin. in d. §. quadam actiones. 20. infr. de actionibus num. 4. & seqq. sub tit. de*
25 *actione famil. erciscund.* Et in hoc judicio unusquisque heredum, & actoris, & rei partes sustinet, *l. 2. §. in familiæ. 3. l. inter coheredes. 44. §. qui familia. 4 ff. d. tit. l. judicium. 10. ff. fin. regund.* Sed magis placuit, eum videri actorem, qui ad judicium provocavit, *l. in tribus. 13. & l. qui appellat. 29. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. communi. dividund.*

26 Cæterum cum isthæc actio etiam bonorum possessori concedatur, *d. l. 2. §. 1. & l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. familia ercisc.* controvertitur inter Interpretes: directane, an utilis illi detur? Et quidem non desunt, qui existimant, bonorum possessori utilem competere actionem familiæ erciscundæ, non vero directam. *Schneidevvin. loco pra allegato. Wesenbec. in Paratit. ff. fam. erciscund. num. 4. Mynsinger. in hoc §. num. 7. Treutler. vol. 1. disput. 19. thes. 9. ad lit. E. & Elias Robertus disput. 18. ad Instit thes. 2.* Sed alii rectius statuunt: directam familiæ erciscundæ actionem bonorum possessori competere, *propter textum expressum in d. l. 2. §. 1. ff. famil. erciscund.* ubi Ulpianus ait: ideo utile familæ erciscundæ judicium de quarta, quæ ad aliquem ex constitutione Divi Pii adrogatum defertur, necessarium esse: *quia hic neque heres, neque bonorum possessor fit.* Unde evidenter colligere licet: quod heredi & bonorum possessori non utilis, sed directa familiæ erciscundæ actio detur; alioqui malè & vitiose Iurisconsultus inferret.

27 Nec adversatur textus *in d. l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. d. tit.* ubi hæc verba leguntur: *Familia erciscunda judicium & inter bonorum possessores, & inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatusconsulto, & cæteros honorarios successores, locum habet.* Nam ex his verbis non relucet, quod utilis familiæ erciscundæ actio inter bonorum possessores sibi locum vindicet: sed generaliter iis significatur, quod actio familiæ erciscundæ inter bonorum possessores, & inter eum, cui restituta est hereditas ex senatusconsulto Trebelliano, locum habeat. Et quanquam *in l.*
28 *si ex asse. 40. ff. famil. ercisc.* utile familiæ erciscundæ judicium ei, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, dari dicatur: ex eo tamen non probè colligitur, quod idem de bonorum possessore sit dicendum. Bonorum siquidem possessor licet heres non sit i-
29 pso jure: heredis tamen loco constituitur, & non usque adeo insulsè heres prætorius vocatur, *arg. §. quos autem solus. 2. supr. de bonor. possession.* is verò, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, fideicommissarius, & non nisi planè impropriè heres appellatur, *§. ergo. 6. ibi, tanquam in heredem & §. sed quia stipulationes. 7. supr. de fideicommissar. hereditatib.* cum is, qui rogatus hereditatem restituit, heres maneat, *§. restituta. 3. supr. d. tit. ubi id explicatum est fusius.* Atque ita sentiunt D. Collega Bocer. *d. class. 3. disp. 18. thes. 31.* & D. Hunnius *in resolut. ad Treutl. dicto loco. pag. 1369. & seq. ubi copiosè admodum exponit, quanam actio utilis, & qua directa dici queat.* Hanc autem sententiam aliis quoque, ante Boeerum, placuisse, tam certum est, quam certissimum. Ita enim disertè scribit Glossa *in d. l. 2. §. 1. ad verb. heres. ff. famil. ercisc.* Et nota, quod QVIDAM dicunt, ex eo, quod hic dicitur, quod directum judicium familiæ erciscundæ competit etiam bonorum possessori, &c. Non igitur ægrè ferre debet D. Boeerus, quod scripserim *supra n. 26.* etiam ALIOS ita statuisse. Cur enim ipsum solum hujus sententiæ Auctorem laudarem, cum constet, & ante, & post ipsum fuisse, qui istam sententiam foverunt?

Porrò cum inter fratres & sorores parentis here- 30
ditas dividenda est: quæri solet, utrum frater major dividere, minor eligere; an verò pri' in partes, communi fratrum & sororum arbitrio, hereditas dividi; postea sortes de singulis partibus mitti debeant: vel judicis officio explicari hanc rem oporteat? Et respondetur: si divisio absque judicio & privatim fiat; ex consensu mutuo, vel primam, vel alteram eligi viâ posse, *l. si qua sunt. 5. vers. si omnes. l. Lucius. 38. l. quadam. 41. vers. ex diverso. ibi, consensisse eos divisioni, & l. ult. ibi, fratres communem hereditatem consensu dividentes. ff. famil. ercisc. l. 1. l. si divisionem. 15. & l. coheredibus. 17. ibi, divisionem inter se facientib. Cod. eodem.* & si contentio de alterutra via incidat, ex recepta consuetudine præferendam esse primam, utpote usu & Camera Imperiali approbatam, *c. 1. ext. de parochiis, & ibi Panormitan. numer. 4. Mynsing. cent. 4. obs. 37. Schurff. cent. 1. cons. 71. Guido Papa in decis. q. 289. Gail. lib. 2. observ. 116. n. 14. Cujac. lib. 13. observ. c. 24. Rodulphus Forner. lib. 5. rer. quotid. c. 22. Arnisæus lib. 2. de Republ. c. 2. sect. 8. n. 78. Goldastus lib. 1. de majoratu. cap. 27. Berlichius tom. 3. quæst. practicabil. conclus. 21.* Sin judicio instituto petita sit divisio: judicem fore divisorem, ejusque officio totum negocium explicandum esse, verius censetur, *d. l. 1. in princ. ibi, per famil. ercisc. actionem dividitur hereditas. d. l. heredes. 25. §. judex. 20. & l. fundus. 30. vers. Herenn. Modestin. ff. fam. ercisc.* Qua de re consulantur etiam *Andr. Fachin. lib. 6. controvers. jur. cap. 37. Matth. Steph. cent. 3. quæst. 94. Henningus Wegner. disp. 13. ad Instit. thes. 3 lit. b. & alii, ab his adducti.* Videatur item Clariss. D. Besoldus, Collega mihi charissimus, *in delib. jur. ex lib. 10. Pandect. tit. 2. pag. 575. cum seq. & in Discursu Iuridico-Polit. de appellationib. cap. 7. n. 11.* ubi de hereditatis divisione, per sortem facta, plura observatu perdigna tradit. Et de aliis negociis sorte definiendis dirimendisq; adeatur idem Besoldus *lib. 1. dissertation. Nomicopoliticar. dissertat. 4. n. 16. & lib. 1. dissert. 2. n. 10.* nec non Iacob. Alemann. *in palæstra consultat. iuris illustr. consultat. 4. pag. 155. & seqq.*

In quæstionem & hoc non rarò vocatur: an fami- 31
liæ erciscundæ actio præscriptione 30. annorum tollatur? Et tolli, autumant *Accursius, Iacobus Butrigar. Bald.*

Bald. & Angelus in l. 1. §. 1. vers. nemo itaq; C. de annali
exceptione, &c. & novissimè Hunnius in d. resolut. ad
Treutl. pag. 1366. Sed contrarium defendũt alii com-
muniter, existimantes, quod etiam post triginta an-
nos liberè à communione quis recedere, & divisio-
nem hereditatis petere possit, Bartol & Cynus in d. §.
1. vers. nemo, &c. Paulus de Castro & Iason in l. si non
sortem. 26. §. si centum. 4. ff. de condict. in debit. Idem Ia-
son n. 31. Zasius n. 10. & Schneidevvin. n. 68. cum seqq.
in d §. quadam. 20. infr. de actionib. Fachineus d. lib. 6.
controvers. jur. c. 36. Broncherst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. as-
sert 14. ed. 2. & Hænonius disp. 17. ad Instit. controvers.
20. Quorum sententia hisce præcipuè confirmatur
32 rationibus & argumentis. I. Quia hæc familiæ ercis-
cundæ actio prius non nascitur, quam cum coheredes
dividere volunt hereditatem, l. in princ. ibi, volenti-
bus à communione discedere. ff. famil. ercisc. Ideoq; non
prius curret præscriptio contra hanc actionem, quã
nata sit, hoc est, priusquam ab uno coheredum com-
munio renunciata fuerit. Actioni quippe, quæ non-
dum nata est, non ullo tempore præscribi potest.
33 II. Quia contra possidentem non currit prosciiptio,
l. male agitur. 2. C. de præscript. 30. vel. 40. annor. At-
qui uterque coheres bona pro indiviso possidet. Ergo
contra ipsum præscriptio procedere nequit. III. Quia
34 nemo invitus in communione est detinendus, l. fin.
Cod. communi divid. d. l. si nõ sortem. 26. §. si centum. 4.
vers. nemo enim invitus. ff. de condict. indeb. cum com-
35 munio sit mater rixarum & contentionum, l. cum pa-
36 ter. 77. §. dulcissimis 20. in fine. ff. de legat. IV. Quia pa-
cto effici non potest, ut consortes perpetuò in com-
munione perseverent, l. in hoc judicium. 14. §. si conve-
niat. 2. ff. communi dividund. Ergo nec præscriptione
hoc induci poterit, arg. l. nam satis. 6. §. 1. vers. sed si is.
ff. quemadm. servitutes amitt. Ioann Petr. de Ferrar. in
forma libelli, pro heredit. divid. n 7. V. Quia cessante
37 ratione legis, cessat quoque ejus dispositio, arg. l. adi-
gere. 6. §. quamvis. 2. ff. de jur. patronat. c. cum cessante.
60. ext. de appellat. Atqui hoc casu cessat ratio, ob quã
præscriptio inducta censetur, litium nimirum diri-
mendarum causa, l. ult. in fine principii ff. pro suo. Si e-
nim res communes nunquam dividi possent: discor-
diarum materia maximopere augeretur, delinquen-
dique occasio præberetur, argum. d. l. cum pater. 77. §.
dulcissim. 80 ff. de leg. 2. l. in re communi. 26. ff. de servi-
tut. præd. urban. d. l. si non sort. 26. § si cent. 4. ff. de cond.
indeb. Proinde & ipsa præscriptio cessat præsertim
cum hoc casu planè contrarium effectum operaretur.

Huic decisioni non obstat d l. 1. §. 1. Cod. de annali
38 except. in qua dicitur, nullam actionem, ac nec fami-
liæ erciscundæ, ultra triginta annorum spacium du-
rare. Nam in ista lege expressè adduntur hæc verba:
ex quo ab initio competit & semel nata est. Nascitur au-
tem hæc actio tum demum, cum coheredes incipi-
unt ad divisionem hereditatis provocare. Unde
quamdiu liberè & volentes in communione persi-
stunt, tamdiu hæc actio nasci non potuit. Zasius in d.
§. quadam. 20 n. 13. infr. de actionib. Deinde lex illa,
quæ vetat post triginta annos judicium familiæ er-
ciscundæ intendere, habet locum, quando uterque
coheres non possedit, ut notavit Costal. ad d. l 1. ff. fam.
ercisc. eumq; referens Brench. d. cent. 2. assert. 14. in fine.
Et licet hæc sententia Dn. Collegæ Bocero displiceat
in Comment. ad § idem juris. 4. hoc tit. n. 45. & seqq pag.
511. quia tamen nihil solidi affert, ob quod opinatio-
ni ipsius inhærendum videri queat: meritò eam re-
pudiandam censemus. Atque profectò non nisi ine-
ptè dici potest: actionem familiæ erciscundæ statim
ex ipsa rerum communione nasci. Quis enim interea
ejus esset effectus, aut quæ utilitas, aut quæ necessi-
tas, antequam coheredes a communione discedere
vellent? Quo respicit Cajus Iurisconsultus in d. l. 1. in
princ. ff. fam. ercisc. ubi hanc actionem non simpliciter
coheredibus, sed coheredibus, à communione disce-
dere volentibus, constituendam fuisse dicit. Vide Ba-
chovium in not. ad Treutl. vol. 1. disp. 19. th. 8. lit. a & b.
huncq; laudantem Knipsch. d. exercit. 11. q. 9. pag. 396.
cum seq. Et hactenus de communione familiæ.

Communio rerum singulariũ est inter eos, quibus 39
quocunque modo res singulæ communiter obvene-
runt: veluti titulo hereditatis, legati, donationis, hoc
§. nostro 3. societatis. l. 2. in princ. ff. communi divid. l.
pro socio. 38. §. 1. & l. si actum sit. 43. ff. pro socio. vel etiam
casu, aut voluntate sociorum, §. si duor. 27. & §. seq.
supr. de rer. divis. l. arbor. 19. in princ. ff. communi divid.
Communionis autem hujus obligatio duas causas 40
continet: rerum scilicet communium divisionem, &
præstationes quasdam personales, d. l. 1. per hoc judici-
um. 4. §. sicut. 3. l. si quis. 6 §. 1 ff. commun. divid. arg. l. i-
tem Labeo. 22. §. penult ff fam. ercisc. & §. quadam acti-
ones. 20. infr. de actionib. D Henr. Bocer. class. 3. disp. 18.
th. 40. edit. 2. Ac sanè dividi queunt res communes, 41
non solum sociorum propriæ, sed & emphyteuticæ:
quamvis rectius fecerint socii, si abstineant ab agri
emphyteutici divisione, ne præstatio pensionis con-
fundatur, l. communi. 7. in princ. & §. 1. ff. communi di-
vid. Sed & isthac obligatione continetur res aliena,
cujus nomine socii Publicianam in rem actionem
habent, & quam communiter pignori acceperunt, d.
l. communi. 7. §. qui in rem. 2. §. si duo sint. 6. & §. inter
eos. 12. ff eod. ut & prædium, cujus in possessionem cu-
stodiæ causa sunt missi: multoq; magis domus, quam
damni infecti nomine possidere jussi sunt: tum & u-
susfructus communis, d. l. 7. §. sed & si. 7. cum tribus.
§§§. seqqq. ff. d. tit. Mejer. in disp. ad lib. 10. Pand. tit. 3.
th. 13. Quod verò communiter acquisitum est ex la-
trocinio, vi, aggressura, sacrilegio, peculatu; hoc ob-
ligatione non continetur: ut nec, quod communiter
precario possidetur, vel ex causa locati, vel depositi,
d. l. communi. 7. §. inter prædones. 4. & §. seq. & §. neq; co-
lonis. 11. ff. communi divid. Quod si res quædam com-
munis sit, quæ divisionem commodè recipiat, veluti
fundus: partes ejus singulis adjudicandæ sunt: & si u-
nius pars prægravare videatur; is invicem certa pe-
cunia alteri condemnandus est. At si cõmodè dividi 42
nequeat, veluti homo, aut mulus: tunc ea res tota uni
adjudicari debet, & is invicem alteri certam pecuniã
præstare, §. eadẽ interveniunt. 5. junctis §§. præcedentib.
& seqq.

& seqq. infr. de offic. judic. l. si quis putans. 6. §. officio.
10. d. l. communi. 7. §. 1. l. item. 10. ff. communi di-
vid. & l. 2. C. eod. Bocer. d. disp. 18. thes. 44. & Mo-
jer. d. disp. thes. 17. & seq. Præstationes personales,
43 quæ ista obligatione comprehenduntur, in eo con-
sistũt: si sociorum aliquis in rem causamve commu-
nem sumpt⁹ fecerit: aut ex ea fructus vel mercedem
perceperit, d. l. per hoc judic. 4. §. sicut. 3. & §. ult. cum
seq. d. l. si quis putans. 6. in pr. §. 1. 2. & 3. l. in summa. 11. l.
in hoc jud. 14. §. 1. ff. communi divid. vel dolo aut
culpa damnum communioni dederit, l. in communi.
3. l. si is, cum quo. 20. l. Sabinus. 28. ff. d. tit. Quæ
præstationes etiam in eo versantur: si quæ inter so-
cios conventio interposita fuerit, veluti ut fructus
alternis annis perciperent, d. l. 3. §. 1. l. si convenerit.
23. ff. eodem. Ad personales præstationes & illud
pertinet: quod pati tenetur socius, ut alter socius,
cum opus fuerit, ædes communes, aut communem
parietem reficiat, vel quippiam in eum immittat,
l. si ædes communes. 12. ff. communi divid. Cujac. lib. 7.
quæstion. Papin. pag. 139 & seqq. Ut & illud: quod
socius socio, cui quid adjudicatur, cavere tenetur
de evictione, l. item quamvis. 10. §. ult. ff. communi
divid. arg. l. heredes. 25. §. penult. ff. famil. ercisc. & l.
si familia. 14. C. eod. itemque de eo, quod sub condi-
tione debetur, l. cum socii. 16. ff. communi divid. Ve-
rum de personalibus præstationibus generaliter hic
observandum: eas hac obligatione de gesto negocio
eatenus contineri, quatenus suæ partis causam so-
cius expeditè gerere non potuit, d. l. si quis. 6. §. sive
autem. 2. vers. hoc autem. & vers. seq. & §. si damni
infecti. 7. l. arbor. 19. §. si per eundem. 2. ff. communi
divid. l. penult. ff. de reb. credit. si cert. pet. &c. l. si com-
munes. 40. ff. de negot. gest. quatenus item rem esse
communem scivit, d. l. in hoc judicium. 14. in princ.
& l. si quis cum. 29. ff. communi divid. D. Bocer. d. di-
sput. 18. th. 49.
44 Ex hac communione descendens actio, communi
dividundo appellatur: & mixta est, d. §. quadam a-
ctiones. 20. infr. de action. bonæ fidei, §. action. 28. infr.
eod. d. l. in hoc judicium. 14. §. 1. vers. quia bona fidei.
ff. communi divid. & perpetua, Forster. junior lib. 4.
disp. ult. th. ult. ad lit. A. Eaque est vel directa, vel
utilis, d. l. si quis putans. 6. in princ. & §. 1. ibi, utili
tamen, & l. seq. §. ex quibusdam. 3. & §. si duo. 6. l. in
summa. 11. & l. si quis. 29. circa princip. ibi, nec utile
dandum. ff. communi divid. Directa competit, si
45 proprietas rei sit communis, d. l. per hoc judicium. 4.
in pr. ff. d. tit. utilis verò, si quod aliud jus commu-
ne fuerit, veluti ususfructus aut pignus, d. l. commu-
ni. 7. § si duo fruct. 6. & §. seq. ff. eod. l. si cujus. 13. §.
sed si inter. 3. ibi, quasi communi dividundo ff. de usu-
fructu juncta l. Lucio. 4. in fin. ff. de aqua quotid. &
æstiva. Item directa locum habet, si quis sciens, si-
bi rem esse cum vero socio communem, quid in eam
impendit, fructusve ex ea percepit: utilis, si quis
putans sibi cum Titio rem communem esse, cum sit
communis cum alio, tale quid fecerit, d. l. si quis. 6.
in princ. & d. l. si quis cum. 29. in princ. ff. commun. di-
vid. Denique directa datur, si corpora manserint
communia: utilis autem, si non manserint commu-
nia, sed vel interierint, vel ab altero socio alienata
fuerint, d. l. si quis. 6. §. 1. l. sed postquam. 9. & d. l. in sum-
ma. 11. ff. eod. Cæterum an correo, adversus correum,
competat actio communi dividundo, explicat D.
Collega Besoldus in delib. jur. ex lib. 10. Pandect. tit. 3.
pag. 580. & seq. Illud porrò commune est utriusq; ju- 46
dicii, familiæ scilicet erciscundæ, & communi divi-
dundo: quod si coheres, vel socius aliquis in divisio-
ne ultra partem dimidiam læsus sit: condictione ex
lege, ad rescindendam divisionem, agere potest: sive
sine judice, sive accepto arbitro, sive per sortem fa-
cta fuerit divisio, l. Lucius. 38. in fin. ff. famil. ercisc. l. si
soror. 8. Cod. de collationib. l. majorib. 3. Cod. communia
utriusq; judic. ubi Bart. Bald. Salic. & Sichard. Schurff.
cons. 28. n. 9. cent. 1. Wesenb. consil. 74. n. 8. part. 2. Pinel.
ad l. 2. Cod. de resc. vend. part. 2. c. 1. n. 4. cum seqq. & D.
Bocer. d. class. 3. disp. 18. th. 52. ed. 2. Vide D. Besoldum in
dictis delibat. jur. ex lib. 10. Pand. tit. 2. num. 2. pag.
577.
Quæri hic non incommodè poterit: ecquid præ- 47
cepto testatoris effici queat, ne à communione di-
scedatur? Et (quicquid in contrarium afferat Alexan-
der de Imola in d. l. si non sortem. 26. §. si centum. 4 ff.
de condict. indebiti) verius est: testatorem aut patrem
non posse præcipere filiis vel heredibus, ut bona he-
reditaria in perpetuum non dividant. Quia bonum 48
est argumentum à contractibus ad ultimas volunta-
tes, arg. l. servum filii. 44. §. eum, qui. 5. ff. de leg. 1. præ-
sertim quando non potest reddi ratio diversitatis.
Everhard. in Topic. in loc. à contract. ad ult. volunt. n. 1.
Sed per contractus inter vivos perpetua communio
induci non potest, d. l. in hoc judicium. 14. §. si conve-
nias. 2. ff. commun. divid. Ergo nec in ultimis volun-
tatibus fieri potest: cum subsit eadem ratio, ne dis-
cordiæ & rixæ inter socios oriantur, d. l. cum pater.
77. §. dulcissimis. 20. ff. de legat. 2. Et ita sentiunt Paul.
de Castr. & Iason ad d. l. si non sortem. 26. §. si centum. 4.
ff. de condict. indebit. Iul. Clarus lib. 3. recept. sentent. §.
testamentum. q. 67. Schneidewin. ad d. §. quadam a-
ctiones. 20. n. 21. & seqq. infr. de actionib. Hœnon. disput.
17. ad Instit. controvers. 20. lit. B. Paulus Berens disput.
12. ad Institut. them. 3. quæst. 6. & Philippus Knipschildt
exercitat. Acad. 11. quæst. 7. pag. 394.
Hanc sententiam non evertit l. fin. §. Lucius. 3. ff. 49
de legat. 2. & l. Lucius. 78. in princip. ff. ad SC. Tre-
bellian. ubi dicitur, testatorem posse præcipere com-
munionem heredibus. Nam ibi divisio hereditatis
non prohibetur: sed præcipitur, ut filia & uxor in
communionem conferant res, ut postea æqualiter
divisio fieri possit, sicut hoc importat collatio bo-
norum, de qua tot tit. ff. & Cod. de collat. bonor. De-
inde posito & concesso, quod illic divisio prohibea-
tur: non tamen in perpetuum uxor & filia dividere
prohibentur. Itaque non omnis planè dividendi po- 50
testas iis adempta intelligitur; cum nemo invitus in
commu-

communione manere compelletur. *d. l. fin. C. communi divid. & dictum suprà num. 34.*

51 Eidem sententiæ non repugnat *l. 1. ff. pro socio*, ubi cùm societas in perpetuum contrahi possit: dicendum videtur, quòd etiam testator communionem præcipere valeat: siquidem argumentum à contractibus ad ultimas voluntates procedere, apparet *ex d. l. servum. 44. §. eum, qui. 5. ff. de legatis. 1.* Etenim Paulus Jureconsultus, *ut semetipsum ibidem declarat*, non intelligit tempus infinitum, sed finitum, quamdiu scilicet socii vivant. Et sanè dubium non est ullum, quin prohibitio testatoris ad certum tempus facta subsistat, *argument. l. si quis ita. 4. in princip. ff. de conditionibus institutionum.* ubi testator heredibus præcipit & mandat, ne intra sedecim annos dividant. Et hanc communem esse opinionem testatur Gratus *consil. 66. numer. 24. lib. 2.* eumque citans Clarus. *d. quæst. 67. num. 2.*

52 Præterea non adversatur, quòd voluntas testatoris, tanquam lex, servari debeat. *Novel. 22. cap. 2. in princ. l. 1. Cod. de sacrosanct. eccles.* Quia illud verùm quidem est, nisi voluntas illa dispositioni juris contrarietur; aut utilitati publicæ, quæ suadet, neminem invitum in communione detineri, repugnet. *l. nemo potest. 55. ibique Dd. ff. de legat. 1. d. l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de legat. 2. & d. l. fin. C. communi dividundo.* Hancque sententiam noviter quoque ita defendit Dn. Collega Boceius *hic numer. 59. & aliquot seqq. pag. 512.*

§. Heres quoque. 5.

Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur: (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negocium legatarius gessisse propriè dici potest:) & tamen quia ex maleficio non est obligatus: quasi ex contractu debere intelligitur.

S u m m a r i a.

1 *Quarta quasi contractus species consistit in herede, ob aditam hereditatem legatariis ad præstanda legata obligato.*
2 *Cur heres legatariis ex quasi contractu teneatur.*
3 *Actio legati sive ex testamento cui, & contra quem & ad quid detur.*
4 *An quemadmodum legatariis, ita etiam creditoribus hereditariis, heres ex quasi contractu obligetur.*
5 *Ex personâ successorum qualitas obligationis immutari non solet.*

1 QUARTA species quasi contractûs hoc loco enarratur, *aditio* scilicet *hereditatis*: quâ heres adiens hereditatem obligatur legatariis, ad præstanda sive solvenda legata, quæ à testatore sunt relicta. *l. si quis absentis. 5. §. heres. 2. ff. de obligat. & actionibus. Wegner. Disputat. 13. ad Instit. th. 4. lit. a. & b.* Ideo autem heres legatariis ex quasi contractu tenetur: quia inter heredem & legatarios neque est contractus, neque maleficium, *hoc §. nostro.* 2 Contractus non est: quia heres neque cùm legatariis, neq; cum testatore ullum negocium contraxit. Maleficium non est: quia heres nihil deliquit: nec propter delictum aut maleficium legatariis debet legatum. Itaque reliquum est, ut quasi ex contractu heres obligatus dicatur: cùm adeundo hereditatem quasi contrahere cum legatariis videatur. *l. 3. §. ult. & l. seq. ff. quibus ex caus. in possess. eat.* 3 Hinc actio legati, vel ex testamento, in personam descendit: quæ legataria, contra heredem, legati præbendi causa datur. *§. sed olim. 2. in fine. supr. de legat.* ubi *num. 9. & seqq.* de hac, & aliis actionibus, legatario, pro consequendis legatis, competentibus latius disseruimus. 4 Cæterùm an, quemadmodum legatariis; ita etiam creditoribus hereditariis, heres ex quasi contractu obligari putandus sit, controvertitur: Sed probabilius est, & verius: aditâ hereditate, creditores heredem scriptum convenire debere, non ex novo quasi contractu, ex aditione hereditatis inducto: sed potiùs ex contractu antiquo, quo tenebatur defunctus, cujus personam heres sustinet & repræsentat. 5 Nam ex persona successorum vel heredum qualitas obligationis, qua defunctus tenebatur, immutari non solet. *l. 2. §. ex his igitur. 2. ff. de verbor. obligat.* Proinde si ex vero ac proprio contractu tenebatur defunctus, similiter heres quoque obligatus esse dicendus est; ut, *post alios*, docent Emanuel Costa *inc. si paterfamilias. 1. part. 2. verb. Trebellianica. num. 10. de testa. in 6.* Vasquius *de success. creat. libr. 2. §. 17. numer. 48. & 49.* hosque citans Heigius *in hoc §. nostro. num. 6.* argumento *tertius tit. C. ut actiones & ab heredibus, & contra heredes incipiant.* Quibus adstipulantur quoque Hermannus Vultejus *hic numer. 5. & lib. 1. jurisprud. Roman. cap. 42. num. 21.* Timæus Faber *disputat. 25. ad Institut. Imperiales th. 4. lit. c.* Dominicus Arumæus *Exercitat. Justin 15 th. 13. D. Bocer in hoc §. num. 11 & 12. pag. 514 & D. Rümelin. Exercitat. 16. ad Institut. th. 5. lit. b. pag. 148. Knipschildt exercitat. Acad. 11. quæst. 10. pag. 398. & Richter in tract. de contractibus, disputat. 13. th. 3. ad lit. d. pag. 389.*

§. Item is, cui. 6. & §. ex quibusdam. 7.

Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeò enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur: magis (ut suprà diximus)

ex distractu, quàm ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat: in hoc dare videtur, ut distrahat potiùs negocium, quàm contrahat. Sed tamen perinde is, qui accipit, obligatur, ac si mutuum ei daretur: & ideo condictione tenetur.

§. 7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquiliâ, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta per damnationem cuique legata fuerant. Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

SUMMARIA.

1 *Quinta quasi contractus species, indebiti solutio.*
2 *Nemo suum jactare præsumitur.*
3 *Ad hunc quasi contractum quid requiratur.*
4 *Quodnam indebitum hic intelligatur.*
5 *Obligatio naturalis, licèt non producat actionem: parit tamen exceptionem.*
6 *Quod quis sciens solvit, non repetit.*
7 *Error duplex: facti & juris, & quid uterque.*
8 *Quæ actio ex isto quasi contractu competat.*

1 QUINTA & postrema species quasi contractûs,
hic proponitur, scilicet, *solutio indebiti.* Cùm
enim quis indebitum, quod per errorem se debere
existimat, tanquam debitum alteri solvit, etsi reverâ
negocium non contrahat, nec alterum, cui solvit,
ad rem indebitè solutam restituendam obligare intendat,
ut cui potiùs animus sit obligationem, quàm
falso subesse putabat, distrahere, quàm novam obligationem
contrahere, *l. si quis absentis. 5. §. is quoq; qui non debitum. 3. ff. de obligationibus & actionibus*
præsumitur tamen rem indebitam solvens cum altero
convenisse de re solutâ, si indebita apparuisset, sibi
2 restituendâ: quoniam nemo suum jactare creditur,
arg. l. cùm de indebito. 25. in pr. vers. qui enim solvit. ff. de probationibus & l. si de eo. 40. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. Eoque animo præsumitur & alter accepisse
solutum, ut si non esset debitum, tum illud restitueret,
perinde ac si creditum sibi fuisset. Adhunc 3
igitur quasi contractum primò requiritur, ut indebitum
solvatur. Indebitum autem hic intelligitur, 4
quod omnino non, adeòque nullo jure, nec civili,
nec naturali, debetur. *l. si non sortem. 26. §. indebitum.*
3. & l. in summa. 65. § fin. ff. de condict. indebit. Nam si 5
vel naturaliter saltem debitum solvatur: nulla ejus
est repetitio: quia tametsi obligatio naturalis non
producit actionem ad rem persequendam: parit tamen
exceptionem ad rem debitam retinendam. *l. naturalis 10. ff. de obligat. & actionib. l. naturaliter. 13. l. si pœna. 19. in pr. d. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. l. Iulianus. 60. in pr. l. si quod dominus. 64. ff. de condict. indebit. l. sed etsi. 9. in fin. & l. seq. ff. ad senatusconsult.*
Macedon. Deinde requiritur, ut indebitum ex erro- 6
re solvatur. Etenim quod quis sciens, se non debere
solvit; non repetit. *l. 1. in fine. ff. de condict. indebit. l. indebitum. 9. in pr. Cod. eod.* cùm id accipienti donare
voluisse intelligatur. *l. qui fundum. 7. §. servus. 2. in*
fin. ff. pro emptore. l. cujus. 53. ff. de reg. jur. Præterea 7
requiritur, ut indebitum errore facti solvatur. Errorem
quippe duplicem esse, facti & juris, plusquam
manifestum est. *l. 1. in princ. l. regula. 9. in pr. & §. sed facti. 2. cum §. seq. & tot. tit. ff. de juris & facti. ignorant.*
Ille dicitur, quo quis in facto errat, existimans factum
quid esse, quod tamen factum non erat: hic verò
dicitur, quo quis jure quid fieri putat, quod tamen
jure non fit. *d. l. 1. §. 1. & passim. ff. d. tit.* Et hic
posterior error, soluti repetitionem impedit. *l. error. 9. C. ad leg. Falcid. l. cùm quis. 10. C. de juris & facti ignorant. l. si per ignorantiã. 6. & l. seq. C. de condict. indeb. & tradit hic Marcilius, latèque Andreas Cludius in Commentar. de condict. indebit. c. 1. num. 14. & subsequentibus. nec non Timæus Faber disputat. 25. ad Instit. Imperial. th. 5. ad vers. controverti hic solet, &c. itemque Iustus Schütz. exercitation. jur. Disputat. 17.*
th. 10. pag 265. & seq. Ex hoc porrò quasi contractu 8
proficiscitur actio, quæ condictio indebiti vocatur:
quâ quis repetit id, quod indebitè per errorem alicui
solvit. Sed hanc actionem, adeoque argumentum
totius hujus 6. & 7. §. abundanter exposuimus
suprà *ad §. is quoque. t. tit. quibus mod. re contrahit. obligatio.* Illud hic addendum quòd Donellus,
lib. 14. Comment. de jure civ. cap. 16. pag. 275. & seq. statuit: condictionem indebiti nasci ex
vero contractu. Cujus rationes nervosè
confutat Bachovius *hic num. 2.*
pag. 837.

PER-

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

Tit. XXIX.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur: admonendi sumus, acquiri nobis non solùm per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostrâ potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen, quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat: quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundùm imaginem rerum proprietatis & ususfructûs, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente, secundùm novellæ nostræ constitutionis divisionem.

§. 1. Item per liberos homines & alienos servos, quos bonâ fide possidemus, acquiritur nobis: sed tantùm ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostrâ acquirant.

§. 2. Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.

§. 3. Communem servum pro dominicâ parte dominis acquirere certum est: excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit: veluti cum ita stipulatur, Titio Domino meo dare spondes? Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licèt antea dubitabatur; tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantùm acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut suprà dictum est.

Summaria.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Obligatio per quas personas nobis acquiratur.*
3 *Conditio nostra melior fieri potest per liberos nostros & servos, deterior non item.*
4 *Differentia inter liberos & servos hoc loci notanda.*
5 *Iure ff. filiusfamilias in bonis adventitiis æquè, ac profectitiis, nihil prorsus juris habuit.*
6 *Intellectus l. profectitia. 5. & l. avus. 79. ff. de jure dot.*
7 *Intellectus l. filius. 22. §. 1. ff. de inofficioso testament.*
8 *Recensentur plures aliæ personæ, per quas nobis obligatio acquiritur.*

DIXIT Imper. Justinianus suprà, *in tit. 9. per* 1
quas personas cuique acquiritur. lib. 2. de personis, per quas nobis res ipsæ, earumque dominia adjiciantur: hoc titulo demonstrat, per quas personas obligationes, & consequenter actiones nobis acqui-
rantur. Acquiritur autem nobis obligatio non so- 2
lùm per nos metipsos, sed etiam per liberos & servos, nostræ potestati subjectos, *per principium hujus tit.* Ejusque ratio est perspicua: quia per liberos
nostros & servos conditio nostra melior fieri potest, 3
deterior non item: ac proinde acquirere nobis possunt: alienare nostra, sine nostrâ voluntate, non possunt, *argument. l. contra. 28. § ult. ff. de pact. l. pe-*
nult. in fine ff. depositi l. melior. 133. ff. de reg. Est au- 4
tem differentia inter liberos nostros & servos hic notanda: quòd servi quicquid acquirunt, totum nostrum fiat: at quod liberi acquirunt, si quidem ex causa profectitia, id totum & in solidum fiat nostrum: sin ex obligatione, aliave causa adventitiâ: ejus quidem ususfructus nobis parentibus quæratur; proprietas verò ad liberos pertineat. *l. cùm oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.* Si quid igitur servo nostro debeatur: nos soli agere possumus. Idemque est, quando liberis nostris quid ex causâ profectitiâ debetur. At si quid debeatur iis ex causa adventitii peculii: actio est communis: ita ut ipsi quidem agant consensu nostro, si nos usumfructum amplecti nolimus: nos verò agamus, filiis tamen consentientibus, si usumfructum in bonis eorum adventitiis amplectamur. *l. ultim. in pr. & §. ubi*
autem. 3. Codic. d. titul. Ea itaque in parte jus Pande- 5
ctarum correctum est. Isto quippe jure filiusfamilias in bonis adventitiis æquè, ac profectitiis, nihil prorsus juris habuit: sed omnia patri, tam proprietatis, quàm ususfructûs ratione, acquisivit. Id quod *vel ex pr. hujus tit.* manifestè probatur: ubi Justinianus novâ suâ constitutione sancitum esse profitetur, ut filiofamilias proprietas in reb9 adventitiis quæreretur. Idem confirmatur *ex l. filia, licèt. 12. vers. cum autem frater. C. de collationib.* ubi ante Justinianum nulla sit differentia inter profectitia & adventitia, tantumq; excipiuntur castrensia. Quod magis corroboratur *ex l. fin. Cod. eod tit.* ubi novè Justinianus decidit, ut adventitia non conferantur. Ex quo sine ullo negocio colligitur, quòd ante eum talis differentia non fuerit.

Huic decisioni non obstat *l. profectitia. 5. & l.* 6

Oooo 2 *avus.*

a viv. 79. ff. de iure dot. ubi cùm plus juris filiæfamilias in adventitia, quàm profectitiâ dote competat: dicendum videtur, jure quoque Pandectarum discrimen inter bona profectitia & adventitia fuisse constitutum. Non, *inquam*, hæ leges obstant. Nam de dote duntaxat loquuntur: in quâ quidem filiæfamilias speciali quadam ratione plus juris competit, si acquisita fuerit ab extraneo, quàm si à parente. Idem autem discrimen, quo ad cætera bona liberis, in potestate existentibus, acquisita, jure Pandectarum observatum haudquaquam fuit. Non igitur, quod singulari ratione constitutum est in bonis dotalibus, ad alia bona extendendum est, *argum l. quod verò. 14. cum duab. seqq ff. de legib.*

7 Nihil etiam resistit. *l. si ius. 22. §. 1. ff. de inoffic. testament.* ex cujus §. verbis nonnulli inferunt: patrem ibi inofficiosi querelâ egisse, nomine filii: eumque sic agentem commodum victoriæ filio parare: ac per consequens filium jure Digestorum non ex omnibus causis patri acquisivisse: sed quod ex bonis maternis obvenerit, ipsius fuisse. *Etenim*, secundum saniorum quorundam intellectum, in specie illius legis non pater, sed filius inofficiosi egit. Quod evincitur ex illis verbis; *an, quod patri datum est, publicaretur?* Nam si Jurisconsultus in eo §. loqueretur de casu, quo pater nomine filii ageret, non satis conveniret dicere, *an quod patri datum publicaretur*: sed diceret Jurisconsultus, *an quod ei datum esset publicaretur?* Ex quo dilucidè patet, verbum illud, *alii*, in textu positum, non ad filiumfamilias, sed ad patrem, cui ex victoriâ filii agentis commodum paratur, necessariò referendum esse. Atque ita eo textu nostra hæc, eaque receptissima Doctorum sententia, magis stabilitur, quàm evertitur. Ex eo siquidem evidens est: filiumfamilias, qui adversus matris testamentum querelâ inofficiosi agit, non sibi, sed patri commodum victoriæ parare. Et hanc opinionem, utpote verissimâ, pluribus juribus ac rationibus exactissimè confirmat Arius Pinelus *ad l. 1. Cod. de bon. matern. part. 1 pag. mihi. 84. num. 12. 13. 14. 20. & seq.* ubi simul *num. 34. usque ad finem* decisionem illam *Imperatoris Constantin. in d. l. 1. Codic de bon. matern. & Iustinian. in d. l. cùm oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.* qua statuitur, patrem in bonis adventitiis non, ut olim, plenâ proprietatem, sed usumfructum tantum ad dies vitæ usque consequi, multis egregiis ampliationibus exornat.

8 Porrò præter liberos nostros & servos, sunt & quatuor personæ aliæ, per quas nobis obligatio acquiritur. Primùm illi, quos bonâ fide possidemus; sive sint homines liberi, sive servi alieni. *§. 1. hoc tit.* Secundò servi fructuarii, id est, in quibus usumfructum habemus. *§. 2. hoc tit.* Tertiò servi communes hoc est, partim nostri, partim alieni. *§. 3. hoc tit.* Quartò procuratores nostri. Sed ingens est cùm inter has quatuor personas & prædictas, id est, liberos & servos, tum inter has ipsas quatuor inter se differentia *ut videre est ex hoc tit. item §. de iis autem per vu. 4. supr per quas person. cuique acquirit. & §. ultim. supr. de stipulat. servor.* Quanquam de quartâ personâ, id est procuratoribus nostris nihil hic adferatur: sed de iis abundè dictum est *in §. ex his itaque 5. supr per quas person. cuique acquiritur.* Cæterum quanta olim inter servos & filiosfamilias, ratione acquisitionis, differentia fuerit, diligenter explicat Antonius Faber *lib. 7. conjecturar. jur. civil. cap. 9.* Quatenus item patri per filiumfamilias acquiratur, latissimè noviter exposuit Illustris Georg. Acacius Enenckel, *in tract. de privileg. parent. & liberor. privileg. 4. c. 1. & aliquot seqq.*

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

TIT. XXX.

Principium Tit.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quòd debetur: vel si quis consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat: utrùm ipse, qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim & alio solvente: sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo, solutio fiat. Item si reus solverit: etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

S U M M A R I A.

1 *Continuatio huius tituli.*
2 *Contraria juxta se posita magis elucescunt.*
3 *Quibus modis obligatio ipso jure tollatur.*
4 *Quibus modis ope exceptionis obligatio elidatur.*
5 *Verbum solutionis, itemque satisfactionis & liberationis, quomodo accipiatur.*
6 *Solutio, in specie accepta, definitur.*
7 *Aliud pro alio, invito creditori non solvitur.*
8 *Huius regula exceptio.*
9 *Utrùm creditori invito, pro re debitâ, æstimatio solvi possit.*
10 *Intellectus l. si quis argentum. 35. in pr. C. de donationibus.*
11 *Intellectus l. Titia. 35. in pr. ff. de aur. & arg. legato.*
12 *Intellectus l. quotiens. 59. & l. seq. ff. de verb. obligat.*
13 *Particularem solutionem creditor recipere regulariter non cogitur.*
14 *Solutio fieri debet legitimo tẽpore, loco, modo & causa.*
15 *An invito creditori debitor ante diem solvere possit.*
16 *Sub conditione quod debetur; id pendente eâ, ne volenti quidem creditori utiliter solvitur.*

17 *Purè*

17 *Purè debitum an & quatenus confestim sit solvendum.*
18 *De loco dissolvendi debiti à contrahentibus constituto, vel non constituto.*
19 *Medius solutionis in quo versetur.*
20 *Statuliberum solvens, vel pignoratum, &c. an liberetur.*
21 *Conciliatio l. statuliberum. 9. §. 2. ff. de statuliber. cum l. Neratius. 63. ff. de condict. indebit.*
22 *Debitor liberatur, quoties sine culpâ ejus accidit, ut res promissa solvi non possit.*
23 *Solutio ex quâ causa fieri debeat.*
24 *Qui solvere possint.*
25 *Quibus rerum suarum administratio adimatur.*
26 *Solutio alienationis est species.*
27 *Pupilli & minores quatenus rectè solvant. Item intellectus l. interdum. 29. ff. de condict. indebit.*
28. *Furiosi & prodigi solvere nequeunt.*
29 *Obligatio regulariter non est in servis.*
30 *Quibus casibus servi solvere valeant.*
31 *Perduellionis, &c. rei non solvunt: & quare.*
32 *Odiosa restringenda potius sunt, quàm extendenda.*
33 *Ratione debiti proprii qui solvant.*
34 *Ratione debiti alieni, in se suscepti qui solvant.*
35 *Ex mandato qui pro aliis solvant.*
36 *Ex administratione qui pro aliis solvant.*
37 *Sine mandato quilibet solvere potest pro debitore, etiam invito.*
38 *Regula (invito beneficium non datur) de quo beneficio accipienda.*
39 *Nemo invitus obligatur.*
40 *Promtiores esse debemus ad liberandum, quàm ad obligandum.*
41 *Quibus solvi possit.*
42 *Quomodo pluribus creditoribus utiliter solvi queat.*
43 *Furioso & prodigo an rectè solvatur.*
44 *Pupillo an & quatenus rectè solvatur.*
45 *Solutionem minori factam quando plenissima, sicq; restitutioni in integrum non obnoxia, liberatio sequatur.*
46 *Consideratio & interpretatio l. sancimus. 25. C. de administrat. tutor. vel curat.*
47 *Sententia & explicatio §. nunc admonendi. 2. supr. quib. alien. lic. vel non.*
48 *Sententia l. Lucius. 46. §. tutela. 5. & §. fin. ff. de administr. & peric. tutor. & similium.*
49 *Adversus liberatum restitutio non datur.*
50 *Obligatio, ipso jure perempta, ex eventu non reviviscit.*
51 *Cum tutoribus & curatoribus regulariter bene contrahitur.*
52 *Unaquæq; res suo domino perit.*
53 *Tutor an & quatenus sit rerum pupillarium quasi dominus. & num. 59.*
54 *Consideratio l. verum. 11. §. 4. ff. de minoribus 25. an.*
55 *Consideratio l. solutam 49. ff. de solutionib.*
56 *Quatenus debitor pupillaris tutori aut pupillo solvere cogatur.*
57 *Qui potest exigere, idem & liberare potest.*
58 *Heredibus creditorum rectè solvitur.*
59 *Pro creditoribus qui habeantur.*
60 *Procurator vel verus est, vel falsus: verus aut generalis, aut specialis: & quatenus alterutri rectè solvatur.*
61 *Solutio, falso procuratori facta, quibus casibus convalescat.*
62 *Servis actoribus solvi potest.*
63 *Potestas alii solvendi à quo, & cui, & quomodo detur.*
64 *Solutionis causa in contractu adjecto rectè solvitur.*
65 *Si solutionis gratiâ adjectus statum suum ante solutionem mutârit: nunquid ei utiliter solvi possit, ita ut promissor solutione liberetur.*
66 *Intellectus l. Stichum. 95. §. usumfructum. 6. ff. de solutionib.*
67 *Vis & effectus solutionis rectè factæ.*
68 *Fidejussoris solutio etiam reo proficit, & vice versa: & utriusq; ratio.*
69 *Si quis pluribus ex causis unum debitum solvat, quod nam solutum videri debeat.*
70 *Certam legem dicere ei possumus, quod solvimus.*

DE constituendis & acquirendis obligationibus 1
tractatum est titulis superioribus: nunc hoc titulo de iisdem dissolvendis & tollendis percommodè agitur. Siquidem contraria, *uti vulgò dicitur*, 2
juxta se posita magis elucescunt, *argum l. 1. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. l. Pomponius. 40. §. sed & si. ff de procuratorib. l. & si contra. 35. in fin. ff de vulgar. & pupill. substitut.* Quatuor autem modi, quibus 3
ipso jure tollitur, adeoque penitus extinguitur obligatio, sub hoc titulo explicantur: solutio, acceptilatio, novatio, & contrarius consensus, sive pœnitentia vel dissensus. Sunt & alii, sed minùs celebres & usitati: ut delegatio, confusio, compensatio, depositio & subsignatio, reique debitæ ante moram a debitore factam contingens interitus, &c. De quibus accuratè subtiliterq; disputant *B. Brissonius in Commentar. de solut. & liberat. lib. 2. Arumæus exercit. Iustin. 16. thes. 6. cum aliquot seqq. Vultejus lib. 1. Iurisprud. Rom. cap. 52. cum seqq. Schneidevvin. in §. fin. infr. hoc tit. num. 61 & seqq. ibidemq; D. Beser. num. 11. cum seqq. pag. 555. & seq. Iohan. Zanger. in tr. de exceptionib. part. 3. cap. 1. cum seqq. Donell. lib. 16. Commentar. de jur. civil. cap. 1. & aliquot seqq. itemq; Pyrrhus Maurus Aretinus in tract. de solutionib. cap. 2.* Sed & 4
ope exceptionis nonnunquam obligatio eliditur: ut pacto, sententiâ, tempore, jurejurando, & modis aliis, *de quibus infrà sub tit. de exceptionib. aliquando, annuente Christo, dispiciemus.* Primus autem mo- 5
dus dissolvendæ obligationis ipso jure, est *solutio*, de quâ in hoc principio. *Solutionis* verbum aliàs generale est, & omnes perimendæ obligationis modos

bus facta, tacitè hoc actum intelligatur, & per se insit, ut conjunctum sit dominium, hoc est, ut res sit communis.

6 Non tuetur opinionem contrariam *d. l. ut sit. 31. ff. pro socio.* ubi Ulpianus ostendere videtur: si duo eandem rem pariter emerint, nullo alio argumento vel indicio societatis concurrente: eos nequaquam socios esse, sed in simplici communione rei emptæ absque societate versari. *Lex* etenim ista eo de casu accipienda est, in quo vel ex protestatione adhibita, vel ex aliis præsumptionibus constabat: rem eandem, citra societatis contrahendæ affectionem, à duobus fuisse emptam. Huncque verum esse illius legis sensum, evincitur ex subjecto in fine ejusdem legis exemplo: ubi ait Jurisconsultus; *si à duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri*: societas non contrahitur. *Si emimus*, inquit, *non socii futuri*, hoc est, si hac mente comparavimus, ut socii futuri non simus. Igitur necesse est, ut constet, in emptione ista animum societatis ineundæ defuisse: alias in dubio societas contracta fuisse videbitur. Multò ergo magis societas in dubio contracta esse intelligitur, quando eadem res à duobus simul, non separatis partibus, empta fuerit. Ex hac enim emptione, non divisis partibus facta, longè facilius societas præsumitur.

Nihil quoque contrariæ patrocinatur sententiæ
7 *l. nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio.* ubi idem Ulpianus Jurisconsultus respondet: actionem pro socio dari, tractatu coeundæ societatis præhabito. *Satis* namque de societate contrahenda tractarunt, qui u-
8 nam eandemque rem scienter simul emerunt. Etsi enim hoc non fecerint expressè: tamen tacitè id fecisse existimantur, *ut supra dictum.* Jam verò extra omnem controversiam est: ea, quæ tacitè in bonæ fidei judiciis aguntur, æque valere, ac si expressè acta fuissent, *argum. l. quia tantundem. 7. ff. de negot. gest. l. si cui. 9. vers. nam quadam in sermone tacitè excipiuntur. ff. de servitutib. & l. 2. §. voluntatem. 2. ff. solute matrim. & l. cum quid. 3. ibique Dd. communiter. ff. de reb. cred. si cert. pet.*

9 Ex prædictis ergo apparet, quod communio rerum sit quasi contractus, quo duo pluresve, inter quos res quædam sine societate, id est, sine ulla conventione vel consensu contrahendæ societatis, communes sunt, ad eas dividendas, & personales quasdam præstationes, sibi invicem obligantur, *hoc §. nostro. 3. & 4. l. 1. l. 3. & tot. tit. ff. & Cod communi divid. l. 1. l. item Labeo. 22. & tot. tit. ff. & C. famil. ercisc. § quadam actiones. 10. infr. de actionib. & §. si familia. 4. cum §. seq. infr. de offic. judic. Giphan. lib. 3. disp. 31. thes. 25. ibique in suis notis Oleman. num. 24. & seqq.* Eaque duplex perhibetur: communio fami-
10 liæ, & communio rerum singularium, *hoc §. 3. & 4. tot. t. ff & C. famil. ercisc. item tot. t. ff. & C. commun. divid. D. Collega Bocer. class. 5. disput. 18. thes. 5.*
11 *adit. 2.* Communio familiæ, hoc est, eorum, quæ a defuncto profecta sunt, est inter coheredes, *§. idem juris. 4. hoc tit. d. §. quadam actiones. 20. infr. de actionib. d. § si familia. 4. infr. de offic. judic. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciscund.* Dicuntur autem hic coheredes non solum ii, quibus testamentaria; sed & quibus legitima hereditas obvenit: & non modò, qui civili, sed etiam qui prætorio jure hereditatem, sive bonorum possessionem acquisiverunt, *l. 2. in princ. & §. 1. ibi, neque bonorum possessor. & l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. famil. ercisc. l. 1. ff. de possess. heredit. petit. l. 2. ff. de bonor. poss.* Quod si negetur coheres, qui divisionem petit, ab eo, à quo petitur divisio: videndum, an possideat petitor, vel adversarius ille. Prio- 12
ri siquidem casu cognoscit judex, petitor coheres sit, necne: posteriori casu incumbit petitori, ut prius contra adversarium petitione hereditatis experiatur, *l. 1. §. 1. ubi Gloss. & Dd. & l. fundus. 51. §. 1. ff. famil. ercisc. Schneidewin. in d. §. quadam actiones. 20. tit. de act famil. ercisc. n. 7. 8. & 9 infr. de actionib. eumq; referens D. Bocer. d. class. 3. disput. 18. thes. 8.* Hujus porrò communionis obligatio duas habet partes: quarum una pertinet ad divisionem ipsarum rerum: altera ad quarundam personalium præstationum inter coheredes communicationem, *d. l. item Labeo. 22. §. familia. 4. ff famil. ercisc. Donell. lib. 15. Comment. de jur. civ. cap. 23. in princip. pag. 441. Forster. lib 4. disput. ult. thes. 2. lit. D. & F.* Cæterum res in istam 13
divisionem veniunt omnes, quæ à defuncto profectæ sunt, sive earum dominium penes ipsum defunctum fuerit, sive non fuerit: veluti prædia, quæ nostri patrimonii sunt: item vectigalia, & superficiaria prædia: tum etiam res, quas alienas defunctus bona fide possedit, *l. item prædia. 10. ff. famil. ercisc.* licet ipsi heredes eas primum usuceperint: & licet eæ à defuncto emptæ, sed heredibus traditæ sint, *l. veniunt. 9. ff eod.* Partus quoque, post aditam hereditatem editus, in hanc divisionem venit, *l partum. 11. cum l. seq. in princ. ff. d. tit.* ut & quod servis hereditariis ab extraneo datum est, *l. & post litem. 12. §. 1. ff. eod.* & nonnulla alia, de quibus in *l. Pomponius. 8. §. 1. & 2. l. sed si. 14. §. 1. & ll. seqq. ff. famil. ercisc. & latè Iustus Mejer. in disputat. ad lib. 10. Pandect. tit. 2. thes. 12. & seqq.* Enimvero mala medicamenta & venena, ut & libri improbatæ lectionis, puta magici, non debent dividi, sed protinus corrumpi, *l. cætera. 4. §. 1. ff. famil. ercisc.* Sed & res malo more quæsitæ, non dividentur: sed à rebus hereditariis separatæ, restituentur iis, ad quos pertinent, *d. l. 4. §. 2. ff. eod. Pacius in Method. C. eod. tit. §. 20. & seqq.* Nomina item, id est, credita & debita, ut quæ ipso jure divisa sunt, hac obligatione non continentur, *l. 2. §. ult. d. l. 4. in princip. l. heredes. 25. §. 1. & ibidem Gothofred. & §. idem juris. 13. l. fundus. 51 circa fin. ff familercisc. l. ea, quæ. 6. Cod. eod.* sicut nec ea, quæ testator voluit heredes habere præcipua, *d. l. Pomponius. 8. in princ. & l si ita legatum. 42. ff. d. tit. l. penult. in fin. C. de collationibus.* & plura alia, quæ recenset Mejer. *d. disput. thes. 15.* Præstationes per- 14
sonales, quæ ex familiæ communione promanant,

sunt;

ſunt; quæ verſantur tum in his, quæ ad heredes ex
defuncti bonis profecta ſunt; veluti ad liberos bona
profectitia: ut dos, & donatio propter nuptias à pa-
rente data, l. pactum. 3. l. filia dotem. 4. l. filia, licet.
12. l. filiam. 16. l. ut liberis. 17. l. illam. 19. & l. pe-
nult. §. fin. Cod. de collationib. Duaren. ad tit. de collat.
c. 4. Cujac. lib. 3. obſerv. c. 30. & ad Novell. 18. For-
cat. in tractat. de collat. bonor. part. 1. num. 20. Fa-
chin. lib. 5. controverſ. jur. cap. 77. & aliquot. ſeqq.
itemq; in fructibus, ab uno heredum ex hereditaria
perceptis, l. inter coheredes. 44. §. fructus. 3. & l. pe-
nult. ff. famil. ercisc. l. non eſt ambiguum. 9. & l. co-
heredibus. 17. C. eod. tit. tum in ſumptibus, quos
heredum aliquis bona fide in rem hereditariam fe-
cit, l. hu conſequenter. 18. §. ſumptuum. 3. l. ex parte.
39. in princ. & l. fundus. 51. in princ. ff. famil. erciſc.
tum etiam in damnis, ab uno heredum in commu-
nione factis, l. & puto. 16. §. ſed & ſi dolo. 4. & §.
ſeq. ff. d. tit. l. adverſus. 3. l. incerti. 19. Cod. eod. aut
culpa ejus etiam levi illatis, d. l. puto. 16. §. 4. d. l. he-
redes. 25. §. non tantum dolum. 16. ff. fam. erciſc. l. con-
tractus. 23 ff. de reg. jur. D. Becer. d. claſſ. 3. diſput. 18.
theſ. 16. Quibus perſonalibus præſtationibus ad-
15 junguntur etiam cautiones, quas coheres coheredi
præſtare tenetur: veluti ſi adſunt hereditaria inſtru-
menta, eaque uni ex heredibus cuſtodienda dentur:
quoniam heres ille cautionem interponere jubetur;
ut, cum res exegerit, inſtrumenta iſthæc exhibean-
tur, l. ſi quæ ſunt. 5. & l. ſeq. ff. famil. erciſcund. Si-
militer ſi rem individuam defunctus alieni promi-
ſerit, ut ejus nomine ſinguli heredes in ſolidum te-
neantur, cautiones interponi debent; ut ſi quis ex
iis conventus litis æſtimationem præſtiterit, id pro
parte à cæteris conſequatur, docente Paulo in d. l. he-
redes, 25. §. contra ſi promiſſor. 10. ff. eod. tit.

16 Sanè quæ pater filio ſtudiorum cauſâ peregrè a-
genti ſubminiſtravit, ſi non credendi animo pater
miſiſſe fuerit comprobatus, ſed pietate debita du-
ctus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis
ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non
patitur, l. quæ pater. 50. ff. famil. erciſc. l. legatis. 6. ff.
aliment. vel cibar. legat. l. 1. §. ſed an id. 16. ff. de col-
lat. bonor. Idque explicatius perſequutus ſum in §.
alia. 2. ſupr. de donationib. num. 55. & ſeqq. An au-
tem in hanc diviſionem filius conferre teneatur iſtos
ſumptus, quos pater ipſi, in Patria literis operam
danti, ſubminiſtravit, quæri poterit? Quod licet
17 primo intuitu affirmandum videatur, propter illa d.
l. 50. famil. erciſc. verba, peregrè agenti: quaſi aliud
jus eſſet in eo, qui non peregrè agit: contrarium ta-
men & æquitati & veritati magis conſentaneum eſt.
Longè quippe difficilius filio peregrè agenti ſum-
ptus à patre ſubminiſtrantur, quam in patria literis
operam danti. Si illos igitur ſumptus non recuſat
pietas paterna: multò minus hoſce recuſabit. D. D.
Rümelin. part. 2. Pandect. diſput. 9. th. 19. pag. 139.
Ideoque non obſtant verba illa: peregrè agenti. Haud
enim eò ſpectant; quod jus ſit aliud in eo, qui in Pa-
tria literis dat operam, quam qui peregrè: ſed ne
major pecuniæ quantitas, peregrè agenti ſubmini-
ſtratæ, aliquam juris diverſitatem introducere cre-
datur: & ut ita ex caſu difficiliori id, quod eſt fa-
cilius, colligatur, ut docet eleganter Iuſtus Mejer. in
ἀναλύσει d. l. 50. & in d. diſp. ad lib. 10. Pand. tit. 2.
theſ. 18. & Philippus Knipſchildt exercitat. Acad. 11.
quæſt. 8. pag. 395. cum ſeq. Eaque de re videatur Ga- 18
ſpar Schifordegherus lib. 2. ad Anton. Fabr. tractat.
23. quæſt. 1. 2. 3. 4. 5. & 6. ubi contra alios prolixè
admodum & eruditè oſtendit: patrem non ſolum
obligari omni jure ad ſumptus, ſtudiorum cauſa, fi-
lio ſubminiſtrandos (quod & ego demonſtravi in d. §.
alia. 2. ſupr. de donationib. numer. 98. & ſeqq.) ſed
etiam in dubio præſumi de bonis ſuis propriis, non
vero de bonis filii maternis, quorum ipſe admini-
ſtrator eſt legitimus, ſtudiorum expenſas feciſſe,
argum. l. 1. & 2. C. de bon. matern. & l. ult. C. de dot.
promiſſ. juncta receptiſſima opinione, qua cauſa dotis
& ſtudiorum æquiparantur. Angel. & Iaſon. & com-
muniter Dd. in l. 1. ff. ſolut. matrim. Horat. Lucius in
tract. de privileg. Scholar. privileg. 31. Petr. Rebuff. in
tract. de privileg. Vniverſitatum, &c. privileg. 60.
Quo facit, quod patris officio incumbat; filio ſum-
ptus ſtudiorum cauſa ſubminiſtrare, ſicut pluribus
declaravi in d. §. alia. 2. ſupr. de donat. num. 98. cum
ſeqq. & in orationib. meis, orat. 23. Quilibet autem
ſuo officio ſatisfacere præſumitur: & gravatus dare
quid, de ſuo dare reputatur. D. D. Rümel. d. diſput.
9. th. 18. in fine. Neque præterea conferuntur in 19
hanc diviſionem, quæ pater filio ſuo militi dedit;
veluti arma, & equi, l. ſi filiusfamilias. 4. C. famil.
erciſc. Cujac. ad d. l. 1. §. nec caſtrenſe. 15. ff. de collat.
bonor. Weſenbec. in Paratit. ff. de dotis collat. num. 3.
& D. Bocer. d. diſput. 18. theſ. 19. & in hoc §. num. 21.
pag. 508.

Actio, quæ ex hac naſcitur communione, dicitur 20
familiæ erciſcundæ actio, ſive judicium, §. idem ju-
ris. 4. hoc tit. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciſcund.
Familiæ verbum, ad res relatum, hereditatem deſi- 21
gnat, l. pronunciatio. 195. §. 1. ff. de verbor. ſignificat. l.
ult. Cod. eod. Erciſcere verò, antiquiſſimo loquendi 22
modo, idem quod dividere denotat. Alii Græcum
verbum eſſe putant, ἑρκίζειν, quod interſepire ſeu di-
videre ſignificat, Myninger. hic numer. 6. Schegk. in
delibat. jur. diſput. 20. theſ. 6. lit. b. Zaſius & Cera-
ſius in §. quadam actiones. 20. & ibi ego numer. 5.
infr. de actionib. Eaque actio civilis eſt, l. 1. in princ. 23
ff. famil. erciſc. mixta, id eſt, tam in perſonam, quam
in rem comparata, d. §. quadam actiones. 20. infr. de
actionib. ibique ego numer. 2. & 3. bonæ fidei, §. actio-
num. 28. infr. eod. l. non eſt ambiguum. 9. C. famil.
erciſc. & perpetua, d. l. 1. ff. famil. erciſc. Competit 24
autem hæc actio coheredibus, d. §. quadam. 20.
infr. de action. d. l. 1. & 2. ff. famil. erciſcund. adver-
ſus coheredes, ſine cauſa rerum hereditariarum di-

Nnnn 3 viſio-

visionem denegantes, ad hoc, ut res hereditariæ dividantur, & personalia præstentur, *d. l. item Labeo. 22. §. familiæ. 4. ff. famil. ercis. l. incerti, 19. Cod. eod. cum similib. latè Schneidevvin. in d. §. quædam actiones. 20. infr. de actionibus num. 4. & seqq. sub tit. de*
25 *actione famil. erciscund.* Et in hoc judicio unusquisque heredum, & actoris, & rei partes sustinet, *l. 2. §. in familiæ. 3. l. inter coheredes. 44. §. qui familiæ. 4 ff. d. tit. l. judicium. 10. ff. fin. regund.* Sed magis placuit, eum videri actorem, qui ad judicium provocavit, *l. in tribus. 13. & l. qui appellat. 29. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. communi. dividund.*

26 Cæterum cum isthæc actio etiam bonorum possessori concedatur, *d. l. 2. §. 1. & l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. familia ercisc.* controvertitur inter Interpretes: directane, an utilis illi detur? Et quidem non desunt, qui existimant, bonorum possessori utilem competere actionem familiæ erciscundæ, non vero directam. *Schneidevvin. loco præ allegato. Wesenbec. in Paratit. ff. fam. erciscund. num. 4. Mynsinger. in hoc §. num. 7. Treutler. vol. 1. disput. 19. thes. 9. ad lit. E. & Elias Robertus disput. 18. ad Instit. thes. 2.* Sed alii rectius statuunt: directam familiæ erciscundæ actionem bonorum possessori competere, *propter textum expressum in d. l. 2. §. 1. ff. famil. erciscund.* ubi Ulpianus ait: ideo utile familiæ erciscundæ judicium de quarta, quæ ad aliquem ex constitutione Divi Pii adrogatum defertur, necessarium esse: *quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit.* Unde evidenter colligere licet: quod heredi & bonorum possessori non utilis, sed directa familiæ erciscundæ actio detur: alioqui malè & vitiosè Iurisconsultus inferret.

27 Nec adversatur textus *in d. l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. d. tit.* ubi hæc verba leguntur: *Familiæ erciscundæ judicium & inter bonorum possessores, & inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatusconsulto, & cæteros honorarios successores, locum habet.* Nam ex his verbis non relucet, quod utilis familiæ erciscundæ actio inter bonorum possessores sibi locum vindicet: sed generaliter iis significatur, quod actio familiæ erciscundæ inter bonorum possessores, & inter eum, cui restituta est hereditas ex senatusconsulto Trebelliano, locum habeat. Et quanquam *in l.*
28 *si ex asse. 40. ff. famil. ercisc.* utile familiæ erciscundæ judicium ei, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, dari dicatur: ex eo tamen non probè colligitur, quod idem de bonorum possessore sit dicendum.
29 Bonorum siquidem possessor licet heres non sit ipso jure: heredis tamen loco constituitur, & non usque adeo insulsè heres prætorius vocatur, *arg. §. quos autem solus. 2. supr. de bonor. possession.* is verò, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, fideicommissarius, & non nisi planè impropriè heres appellatur, *§. ergo. 6. ibi, tanquam in heredem & §. sed quia stipulationes. 7. supr. de fideicommissar. hereditatib.* cum is, qui rogatus hereditatem restituit, heres maneat, *§. restituta. 3. supr. d. tit. ubi id explicatum est fusius.* Atque ita sentiunt D. Collega Bocer. *d. class. 3. disp. 18. thes. 31.* & D. Hunnius *in resolut. ad Treutl. dicto loco. pag. 1369. & seq. ubi copiosè admodum exponit, quænam actio utilis, & quæ directa dici queat.* Hanc autem sententiam aliis quoque, ante Bocerum, placuisse, tam certum est, quam certissimum. Ita enim disertè scribit Glossa *in d. l. 2. §. 1. ad verb. heres. ff. famil. ercisc.* Et nota, quod QVIDAM dicunt, ex eo, quod hic dicitur, quod directum judicium familiæ erciscundæ competit etiam bonorum possessori, &c. Non igitur ægrè ferre debet D. Bocerus, quod scripserim *supra n. 26.* etiam ALIOS ita statuisse. Cur enim ipsum solum hujus sententiæ Auctorem laudarem, cum constet, & ante, & post ipsum fuisse, qui istam sententiam foverunt?

Porrò cum inter fratres & sorores parentis hereditas dividenda est: quæri solet, utrum frater major 30
dividere, minor eligere; an verò pri' in partes, communi fratrum & sororum arbitrio, hereditas dividi; postea sortes de singulis partibus mitti debeant: vel judicis officio explicari hanc rem oporteat? Et respondetur: si divisio absque judicio & privatim fiat; ex consensu mutuo, vel primam, vel alteram eligi viā posse, *l. si quæ sunt. 5. vers. si omnes. l. Lucius. 38. l. quidam. 41. vers. ex diverso. ibi, consensisse eos divisioni, & l. ult. ibi, fratres communem hereditatem consensu dividentes. ff. famil. ercisc. l. 1. l. si divisionem. 15. & l. coheredibus. 17. ibi, divisionem inter se facientib. Cod. eodem.* & si contentio de alterutra via incidat, ex recepta consuetudine præferendam esse primam, utpote usu & Camera Imperiali approbatam, *c. 1. ext. de parochiis, & ibi Panormitan. numer. 4. Mynsing. cent. 4. obs. 37. Schurff. cent. 1. cons. 71. Guido Papa in decis. q. 289. Gail. lib. 2. observ. 116. n. 14. Cujac. lib. 13. observ. c. 24. Rodulphus Forner. lib. 5. rer. quotid. c. 22. Arnisæus lib. 2. de Republ. c. 2. sect. 8. n. 78. Goldastus lib. 1. de majoratu. cap. 27. Berlichius tom. 3. quæst. practicabil. conclus. 21.* Sin judicio instituto petita sit divisio: judicem fore divisorem, ejusque officio totum negocium explicandum esse, verius censetur, *d. l. 2. in princ. ibi. per famil. ercisc. actionem dividitur hereditas. d. l. heredes. 25. §. judex. 10. & l. fundus. 30. vers. Herenn. Modestin. ff. fam. ercisc.* Qua de re consulantur etiam *Andr. Fachin. lib. 6. controvers. jur cap. 37. Matth. Steph. cent. 3. quæst. 94. Henningus Wegner. disp. 13. ad Instit. thes. 3 lit. b. & alii, ab his adducti.* Videatur item Clariss. D. Besoldus, Collega mihi charissimus, *in delib. jur. ex lib. 10. Pandect. tit. 2. pag. 575. cum seq. & in Discursu Iuridico-Polit. de appellationib. cap. 7. n. 11.* ubi de hereditatis divisione, per sortem facta, plura observatu perdigna tradit. Et de aliis negociis sorte definiendis dirimendisq; adeatur idem Besoldus *lib. 1. dissertation. Nomicopoliticar. dissertat. 4. n. 16. & lib. 1. dissert. 2. n. 10.* nec non Iacob. Alemann. *in palæstra consultat. juris illustr. consultat. 4. pag. 155. & seqq.*

In quæstionem & hoc non ratò vocatur: an fami- 31
liæ erciscundæ actio præscriptione 30. annorum tollatur? Et tolli, autumant *Accursius, Iacobus Butrigar. Bald.*

Bald. & Angelus in l.1.§.1.vers.nemo itaq; C.de annali exceptione, &c. & novissimè Hunnius in d. resolut. ad Treutl.pag.1366. Sed contrarium defendũt alii communiter, existimantes, quod etiam post triginta annos liberè à communione quis recedere, & divisionem hereditatis petere possit, Bartol & Cynus in d. §. 1.vers.nemo, &c. Paulus de Castro & Iason in l. si non sortem.26.§.si centum.4.ff de condict in debit. Idem Iason n.31. Zasius n.10. & Schneidevvin.n.68. cum seqq. in d §.quadam.20.infr.de actionib. Fachineus d. lib. 6. controvers jur.c.36. Bronchorst.cent.2.ἐναντιοφανῶν.assert 14.ed.2. & Hænonius disp.17. ad Instit.controvers. 20. Quorum sententia hisce præcipuè confirmatur ratiouibus & argumentis. I. Quia hæc familiæ ercis-
32 cundæ actio pri⁹ non nascitur, quam cum coheredes dividere volunt hereditatem, l.1.in princ. ibi, volentibus à communione discedere.ff.famil.ercisc. Ideoq; non prius curret præscriptio coutra hanc actionem, quã nata sit, hoc est, priusquam ab uno coheredum communio renunciata fuerit, Actioni quippe, quæ nondum nata est, non ullo tempore præscribi potest.
33 II. Quia contra possidentem non currit præscriptio, l.male agitur.2.C.de præscript.30.vel.40.annor. Arqui uterque coheres bona pro indiviso possider. Ergo contra ipsum præscriptio procedere nequit. III. Quia
34 nemo invitus in communione est detinendus, l. fin. Cod.communi divid. d.l.si nõ sortem.26.§.si centum.4. vers.nemo enim invitus.ff.de condict.indeb. cum com-
35 munio sit mater rixarum & contentionum, l.cum pa-
36 ter.77.§.dulcissimis 20.in fine.ff.de legat. IV. Quia pacto effici non potest, ut consortes perpetuò in communione perseverent, l.in hoc judicium.14.§.si conveniat.2.ff.communi dividund. Ergo nec præscriptione hoc induci poterit, arg. l.nam satis.6.§.1.vers.sed si is. ff.quemadm.servitutes amitt. Ioann Petr. de Ferrar. in forma libelli, pro heredit.divid.n 7. V. Quia cessante
37 ratione legis, cessat quoque ejus dispositio, arg.l.adigere.6.§.quamvis.2.ff.de jur.patronat. c. cum cessante. 60.ext.de appellat. Arqui hoc casu cessat ratio, ob quã præscriptio inducta censetur, litium nimirum dirimendarum causa, l.ult.in fine principii ff.pro suo. Si enim res communes nunquam dividi possent: discordiarum materia maximopere augeretur, delinquendique occasio præberetur, argum.d.l.cum pater.77.§. dulcissim.80 ff.de leg.2.l.in re communi.26.ff.de servitut.præd.urban.d.l.si non sort.26.§ si cent. 4. ff. de cond. indeb. Proinde & ipsa præscriptio cessat præsertim cum hoc casu planè contrarium effectum operaretur.

Huic decisioni non obstat d l.1.§.1. Cod. de annali
38 except. in qua dicitur, nullam actionem, ac nec familiæ erciscundæ, ultra triginta annorum spacium durare. Nam in ista lege expressè adduntur hæc verba: ex quo ab initio competit & semel nata est. Nascitur autem hæc actio tum demum, cum coheredes incipiunt ad divisionem hereditatis provocare. Unde quamdiu liberè & volentes in communione persistunt, tamdiu hæc actio nasci non potuit. Zasius in d. §.quadam.20 n.13.infr.de actionib. Deinde lex illa, quæ vetat post triginta annos judicium familiæ erciscundæ intendere, habet locum, quando uterque coheres non possedit, ut notavit Costal.ad d.l 1 ff.fam. ercisc.eumq; referens Bronch.d.cent.2.assert.14. in fine. Et licet hæc sententia Dn. Collegæ Bocero displiceat in Comment.ad § idem juris.4.hoc tit.n.45.& seqq pag. 511.quia tamen nihil solidi affert, ob quod opinationi ipsius inhærendum videri queat: meritò eam repudiandam censemus. Atque profectò non nisi ineptè dici potest: actionem familiæ erciscundæ statim ex ipsa rerum communione nasci. Quis enim interea ejus esset effectus, aut quæ utilitas, aut quæ necessitas, antequam coheredes a communione discedere vellent? Quo respicit Cajus Iurisconsultus in d.l.1. in princ.ff.fam.ercisc. ubi hanc actionem non simpliciter coheredibus, sed coheredibus, à communione discedere volentibus, constituendam fuisse dicit. Vide Bachovium in not.ad Treutl.vol.1.disp.19.th.8.lit.a & b. huncq; laudantem Knipsch.d.exercit.11.q.9.pag.396. cum seq. Et hactenus de communione familiæ.

Communio rerum singulariũ est inter eos, quibus 39
quocunque modo res singulæ communiter obvenerunt: veluti titulo hereditatis, legati, donationis, hoc §.nostro 3. societatis. l. 2. in princ. ff.communi divid. l. pro socio.38.§.1.& l.si actum sit.43.ff.pro socio. vel etiam casu, aut voluntate sociorum, §. si duor. 27. & §. seq. supr.de rer.divis.l.arbor.19.in princ.ff.communi divid.
Communionis autem hujus obligatio duas causas 40
continet: rerum scilicet communium divisionem, & præstationes quasdam personales, l.1.l.per hoc judicium.4.§.sicut.3.l.si quis.6 §.1 ff.commun.divid. arg. l. item Labeo.22.§.penult ff fam.ercisc.& §.quadam actiones.20.infr.de actionib. D Henr. Bocer.class.3.disp.18.
th.40.edit.2. Ac sanè dividi queunt res communes, 41
non solum sociorum propriæ, sed & emphyteuticæ: quamvis rectius fecerint socii, si abstineant ab agri emphyteutici divisione, ne præstatio pensionis confundatur, l.communi.7.in princ.& §.1.ff. communi divid. Sed & isthac obligatione continetur res aliena, cujus nomine socii Publicianam in rem actionem habent, & quam communiter pignori acceperunt, d. l.communi.7.§.qui in rem. 2. §. si duo sint.6. & §. inter eos.12.ff eod. ut & prædium, cujus in possessionem custodiæ causa sunt missi: multoq; magis domus, quam damni infecti nomine possidere jussi sunt: tum & ususfructus communis, d.l.7.§.sed & si.7. cum tribus. §§§.seqq.ff.d.tit. Mejer. in disp.ad lib.10. Pand. tit. 3. th.13. Quod verò communiter acquisitum est ex latrocinio, vi, aggressura, sacrilegio, peculatu; hoc obligatione non continetur: ut nec, quod communiter precario possidetur, vel ex causa locati, vel depositi, d.l.communi.7.§.inter prædones.4.&§.seq.&§.neq; colonis.11.ff.communi divid. Quod si res quædam communis sit, quæ divisionem commodè recipiat, veluti fundus: partes ejus singulis adjudicandæ sunt: & si unius pars prægravare videatur, is invicem certa pe-
cunia alteri condemnandus est. At si cõmodè dividi 42
nequeat, veluti homo, aut mul⁹: tunc ea res tota uni adjudicari debet, & is invicem alteri certam pecuniã præstare, §.eadẽ interveniunt.5.junctis §§.præcedentib. & seqq.

& seqq. infr. de offic. judic. l. si quis putans. 6. §. officio. 10. *d. l. communi.* 7. §. 1. *l. item.* 10. *ff. communi divid. & l.* 2. *C. eod. Bocer. d. disp.* 18. *thes.* 44. *& Mejer. d. disp. thes.* 17. *& seq.* Præstationes personales,
43 quæ ista obligatione comprehenduntur, in eo consistũt: si sociorum aliquis in rem causamve communem sumpt⁹ fecerit: aut ex ea fructus vel mercedem perceperit, *d. l. per hoc judic.* 4. §. *sicut.* 3. *& §. ult. cum seq. d. l. si quis putans.* 6. *in pr.* §. 1. 2. *&* 3. *l. in summa.* 11. *l. in hoc jud.* 14. §. 1. *ff. communi divid.* vel dolo aut culpa damnum communioni dederit, *l. in communi.* 3. *l. si is, cum quo.* 20. *l. Sabinus.* 28. *ff. d. tit.* Quæ præstationes etiam in eo versantur: si quæ inter socios conventio interposita fuerit, veluti ut fructus alternis annis perciperent, *d. l.* 3. §. 1. *l. si convenerit.* 23. *ff. eodem.* Ad personales præstationes & illud pertinet: quod pati tenetur socius, ut alter socius, cum opus fuerit, ædes communes, aut communem parietem reficiat, vel quippiam in eum immittat, *l. si ædes communes.* 12. *ff. communi divid. Cujac. lib.* 7. *quæstion. Papin. pag.* 139 *& seqq.* Ut & illud: quod socius socio, cui quid adjudicatur, cavere tenetur de evictione, *l. item quamvis.* 10. §. *ult. ff. communi divid. arg. l. heredes.* 25. §. *penult. ff. famil. ercisc. & l. si familia.* 14. *C. eod.* itemque de eo, quod sub conditione debetur, *l. cum socii.* 16. *ff. communi divid.* Verum de personalibus præstationibus generaliter hic observandum: eas hac obligatione de gesto negocio eatenus contineri, quatenus suæ partis causam socius expeditè gerere non potuit, *d. l. si quis.* 6. § *sive autem.* 2. *vers. hoc autem. & vers. seq. & §. si damni infecti.* 7. *l. arbor.* 19. §. *si per eundem.* 2. *ff. communi divid. l. penult. ff. de reb. credit. si cert. pet. &c. l. si communes.* 40. *ff. de negot. gest.* quatenus item rem esse communem scivit, *d. l. in hoc judicium.* 14. *in princ. & l. si quis cum.* 29. *ff. communi divid. D. Bocer. d. disput.* 18. *th.* 49.

44 Ex hac communione descendens actio, communi dividundo appellatur: & mixta est, *d. §. quædam actiones.* 20. *infr. de action.* bonæ fidei, §. *action.* 28. *infr. eod. d. l. in hoc judicium.* 14. §. 1. *vers. quia bonæ fidei. ff. communi divid.* & perpetua, *Forster. junior lib.* 4. *disp. ult. th. ult. ad lit. A.* Eaque est vel directa, vel utilis, *d. l. si quis putans.* 6. *in princ. & §.* 1. *ibi, utili tamen, & l. seq. §. ex quibusdam.* 3. *& §. si duo.* 6. *l. in summa.* 11. *& l. si quis.* 29. *circa princip. ibi, nec utile dandum. ff. communi divid.* Directa competit, si
45 proprietas rei sit communis, *d. l. per hoc judicium.* 4. *in pr. ff. d. tit.* utilis verò, si quod aliud jus commune fuerit, veluti ususfructus aut pignus, *d. l. communi.* 7. § *si duo sint.* 6. *& §. seq. ff. eod. l. si cujus.* 13. §. *sed si inter.* 3. *ibi, quasi communi dividundo ff. de usufructu juncta l. Lucio.* 4. *in fine. ff. de aqua quotid. & æstiva.* Item directa locum habet, si quis sciens, sibi rem esse cum vero socio communem, quid in eam impendit, fructusve ex ea percepit: utilis, si quis putans sibi cum Titio rem communem esse, cum sit communis cum alio, tale quid fecerit, *d. l. si quis.* 6. *in princ. & d. l. si quis cum.* 29. *in princ. ff. commun. divid.* Denique directa datur, si corpora manserint communia: utilis autem, si non manserint communia, sed vel interierint, vel ab altero socio alienata fuerint, *d. l. si quis.* 6. §. 1. *l. sed postquam.* 9. *& d. l. in summa.* 11. *ff. eod.* Cæterum an correo, adversus correum, competat actio communi dividundo, explicat D. Collega Besoldus *in delib. jur. ex lib.* 10. *Pandect. tit.* 3. *pag.* 580. *& seq.* Illud porrò commune est utriusq; ju- 46
dicii, familiæ scilicet ercifcundæ, & communi dividundo: quod si coheres, vel socius aliquis in divisione ultra partem dimidiam læsus sit: condictione ex lege, ad rescindendam divisionem, agere potest: sive sine judice, sive accepto arbitro, sive per sortem facta fuerit divisio, *l. Lucius.* 58. *in fin. ff. famil. ercisc. l. si soror.* 8. *Cod. de collationib. l. majorib.* 3. *Cod. communia utriusq; judic. ubi Bart. Bald. Salic. & Sichard. Schurff. cons.* 28. *n.* 9. *cent.* 1. *Wesenb. consil.* 74. *n.* 8. *part.* 2. *Pinel. ad l.* 2. *Cod. de resc. vend. part.* 2. *c.* 1. *n.* 4. *cum seqq. & D. Bocer. d. class.* 3. *disp.* 18. *th.* 52. *ed.* 2. Vide D. Besoldum *in dictis delibat. jur. ex lib.* 10. *Pand. tit.* 2. *num.* 2. *pag.* 577.

Quæri hic non incommodè poterit: ecquid præ- 47
cepto testatoris effici queat, ne à communione discedatur? Et (quicquid in contrarium afferat Alexander de Imola *in d. l. si non sortem.* 26. §. *si centum.* 4 *ff. de condict. indebiti*) verius est: testatorem aut patrem non posse præcipere filiis vel heredibus, ut bona hereditaria in perpetuum non dividant. Quia bonum 48
est argumentum à contractibus ad ultimas voluntates, *arg. l. servum filii.* 44. §. *cum, qui.* 5. *ff. de leg.* 1. præsertim quando non potest reddi ratio diversitatis. *Everhard. in Topic. in loc. à contract. ad ult. volunt. n.* 1. Sed per contractus inter vivos perpetua communio induci non potest, *d. l. in hoc judicium.* 14. §. *si conveniat.* 2. *ff. commun. divid.* Ergo nec in ultimis voluntatibus fieri potest: cum subsit eadem ratio, ne discordiæ & rixæ inter socios oriantur, *d. l. cum pater.* 77. §. *dulcissimis.* 10. *ff. de legat.* 2. Et ita sentiunt *Paul. de Castr. & Iason ad d. l. si non sortem.* 26. §. *si centum.* 4. *ff. de condict. indebit. Iul. Clarus lib.* 3. *recept. sentent. §. testamentum. q.* 67. *Schneidevvin. ad d. §. quædam actiones.* 20. *n.* 21. *& seqq. infr. de actionib. Hœnon. disput.* 17 *ad Instit. controvers.* 20. *lit. B. Paulus Berens disput.* 12 *ad Institut. them.* 3. *quæst* 6. *& Philippus Knipschildt exercitat. Acad.* 11. *quæst.* 7. *pag.* 394.

Hanc sententiam non evertit *l. fin. §. Lucius.* 3. *ff.* 49
de legat. 2. *& l. Lucius.* 78. *in princip. ff. ad SC. Trebellian.* ubi dicitur, testatorem posse præcipere communionem heredibus. *Nam* ibi divisio hereditatis non prohibetur: sed præcipitur, ut filia & uxor in communionem conferant res, ut postea æqualiter divisio fieri possit, sicut hoc importat collatio bonorum, *de qua tot tit. ff. & Cod. de collat. bonor.* Deinde posito & concesso, quod illic divisio prohibeatur: non tamen in perpetuum uxor & filia dividere
prohibentur. Itaque non omnis planè dividendi po- 50
testas iis adempta intelligitur; cum nemo invitus in commu-

communione manere compelletur. *d. l. fin. C. communi divid. & dictum suprà num. 34.*

51 Eidem sententiæ non repugnat *l. 1. ff. pro socio*, ubi cùm societas in perpetuum contrahi possit: dicendum videtur, quòd etiam testator communionem præcipere valeat: siquidem argumentum à contractibus ad ultimas voluntates procedere, appatet *ex d. l. servum. 44. §. eum, qui. 5. ff. de legat. 1.* Etenim Paulus Jureconsultus, *ut semetipsum ibidem declarat*, non intelligit tempus infinitum, sed finitum, quamdiu scilicet socii vivant. Et sanè dubium non est ullum, quin prohibitio testatoris ad certum tempus facta subsistat, *argument. l. si qui ita. 4. in princip. ff. de conditionibus institutionum.* ubi testator heredibus præcipit & mandat, ne intra sedecim annos dividant. Et hanc communem esse opinionem testatur Gratus *consil. 66. numer. 24. lib. 2.* eumque citans Clarus. *d. quæst. 67. num. 2.*

52 Præterea non adversatur, quòd voluntas testatoris, tanquam lex, servari debeat. *Novel. 22. cap. 2. in princ. l. 1. Cod. de sacrosanct. eccles.* Quia illud verùm quidem est, nisi voluntas illa dispositioni juris contrarietur; aut utilitati publicæ, quæ suadet, neminem invitum in communione detineri, repugnet. *l. nemo potest. 55. ibique Dd. ff. de legat. 1. d. l. cum pater. 77. §. dulcissimu. 20. ff. de legat. 2. & d. l. fin. C. communi dividundo.* Hanceque sententiam noviter quoque ita defendit Dn. Collega Bocerus *hic numer. 59. & aliquot seqq. pag. 521.*

§. Heres quoque. 5.

Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur: (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negocium legatarius gessisse propriè dici potest:) & tamen quia ex maleficio non est obligatus: quasi ex contractu debere intelligitur.

SUMMARIA.

1 *Quarta quasi contractus species consistit in herede, ob aditam hereditatem legatariis ad præstanda legata obligato.*

2 *Cur heres legatariis ex quasi contractu teneatur.*

3 *Actio legati sive ex testamento cui, & contra quem & ad quid detur.*

4 *An quemadmodum legatariis, ita etiam creditoribus hereditariis, heres ex quasi contractu obligetur.*

5 *Ex personâ successorum qualitas obligationis immutari non solet.*

1 QUARTA species quasi contractûs hoc loco enarratur, *aditio scilicet hereditatis*: quâ heres adiens hereditatem obligatur legatariis, ad præstanda sive solvenda legata, quæ à testatore sunt relicta. *l. si quis absentis. 5. §. heres. 2. ff. de obligat. & actionibus. Wegner. Disputat. 13. ad Instit. th. 4. lit. a. & b.* Ideo autem heres legatariis ex quasi contractu tenetur: quia inter heredem & legatarios neque est contractus, neque maleficium, *hoc §. nostro.* Contractus non est: quia heres neque cùm legatariis, neq; cum testatore ullum negocium contraxit. Maleficium non est: quia heres nihil deliquit: nec propter delictum aut maleficium legatariis debet legatum. Itaque reliquum est, ut quasi ex contractu heres obligatus dicatur: cùm adeundo hereditatem quasi contrahere cum legatariis videatur. *l. 3. §. ult. & l. seq. ff. quibus ex caus. in possess. eat.* 2

Hinc actio legati, vel ex testamento, in personam descendit: quæ legataria, contra heredem, legati præbendi causa datur. *§. sed olim. 2. in fine. supr. de legat.* ubi *num. 9. & seqq.* de hac, & aliis actionibus, legatario, pro consequendis legatis, competentibus latiùs disseruimus. 3

Cæterùm an, quemadmodum legatariis; ita etiam creditoribus hereditariis, heres ex quasi contractu obligari putandus sit, controvertitur: Sed probabilius est, & verius: aditâ hereditate, creditores heredem scriptum convenire debere, non ex novo quasi contractu, ex aditione hereditatis inducto: sed potiùs ex contractu antiquo, quo tenebatur defunctus, cujus personam heres sustinet & repræsentat. 4

Nam ex persona successorum vel heredum qualitas obligationis, qua defunctus tenebatur, immutari non solet. *l. 2. §. ex his igitur. 2. ff. de verbor. obligat.* Proinde si ex vero ac proprio contractu tenebatur defunctus, similiter heres quoque obligatus esse dicendus est; ut, *post alios*, docent Emanuel Costa *in c. si paterfamilias. 1. part. 2. verb. Trebellianica. num. 10. de testa. in 6.* Vasquius *de success. creat. libr. 2. §. 17. numer. 48. & 49.* hosque citans Heigius *in hoc §. nostro. num. 6.* argumento *tertiùs tit. C. ut actiones & ab heredibus, & contra heredes incipiant.* Quibus adstipulantur quoque Hermannus Vultejus *hic numer. 5. & lib. 1. jurisprud. Roman. cap. 42. num. 21.* *Timæus* Faber *disputat. 25. ad Institut. Imperiales th. 4. lit. c.* Dominicus Arumæus *Exercitat. Iustin 15 th. 13.* D. Bocer *in hoc §. num. 11 & 12. pag. 514 &* D. Rümelin. *Exercitat. 16. ad Institut. th. 5. lit. b. pag. 148.* Knipschildt *exercitat. Acad. 11. quæst. 10. pag. 398. &* Richter *in tract. de contractibus, disputat. 13. th. 3. ad lit. d. pag. 389.* 5

§. Item is, cui. 6. & §. ex quibusdam. 7.

Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur Adeò enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur: magis (ut suprà diximus)

ex distractu, quàm ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat: in hoc dare videtur, ut distrahat potiùs negocium, quàm contrahat. Sed tamen perinde is, qui accipit, obligatur, ac si mutuum ei daretur: & ideo condictione tenetur.

§. 7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquiliâ, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta per damnationem cuique legata fuerant. Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

Summaria.

1 *Quinta quasi contractus species, indebiti solutio.*
2 *Nemo suum jactare præsumitur.*
3 *Ad hunc quasi contractum quid requiratur.*
4 *Quodnam indebitum hic intelligatur.*
5 *Obligatio naturalis, licèt non producat actionem: parit tamen exceptionem.*
6 *Quod quis sciens solvit, non repetit.*
7 *Error duplex: facti & juris, & quid uterque.*
8 *Quæ actio ex isto quasi contractu competat.*

1 QUINTA & postrema species quasi contractûs,
hic proponitur, scilicet, *solutio indebiti.* Cùm
enim quis indebitum, quod per errorem se debere
existimat, tanquam debitum alteri solvit, etsi reverâ
negocium non contrahat, nec alterum, cui solvit,
ad rem indebitè solutam restituendam obligare intendat,
ut cui potiùs animus sit obligationem, quàm
falsò subesse putabat, distrahere, quàm novam obligationem
contrahere, *l. si quis absentis. 5. §. is quoq;
qui non debitum. 3. ff. de obligationibus & actionibus*
præsumitur tamen rem indebitam solvens cum altero
convenisse de re solutâ, si indebita apparuisset, sibi
2 restituendâ: quoniam nemo suum jactare creditur,
*arg. l. cùm de indebito. 25. in pr. vers. qui enim solvit. ff.
de probationibus & l. si de eo. 40. §. 1. ff. de acquir. vel amitt.
possiss.* Eoque animo præsumitur & alter accepisse
solutum, ut si non esset debitum, tum illud restitueret,
perinde ac si creditum sibi fuisset. Adhunc 3
igitur quasi contractum primò requiritur, ut indebitum
solvatur. Indebitum autem hic intelligitur, 4
quod omnino non, adeòque nullo jure, nec civili,
nec naturali, deberur. *l. si non sortem. 26. §. indebitum.
3. & l. in summa. 65. § fin. ff. de condict. indebit.* Nam si 5
vel naturaliter saltem debitum solvatur: nulla ejus
est repetitio: quia tametsi obligatio naturalis non
producit actionem ad rem persequendam: parit tamen
exceptionem ad rem debitam retinendam. *l.
naturalis 10. ff. de obligat. & actionib. l. naturaliter. 13.
l. si pœna. 19. in pr. d. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. l.
Iulianus. 60. in pr. l. si quod dominus. 64. ff. de condict.
indebit. l. sed etsi. 9. in fin. & l. seq. ff. ad senatusconsult.
Macedon.* Deinde requiritur, ut indebitum ex errore 6
solvatur. Etenim quod quis sciens, se non debere
solvit; non repetit. *l. 1. in fine. ff. de condict. indebit. l.
indebitum. 9. in pr. Cod. eod.* cùm id accipienti donare
voluisse intelligatur. *l. qui fundum. 7. §. servus. 2. in
fin. ff. pro emptore. l. cujus. 53. ff. de reg. jur.* Prætcrea 7
requiritur, ut indebitum errore facti solvatur. Errorem
quippe duplicem esse, facti & juris, plusquam
manifestum est. *l. 1. in princ. l. regula. 9. in pr. & §. sed
facti. 2. cum §. seq. & tot. tit. ff. de juris & facti. ignorant.*
Ille dicitur, quo quis in facto errat, existimans factum
quid esse, quod tamen factum non erat: hic verò
dicitur, quo quis jure quid fieri putat, quod tamen
jure non fit. *d. l. 1. §. 1. & passim. ff. d. tit.* Et hic
posterior error, soluti repetitionem impedit. *l. error.
9. C. ad leg. Falcid. l. cùm quis. 10. C. de juris & facti ignorant.
l. si per ignorantiã. 6. & l. seq. C. de condict. indeb.
& tradit hic Marcilius, latèque Andreas Cludius
in Commentar. de condict. indebit. c. 1. num. 14. & subsequentibus,
nec non Timæus Faber disputat. 25. ad Instit.
Imperial. th. 5. ad vers. controverti hic solet, &c.
itemque Iustus Schütz. exercitation. jur. Disputat. 17.
th. 10. pag. 265. & seq.* Ex hoc porrò quasi contractu 8
proficiscitur actio, quæ condictio indebiti vocatur:
quâ quis repetit id, quod indebitè per errorem alicui
solvit. Sed hanc actionem, adeoque argumentum
totius hujus 6. & 7. §. abundanter exposuimus
suprà *ad §. is quoque. 1. tit. quibus mod. re contrahit.
obligatio.* Illud hic addendum quòd Donellus,
*lib. 14. Comment. de jure civ. cap. 16. pag. 275. &
seq.* statuit: condictionem indebiti nasci ex
vero contractu. Cujus rationes nervosè
confutat Bachovius *hic num. 2.
pag. 837.*

PER-

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

TIT. XXIX.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur: admonendi sumus, acquiri nobis non solùm per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostrâ potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen, quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat: quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundùm imaginem rerum proprietatis & ususfructûs, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente, secundùm novellæ nostræ constitutionis divisionem.

§. 1. Item per liberos homines & alienos servos, quos bonâ fide possidemus, acquiritur nobis: sed tantùm ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostrâ acquirant.

§. 2. Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.

§. 3. Communem servum pro dominicâ parte dominis acquirere certum est: excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit: veluti cum ita stipulatur, Titio Domino meo dare spondes? Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licèt antea dubitabatur; tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantùm acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut suprà dictum est.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Obligatio per quas personas nobis acquiratur.*
3 *Conditio nostra melior fieri potest per liberos nostros & servos, deterior non item.*
4 *Differentia inter liberos & servos hoc loci notanda.*
5 *Iure ff. filiusfamilias in bonis adventitiis æquè, ac profectitiis, nihil prorsus juris habuit.*
6 *Intellectus l. profectitia. 5. & l. avus. 79. ff. de jure dot.*
7 *Intellectus l. filius. 22. §. 1. ff. de inofficioso testament.*
8 *Recensentur plures aliæ personæ, per quas nobis obligatio acquiritur.*

DIXIT Imper. Justinianus suprà, *in tit. 9 per quas personas cuique acquiritur. lib. 2.* de personis, per quas nobis res ipsæ, earumque dominia adjiciantur: hoc titulo demonstrat, per quas personas obligationes, & consequenter actiones nobis acquirantur. 1 Acquiritur autem nobis obligatio non solùm per nos metipsos, sed etiam per liberos & servos, nostræ potestati subjectos, *per principium hujus tit.* 2 Ejusque ratio est perspicua: quia per liberos nostros & servos conditio nostra melior fieri potest, deterior non item: ac proinde acquirere nobis possunt: alienare nostra, sine nostrâ voluntate, non possunt, *argument. l. contra. 28. § ult. ff. de pact. l. penult. in fine ff. depositi l. melior. 133. ff. de reg.* 3 Est autem differentia inter liberos nostros & servos hîc notanda: quòd servi quicquid acquirunt, totum nostrum fiat: at quod liberi acquirunt, si quidem ex causa profectitia, id totum & in solidum fiat nostrum: sin ex obligatione, aliave causâ adventitiâ: ejus quidem ususfructus nobis parentibus quæratur; proprietas verò ad liberos pertineat. *l. cùm oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.* 4 Si quid igitur servo nostro debeatur: nos soli agere possumus. Idemque est, quando liberis nostris quid ex causâ profectitiâ debetur. At si quid debeatur iis ex causa adventitii peculii: actio est communis: ita ut ipsi quidem agant consensu nostro, si nos usumfructum amplecti nolimus: nos verò agamus, filiis tamen consentientibus, si usumfructum in bonis eorum adventitiis amplectamur. *l. ultim. in pr. & §. ubi autem. 3. Codic. d. titul.* Ea itaque in parte jus Pandectarum correctum est. 5 Isto quippe jure filiusfamilias in bonis adventitiis æquè, ac profectitiis, nihil prorsus juris habuit: sed omnia patri, tam proprietatis, quàm ususfructûs ratione, acquisivit. Id quod *vel ex pr. hujus tit.* manifestè probatur: ubi Justinianus novâ suâ constitutione sancitum esse profitetur, ut filiofamilias proprietas in reb. adventitiis quæreretur. Idem confirmatur *ex l. filia, licèt. 12. vers. cum autem frater. C. de collationib.* ubi ante Justinianum nulla fit differentia inter profectitia & adventitia, tantumq; excipiuntur castrensia. Quod magis corroboratur *ex l. fin. Cod. eod tit.* ubi novè Justinianus decidit, ut adventitia non conferantur. Ex quo sine ullo negocio colligitur, quòd ante eum talis differentia non fuerit.

6 Huic decisioni non obstat *l. profectitia. 5. & l. avus.*

avus. 9. ff. de iure dot. ubi cùm plus juris filiæfamilias in adventitia, quàm profectitiâ dote competat: dicendum videtur, jure quoque Pandectarum discrimen inter bona profectitia & adventitia fuisse constitutum. Non, *inquam*, hæ leges obstant. Nam de dote duntaxat loquuntur: in quâ quidem filiæfamilias speciali quadam ratione plus juris competit, si acquisita fuerit ab extraneo, quàm si à parente. Idem autem discrimen, quo ad cætera bona liberis, in potestate existentibus, acquisita, jure Pandectarum observatum haudquaquam fuit. Non igitur, quod singulari ratione constitutum est in bonis dotalibus, ad alia bona extendendum est, *argum l. quod verò. 14. cum duab. seqq ff. de legib.*

7 Nihil etiam resistit. *l. filius. 22. §. 1. ff. de inoffic. testament.* ex cujus §. verbis nonnulli inferunt: patrem ibi inofficiosi querelâ egisse, nomine filii: eumque sic agentem commodum victoriæ filio parare: ac per consequens filium jure Digestorum non ex omnibus causis patri acquisivisse: sed quod ex bonis maternis obvenerit, ipsius fuisse. *Etenim*, secundum saniorum quorundam intellectum, in specie illius legis non pater, sed filius inofficiosi egit. Quod evincitur ex illis verbis; *an, quod patri datum est, publicaretur?* Nam si Jurisconsultus in eo §. loqueretur de casu, quo pater nomine filii ageret, non satis conveniret dicere, *an quod patri datum publicaretur*: sed diceret Jurisconsultus, *an quod ei datum esset publicaretur?* Ex quo dilucidè paret, verbum illud, *alii*, in textu positum, non ad filiumfamilias, sed ad patrem, cui ex victoriâ filii agentis commodum paratur, necessariò referendum esse. Atque ita eo textu nostra hæc, eaque receptissima Doctorum sententia, magis stabilitur, quàm evertitur. Ex eo siquidem evidens est: filiumfamilias, qui adversus matris testamentum querelâ inofficiosi agit, non sibi, sed patri commodum victoriæ parare. Et hanc opinionem, utpote verissimâ, pluribus juribus ac rationibus exactissimè confirmat Arius Pinelus *ad l. 1. Cod. de bon. matern. part. 1. pag. mihi. 84. num. 12. 13. 14. 20. & seq.* ubi simul *num. 34. usque ad finem* decisionem illam *Imperatoris Constantin. in d. l. 1. Codic de bon. matern. & Iustinian. in d. l. cùm oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.* qua statuitur, patrem in bonis adventitiis non, ut olim, plenâ proprietatem, sed usumfructum tantum ad dies vitæ usque consequi, multis egregiis ampliationibus exornat.

8 Porrò præter liberos nostros & servos, sunt & quatuor personæ aliæ, per quas nobis obligatio acquiritur. Primùm illi, quos bonâ fide possidemus; sive sint homines liberi, sive servi alieni. *§. 1. hoc tit.* Secundò servi fructuarii, id est, in quibus usumfructum habemus. *§. 2. hoc tit.* Tertiò servi communes hoc est, partim nostri, partim alieni. *§. 3. hoc tit.* Quartò procuratores nostri. Sed ingens est eùm inter has quatuor personas & prædictas, id est, liberos & servos, tum inter has ipsas quatuor inter se differentia *ut videre est ex hoc tit. item §. de iis autem servis. 4. supr per quas person. cuique acquirit. & §. ultim. supr. de stipulat. servor.* Quanquam de quartâ personâ, id est procuratoribus nostris nihil hic adferatur: sed de iis abundè dictum est *in §. ex his itaque 5. supr per quas person. cuique acquiritur.* Cæterum quanta olim inter servos & filiosfamilias, ratione acquisitionis, differentia fuerit, diligenter explicat Antonius Faber *lib. 7. conjectur. jur. civil. cap. 9.* Quatenus item patri per filiumfamilias acquiratur, latissimè noviter exposuit Illustris Georg. Acacius Enenckel, *in tract. de privileg. parent. & liberor. privileg. 4. c. 1. & aliquot seqq.*

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

Tit. XXX.

Principium Tit.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod d. betur: vel si quis consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat: utrùm ipse, qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim & alio solvente: sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo, solutio fiat. Item si reus solverit: etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

SUMMARIA.

1 *Continuatio huius tituli.*
2 *Contraria juxta se posita magis elucescunt.*
3 *Quot modis obligatio ipso jure tollatur.*
4 *Quibus modis ope exceptionis obligatio elidatur.*
5 *Verbum solutionis, itemque satisfactionis & liberationis, quomodo accipiatur.*
6 *Solutio, in specie accepta, definitur.*
7 *Aliud pro alio, invito creditori non solvitur.*
8 *Hujus regula exceptio.*
9 *Utrùm creditori invito, pro re debitâ, æstimatio solvi possit.*
10 *Intellectus l. si quis argentum. 35. in pr. C. de donationibus.*
11 *Intellectus l. Titia. 35. in pr. ff. de aur. & arg. legate.*
12 *Intellectus l. quotiens. 59. & l. seq. ff. de verb. obligat.*
13 *Particularem solutionem creditor recipere regulariter non cogitur.*
14 *Solutio fieri debet legitimo tĕpore, loco, modo & causa.*
15 *An invito creditori debitor ante diem solvere possit.*
16 *Sub conditione quod debetur; id, pendente eâ, ne volenti quidem creditori utiliter solvitur.*

17 Purè

17 *Purè debitum an & quatenus confestim sit solvendum.*
18 *De loco dissolvendi debiti à contrahentibus constituto, vel non constituto.*
19 *Modus solutionis in quo versetur.*
20 *Statuliberum solvens, vel pignoratum, &c. an liberetur.*
21 *Conciliatio l. statuliberum. 9. §. 2. ff. de statuliber. cum l. Neratius. 63. ff. de condict. indebit.*
22 *Debitor liberatur, quoties sine culpâ ejus accidit, ut res promissa solvi non possit.*
23 *Solutio ex quâ causa fieri debeat.*
24 *Qui solvere possint.*
25 *Quibus rerum suarum administratio adimatur.*
26 *Solutio alienationis est species.*
27 *Pupilli & minores quatenus rectè solvant. Item intellectus l. interdum. 29. ff. de condict. indebit.*
28. *Furiosi & prodigi solvere nequeunt.*
29 *Obligatio regulariter non est in servis.*
30 *Quibus casibus servi solvere valeant.*
31 *Perduellionis, &c. rei non solvunt: & quare.*
32 *Odiosa restringenda potiùs sunt, quàm extendenda.*
33 *Ratione debiti proprii qui solvant.*
34 *Ratione debiti alieni, in se suscepti qui solvant.*
35 *Ex mandato qui pro aliis solvant.*
36 *Ex administratione qui pro aliis solvant.*
37 *Sine mandato quilibet solvere potest pro debitore, etiam invito.*
38 *Regula (invito beneficium non datur) de quo beneficio accipienda.*
39 *Nemo invitus obligatur.*
40 *Promtiores esse debemus ad liberandum, quàm ad obligandum.*
41 *Quibus solvi possit.*
42 *Quomodo pluribus creditoribus utiliter solvi queat.*
43 *Furioso & prodigo an rectè solvatur.*
44 *Pupillis an & quatenus rectè solvatur.*
45 *Solutionem minori factam quando plenissima, sicq; restitutioni in integrum non obnoxia, liberatio sequatur.*
46 *Consideratio & interpretatio l. sancimus. 25. C. de administrat. tutor. vel curat.*
47 *Sententia & explicatio §. nunc admonendi. 2. supr. quib. alien. lic. vel non.*
48 *Sententia l. Lucius. 46. §. tutela. 5. & §. fin. ff. de administr. & peric. tutor. & similium.*
49 *Adversus liberatum restitutio non datur.*
50 *Obligatio, ipso jure perempta, ex eventu non reviviscit.*
51 *Cum tutoribus & curatoribus regulariter bene contrahitur.*
52 *Vnaquaeq; res suo domino perit.*
53 *Tutor an & quatenus sit rerum pupillarium quasi dominus. & num. 59.*
54 *Consideratio l. verum. 11. §. 4. ff. de minoribus 25. an.*
55 *Consideratio l. solutam 49. ff. de solutionib.*
56 *Quatenus debitor pupillaris tutori aut pupillo solvere cogatur.*
57 *Qui potest exigere, idem & liberare potest.*
58 *Heredibus creditorum rectè solvitur.*
59 *Pro creditoribus qui habeantur.*
60 *Procurator vel verus est, vel falsus: verus aut generalis, aut specialis: & quatenus alterutri rectè solvatur.*
61 *Solutio, falso procuratori facta, quibus casibus convalescat.*
62 *Servis actoribus solvi potest.*
63 *Potestas alii solvendi à quo, & cui, & quomodo detur.*
64 *Solutionis causa in contractu adjecto rectè solvitur.*
65 *Si solutionis gratiâ adjectus statum suum ante solutionem mutârit: nunquid ei utiliter solvi possit, ita ut promissor solutione liberetur.*
66 *Intellectus l. Stichum. 95. §. usumfructum. 6. ff. de solutionib.*
67 *Vis & effectus solutionis rectè factae.*
68 *Fidejussoris solutio etiam reo proficit, & vice versa: & utriusq; ratio.*
69 *Si quis pluribus ex causis unum debitum solvat, quod nam solutum videri debeat.*
70 *Certam legem dicere ei possumus, quod solvimus.*

DE constituendis & acquirendis obligationibus 1
tractatum est titulis superioribus: nunc hoc titulo de iisdem dissolvendis & tollendis percommodè agitur. Siquidem contraria, *uti vulgò dicitur,* 2
juxta se posita magis elucescunt, *argum. l. 1. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. l. Pomponius. 40. §. sed & si. ff. de procuratorib. l. & si contra. 35. in fin. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* Quatuor autem modi, quibus 3
ipso jure tollitur, adeoque penitus extinguitur obligatio, sub hoc titulo explicantur: solutio, acceptilatio, novatio, & contrarius consensus, sive poenitentia vel dissensus. Sunt & alii, sed minùs celebres & usitati: ut delegatio, confusio, compensatio, depositio & subsignatio, reique debitae ante moram à debitore factam contingens interitus, &c. De quibus accuratè subtiliterq; disputant *B. Brissonius in Commentar. de solut. & liberat. lib. 2. Arumaeus exercit. Iustin. 16. thes. 6. cum aliquot seqq. Vultejus lib. 1. Iurisprud. Rom. cap. 52. cum seqq. Schneidevvin. in §. fin. infr. hoc tit. num. 61. & seqq. ibidemq; D. Bocer. num. 11. cum seqq. pag. 555. & seq. Iohan. Zanger. in tr. de exceptionib. part. 3. cap. 1. cum seqq. Donell. lib. 16. Commentar. de jur. civil. cap. 1. & aliquot seqq. itemq; Pyrrhus Maurus Aretinus in tract. de solutionib. cap. 2.* Sed & 4
ope exceptionis nonnunquam obligatio eliditur: ut pacto, sententiâ, tempore, jurejurando, & modis aliis, *de quibus infrà sub tit. de exceptionib. aliquando, annuente Christo, dispiciemus.* Primus autem mo- 5
dus dissolvendae obligationis ipso jure, est *solutio,* de quâ in hoc principio. *Solutionis* verbum alias generale est, & omnes perimendae obligationis modos

complectitur. *l. solutionis. 54. ff. de solutionib. l. solutionis verbo. 176. ff. de verb. significat*, aliàs est speciale, *ut hic, & in t. ff. de solut. & liberat.* Sic & *satisfactionis* verbum interdum latè sumitur, interdum angustè: latè, ut eo omnes tollendæ obligationis modi contineantur. *d. l. solutionis. 176. ff. de verbor. significat.* angustè, ut eo non omnes modi; sed, exceptâ solutione, reliqui comprehendantur. Solet enim plerunque in jure solutio distingui & sejungi à satisfactione. *l. item liberatur. 6. in princip. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. l. si rem. 9. §. omnes. 3. ff. de pignorat. act. l. si se non obtulit. 4. §. ait prætor. 3. ff. de re judicat. l. quod vendidi. 19. ff. de contrah. empt. l. sed & si quid. 25. §. 1. ff. de usufruct. l. solutam. 49. in fino. ff. de solutionib.* Est & tertium verbum huc pertinens, nempe *liberatio:* quod similiter aliquando latius omnes modos complectitur. *l. liberationis. 47. ff. de verb. significat.* nonnunquam, exceptâ solutione, reliquos, *ut t. ff. de solut. & liber. & notat Giphan. hic in verb. tollitur solutione, &c.*

6 Solutio igitur, *in specie accepta*, est ejus, quod debetur, realis legitimè facta præstatio, *argum. hujus principii, & d. l. solutam. 49. in princ. ff. de solutionib. Vultejus hic num. 8. Althus. lib. 2. dicæolog. cap. 14. numer. 6. pag. 569. Richter. in tract. de contractib. disp. 14. th. 2. pag. 402.* Cui in effectu consonat definitio Antonii Pichardi Vinuesæ *hic num. 24.* dicentis: solutionem nihil aliud esse, quàm rei debitæ per ipsum debitorem, vel alium, ejus nomine, creditori idoneo

7 factam actualem satisfactionem. *Illum refert Antonius Hering. in tract. de fidejussorib. cap. 20. §. num. 3.* De eâ breviter quinque capita hoc loco attinguntur, quæ paulò uberius discutiendæ erunt. 1. Quid & quantum solvendum sit. 2. quâ formâ sit solvendum. 3. à quo. 4. cui. & 5. quis solutionis sit effectus.

Primùm ergo idipsum solvendum est, quod debetur. Aliud enim pro alio, invito & minimè consentienti creditori solvi non potest: ut si cui debeatur precium vel pecunia, ei nolenti species vel corpus, putà equus, fundus, domus, poculum, &c. solvi nequit: cùm aliud sit res, aliud precium. *l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. 1. ff. de rer. permutat. l. eum, à quo. 16. & l. seq. C. de solutionib.* Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht / *part. 2. tit. 1. §.* Wann und wie die Bezahlung / *&c. vers.* und zwar sol die Bezahlung. *fol. 236.* Quò pertinet illud Senecæ *lib. 4. de benefic. c. 14.* Æquissima vox est, & jus gentium præ se ferens; *redde, quod debes.* Item *lib. 5. de benefic. c. 14.* Quo genere obligatus es, hoc fidem exolve. Sed & si solvatur creditori res deterior: inutilis erit solutio: & ideo commodatarius rem deteriorem reddendo

8 non liberabitur. Propriè namq; dicitur res non reddita, quæ deterior redditur. *l. 3. §. 1. ff. commodati.* Quandoq; tamen etiam invito creditori aliud rectè solvitur: putà si res debita vel planè non, si nimirum periit, vel difficulter, vel minùs honestè præstari possit. *l. in re furtiva. 8. in princ. ff. de condict. furt. l. si domus. 71. §. qui confitetur. 3. ff. de legat. 1. l. non dubium. 14. in fin. & l. qui quatuor. 30. §. ultim. ff. de legat. 3.* vel noxali actione agatur. *l. miles. 6. §. 1. ff. de re judic. D. Bocer. class. 4. disput. 19. thes. 28. od. 2. & in hoc §. numer. 44. pag. 532. Ioan. Baptista Costa tom. 2. tract. de remediis subsidiariis. remed. 3. num. 1. & seqq.*

Illud controversum videtur: utrùm inviro creditori pro re debitâ precium sive æstimatio solvi possit? Et non posse, ex æquissimâ hac regulâ patescit: quòd aliud pro alio creditori invito solvi non debeat, nec queat, *hoc principio nostro. & d. l. eum. à quo. 16. & l. seq. C. de solutionib. d. l. 2. §. 1. in fin. ff. de rebus credit. si cert. pet. l. promissor. 21. §. ultim. ff. de constit. pecun. & l. 1. C. de Fabricensib.* Atqui aliud esse rem, & aliud rei æstimationem, constat *ex §. si res aliena. 6. in fino. supr. de legatis. & d. l. 1. in princip. ff. de rer. permutat.* 9

Cui non adversatur *l. si quis argentum. 35. in princip. Cod. de donationib.* ubi ei, qui argentum donaverat, permittitur vel ipsum argentum, vel æstimationem ejus, utrum maluerit, præstare. Nam singulari donatoris favore receptum hoc videtur: ut, si pro re donatâ offerat precium, liberetur: quoniam cum eo, qui liberalitatem in nos exercuit, non ita rigidè & strictè, sed aliquantò mitiùs, quàm cum aliis debitoribus, agendum est, *argum. §. sed & si quis. 38. infr. de actionib. l. & exheredatum. 49. & l. seq. ff. de re judicat.* Quod igitur speciali favore donantis receptum est, id ad consequentiam porrigi & extendi non debet. *l. quod verò. 14. ll. seqq. ff. de legib.* 10

Non item adversatur. *l. Titio. 35. in princ. ff. de auro & argent. legat.* ubi pro certâ auri materiâ legatâ, æstimatio ejus ab herede præstari & solvi potest. *Quotiens* enim certum pondus auri vel argenti fuerit legatum, nec certa species auri vel argenti fuerit designata, sed simpliciter auri pondus fuerit legatum: ita jure constitutum est, ut heres pecuniam, in quâ eadem sit æstimatio, dare possit, ejusque solutione liberetur: quoniam tale legatum magis in quantitate & æstimatione, quàm in corpore consistit. *l. cùm aurum. 19. §. 1. ff. eodem tit.* ut proinde nihil intersit, æstimatio in auro sive argento, an verò in pecuniâ numeratâ solvatur. *l. 1. § 1. & l. cùm certum. 9. ff. de auro & argent. legat.* 11

Sic quoque non adversatur *l. quotiens. 59. cum l. seq. ff. de verbor. obligationib.* ubi licèt oleum in stipulationem fuerit deductum: nihilominus tamen promissor olei, liberationem consequitur præstatione æstimationis. *Quandoquidem* ibi æstimatio præstatur, non quòd pro re æstimatio solvi possit: sed quòd oleum talis merx sit, cujus æstimatio, ratione temporis, alia deberetur. Ideoque si oleum in eâ, bonitate nequeat præstari, quæ retrò fuit, de æstimatione quærendum est. *Ita respondet D. Hunnius lib. 3. var. resolution. jur. civil. tractat. 8. quæst. 1. in fino. ubi aliis etiam objectionibus occurrit. Atque easdem & nos refutavimus suprà ad principium tit. quib. mod.* 12

mod. re contrahit. obligat. numer. 165. & aliquot seqq. ubi alias quoque quaestiones, ad solutionis materiam per-
13 *tinentes, accuratè examinavimus.* Caeterùm tantum solvendum est, quantum quis debet: quoniam particularem solutionem, utpote quae magna incommoda habet, invitus creditor regulariter jure recusat. *l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. l. Julianus. 13. §. offerri. 8. ff. de actionib. empt. l. obsignatione. 9. C. de solutionib. & liberat. Timaeus Faber disp. 25. ad Institut. Imperial th. 6. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 46. ff. quaestion. 3. pag. 179.* Hancque sententiam pluribus tum rationibus, tum auctoritatibus munivimus suprà *ad d. princip. tit. quib. mod. re contrah. obligat. num. 126. & multis subseqq. Adde Iustum Schütz. exercitation. jur. disp. 17. th. 14. pag. 268. & seq.*

14 Secundò de formâ solutionis videndum. Ea autem in hoc potissimùm consistit: ut solutio legitimo tempore, loco, modo, & causâ fiat. Tempus illud & opportunum & constitutum censetur: idque intelligitur ex naturâ obligationis, quae vel in diem est, vel conditionalis, vel pura. Si est in diem, hanc formam recipit: ut, quod promissum est, suâ die solvere debitor cogatur: ante diem non item. Quamvis enim ante diem nata sit obligatio: in suspenso tamen est actio. *l. obligationum. 44. §. 1. ff. de obligat. & actionib.* Quod adeò procedit, ut ne ipso quidem die, in quem stipulatio collata est, peti possit: cùm totus ille dies arbitrio solventis relinquatur. *§ omnis. 2. supr. de verbor. obligat. l. liber homo. 118. §. eodem.* Potest equidem debitor in diem, quod debet, etiam ante diem volenti creditori rectè solvere: sed an invito creditori debitor ante diem solvere valeat, mi-
15 tum in modum controversum est? Et affirmantium sententia mihi verissima videtur. *l. stipulatio ista, habere. 38. §. inter. 16. & l. continuus. 137. §. 2. vers. nam & quod. ff. de verb. obligat. l. quod certa. 70. ff. de solutionib. l. quod quis. 50. ff. de obligat. & actionib. l. intra. 7. ff. de re judic. l. cùm tempus. 17. in fine. ff. de reg. jur. & similibus.* Quam sententiam pluribus fundamentis & rationibus substruxi, Dominique Collegae Boceri, inconsideratè dissentientis *hic num. 67. cum multis seqq.* argumenta abundè contudi atque refutavi suprà *in d. princ. tit. quib. mod. re contrah. oblig. num. 101. & seqq.* Porrò quod sub conditione debe-
16 tur: id, pendente eâ, ne volenti quidem creditori utiliter solvi potest: idque ex hujus obligationis naturâ. Unde, quod solutum ante conditionem est, quasi indebitum repetetur. *l. sub conditione. 16. l. quòd si ea. 18. l. qui promisit. 48. ff. de condict. indebit.* Caeterùm si pecunia ita soluta non repetatur, existat autem conditio: confirmatur solutio, ut debitor liberatus censeatur, non à tempore conditionis existentis, sed conventionis. *l. sub conditione. 16. ff. de solutionib.* Quod autem purè quispiam debet, con-
17 festim solvere tenetur. *d. §. omnis. 2. supr. de verb. obligat. l. in omnibus obligationibus. 14. ff. de reg. jur.* nisi locus adjectus sit solutioni. *l. olim, qui Calend. 41. §. 1. ff. de verb. obligat.* vel obligatio ex re ipsâ dilationem capiat: veluti si futuri arborum, vel animalium fructus promittantur. Humanum quippe est, tantum temporis dati, quo res conquiri, commodèque solvi queat. *§. ultim. supr. de inutilib. stipulat. l. interdum. 73. ff. de verb. obligat. Brisson. d. Commentar. de solution. lib. 1. pag. mihi. 241.*

Locus dissolvendi debiti, aut ab initio constitu- 18
tus est à creditore & debitore: aut non est constitutus. Quòd si dictum sit, quo loco debitum praestari debeat: alia atque alia creditoris, & debitoris est ratio. Creditor enim alio etiam loco, quàm quo solvi convenit, quod sibi debetur, petere potest actione arbitrariâ. *l. 1. ubi Donell. & tot. tit. ff. de eo, quod certo loco dari oportet.* Debitor autem invito creditori alio in loco, quàm de quo convenit, regulariter solvere nequit. *l. 2. §. idem Julianus. 7. & l. penult. ff. d. tit. l. usuras. 8. Cod. de solutionib. Dn. Collega Bocer. hic num. 52. cum seqq. pag. 534. & d. class. 4 disputat. 19. thes. 37.* Sin de loco nihil inter contrahentes est actum: distinguendum erit, resnè certa sit, quae debetur, an incerta. Priore casu eo loco praestabitur res, in quo sita est, nec aliò ad creditorem eam traducere debitor cogetur: posteriore, in loco vel contractûs, vel domicilii solvetur. *l. quod legatur. 38. ibique Bartol. & alii. ff. de judic. D. Bocer. in hoc §. numer. 60. pag. 534. & Althus. d. lib. 2. dicaeolog. cap. 14. num. 64. & seq. pag. 572.*

Modus solutionis in eo versatur, ut perfectè & 19
plenè fiat, tam ratione rei solvendae, quàm ipsius juris transferendi. Ad solutionem perfectam, ratione rei solvendae hoc pertinet: ut praestetur res talis, qualis est promissa, & ut praestetur integra, *de quo jam dictum suprà. numer. 7. & seqq.* Ratione juris transferendi duo sunt necessaria. I. Ut res soluta fiat accipientis. *l. qui sic solvit. 55. l. si quis duos. 67. ff. de solutionib.* II. Ut ita apud eum maneat, ne ullo jure auferri possit. *l. non videntur. 167. in princ. ff. de*
reg. jur. Proinde qui hominem debet, statuliberum 20
solvens, vel noxae deditum, vel pignoratum, vel eum, in quo alienus ususfructus est, non liberatur. *l. Neratius. 63. ff. de condict. indebit. l. qui sibi. 33. in princ. l. cùm quis. 38. §. qui hominem. 3. & l. qui decem. 72. §. qui hominem. 5. ff. de solutionib. Donell. lib. 16. Commentar. de iur. civ. cap. 11. pag. 666.*

Nec obstat *l. statuliberum. 9. §. illud tractatum. 2. ff.* 21
de statuliberis. ubi Ulpianus Octavenum putasse refert: eum, qui servum Stichum promisit, liberari, si statuliberum factum solvat. *Nam* licèt Antonius Faber *lib. 2. conjectur. jur. civ. cap. 7.* horum responsorum conciliationem probabilem nullam afferri posse asserat, & Accursii, aliorumque solutiones operosè refellat: tamen ad istorum locorum explicationem hoc verisimiliter dici posse videtur: debitorem *in d. l. 9.* idcirco liberatum esse; quòd post solutionem statuliberi factam creditori, ipse
statuliber fuerit perductus ad libertatem. Quo casu 22
rectissimè Ulpianus & Octavenus Jurisconsulti responderunt:

sponderunt : debitorem esse liberatum. Namque pro regulâ traditum est : debitorem liberari, quoties sine facto aut culpâ ejus accidit, ut res promissa solvi non possit : veluti si res profana, quam promisit, religiosa esse cœperit ; vel servus promissus ad libertatem pervenerit. *§. 2. supr. de inutilibus stipulat. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. ff. de verb. oblig.* Idque in specie dictæ *l. 9. §. 2. ff. de statulíber.* statim post solutionem factam evenisse, ex his colligitur verbis : *nam etsi ante solutionem ad libertatem pervenisset, extingueretur obligatio tota.* Quasi diceret Jureconsultus : si ante solutionem servus promissus ad libertatem pervenisset : faterentur sanè omnes, liberatum esse debitorem. Idem igitur hoc in casu dicendum, quo servus post solutionem consecutus est libertatem. Hac interpretatione adhibitâ, facilè *ad præallegatam l. Neratius. 63. ff. de condict. indebit.* (*& similes*) responderi poterit : in eâ nimirum servum promissum statuliberum esse solutum, & post solutionem statuliberum adhuc mansisse, nec ad libertatem perductum fuisse. Hoc casu meritò Neratius decidit : debitorem non liberari, quod plenè & perfectè stipulatoris hominem non fecerit. Præsupponit autem, *ut modò monitum,* Neratius : hominem nondum libertatem adeptum esse. Quo posito, rectè infert : debitorem, cum neq; dominium hominis in creditorem pleno jure transtulerit, neque is homo eum ad casum redactus sit, quo promitti non potest, neutiquam liberari. *Sed videantur Iacob Cujacius tract. 7. ad African. in explicatione d. l. cùm quis 38. §. qui hominem. 3. ff. de solutionibus. & Hunnius d. lib. 3. var resolut. jur. civ. tractat. 8. quæst. 3. Qui textus illos primâ facie repugnantes aliter conciliare & in concordiam redigere nituntur.*

23 Solutio denique fieri debet ex eâ causa, ex qua agitur, non aliâ. Hinc si quis, quod alterius causa solvere necesse habet, solvit nomine proprio : nec se ipsum, nec alterum, pro quo solvere debuisset, liberat. *l. Cassius. 17. ff de solution. l. cùm uxor. 82. ff. de jure dot. d. l. inter stipulantem. 83. §. si rem. 6. ff. de verb. obligat.* Et tantum de formâ stipulationis.

24 Tertiò dispiciamus de iis, qui solvere possint. Solvere possunt omnes, quibus rerum suarum administratio non adempta est. *l. quòd si fortè. 14. §. 1. & l. seq.*
25 *ff. de solutionibus.* Adimitur autem aliis propter ætatem : aliis propter animi defectum : aliis propter mores perditos : aliis propter potestatem dominicam : aliis propter reatum. Propter ætatem, solve-
26 re nequeunt pupilli. Cùm enim solutio sit alienationis species : pupillis verò absque tutoris auctoritate alienare nihil liceat : utique nec solvere sine eá poterunt. *l. obligari. 9. §. pupillus. 2 ff. de auctorit. & cen-*
27 *sens tutor. §. ultim. supr. quib. alien. lic. vel non.* Quod si tamen pecunia, sine tutoris auctoritate soluta, à creditore bonâ fide consumpta fuerit : utilitatis causa in tantum solutio confirmatur, ut pecunia illa nec vindicari amplius, nec condici possit. *d. l. quod si fortè. 14. in fine. ff. de solutionibus.* Pupillis similes sunt minores, curatores habentes : sine quorum consensu & illi solventes nihil agunt. Sin curatores non habeant : in solutione tamen læsi deprehendantur : restitutionis beneficio uti queunt. *l. si curatorem. 3. C. de in integr. restitut. minor. Eaque de re inspiciatur Donell. d. lib. 16. Commentar. de jur. civ. c. 10. & ibidem Hilliger. ad lit. B. & F.* Nec prædictis obstat textus *in l. interdum. 29. in fin. ff. de condict. indebit.* ubi dicitur, consumptis nummis, quos pupillus sine tutore suo, vel prodigus absque curatoris consensu solvit creditori, eos per condictionem indebiti jure repeti. *Illud* enim aut accipiendum est de eo, qui indebitum solvit, *secundum Duarenum ad tit. Cod. de reb. cred. cap. 3.* aut intelligendum est de nummis, malâ fide consumptis, *se-*
cundùm D. *Bocerum hic num. 28. pag. 531.* Ob ani- 28
mi defectum solvere haud possunt furiosi : & ob mores perditos prodigi : quia ut illi desipiunt animis : ita hi moribus ; & quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum. *l. his, qui. 12. in*
fine. ff de tutoribus & curatorib. datis ab his, &c. Pro- 29
pter potestatem dominicam ex contractu, dominis insciis facto, solvere prohibentur servi. Solutio quippe obligationem jure subsistentem præsupponit : quæ cum regulariter non sit in servis : solutio inde facta nulla erit. *l. in personam. 22 in princ. l. quod attinet. 34. ff de reg. jur.* & proptcrea solutum dominus vindicabit *l. servus. 19. ff de fidejussorib.* Enimverò istam prohibitionem certis quibusdam casibus cessa-
re, pal m est. I. Si liberam peculii administrationem 30
servi habuerint, & ex eâ solverint. *l. egisti. 84. ff. de solutionib.* II. Si solutionem, ab iis factam ratam domini habuerint. *l. si servus. 66. ff. de fidejussorib.* III. Si pecuniis mutuò dandis actores præpositi fuerint, ex eaque causa creditoribus dominicis solverint. *l. si u-*
cui 94. § fin ff de solutionib. Tandem ob reatum non 31
solvunt perduellionis, majestatis læsæ, repetundarum rei postulati. *l. ex judiciorum. 20 ff. de accusationib l. quisquis. 5. Cod. ad leg. Iul majestat.* quia ejusmodi alienationes in fraudem Fisci fiunt. Quod tamen
ad aliòs, extra has causas, reos postulatos exten- 32
di non placet : cum odiosa restringenda potius sint, quam extendenda. *l. penult ff de pœn. c. odia 15. de reg. jur. in 6. Eaque de re videatur Vultejus libr. 1. Iurisp. Rom. cap. 53. num. 2. & seqq.*

Quibus itaque libera rerum suarum administratio competit, ii solvunt aut pro se & suo nomine, aut nomine alterius. Suo nomine qui solvunt : vel ratione debiti proprii hoc faciunt, vel ratione alieni, in se tamen suscepti, debiti. Ratione debiti proprii solvunt debitores principales, iique vel mares, vel
fœminæ. Ut enim hæ personæ omnes contrahen- 33
do sibi obligationem acquirunt : ita suo nomine, quod ex illâ obligatione debent, rectè solvunt. *l. sed si ego. 4. ff. & l. 2. Codic. ad senatusconsul. Vellejan.*
Ratione debiti alieni, in se suscepti, solvunt fidejus- 34
sores. *l. ubi fidejuss. 24. ff. de solut.* debitores delegati *l.*

si quis

si quis delegaverit.12.ff.& l.si pater.5.C.de novation.
constituentes.*l.promissor.21.§.ultim.ff.de constitut.*
pecun. heredes seu successores universales: qui & su-
pra vires hereditarias, spreto inventarii beneficio, te-
nentur. *l.fin.§.2.& 4.C.de jure deliberandi.* Quibus
annumerari poterunt successores in beneficio ecclesi-
astico: qui & ipsi prædecessorum suorum debita, pro
Ecclesiæ necessitate contracta, solvere coguntur. *c.1.*
extr.de solution. Sed & inter eos, qui in jus alterius
succedunt, nonnunquam est Fiscus, ad quem bona
debitoris devoluta sunt: ac propterea solvens liberat
seipsum, & fidejussorem principalis. *l. si indebitam.*
15. Cod. de fidejussor. l. 2. Cod. ad leg. Iul. de vi public.
Porrò debitor ab obligatione liberatur non solum, si
ipse solvat: sed & si nomine ejus solvat alius, *per hoc*
principium nostrum. vers. nec interest, &c. l. nulla.5.
35 *& l. manifesti. 17. C. de solutionib.* Id quod vel ex
mãdato, vel ex administratione sibi concessâ, vel sine
mandato fieri solet. Ex mandato pro aliis solvunt
procuratores negociorum, tam generales, quàm spe-
ciales: dummodo, si generales sunt, talia solvant de-
bita, quæ exactionem habeant; non etiam, quæ so-
lam retentionem: cùm verisimile non sit, dominos ta-
lium debitorum solutionem mandaturos. *l.quodlibet.*
87.l.si is, cui.94.circa finem.ff.de solutionib.& argum.
36 *l.obligatione.6.ff.de pignorib. & hypothec.* Ex admi-
nistratione, quam in bonis debitoris habent, rectè
solvunt tutores & curatores, pro pupillis & adole-
scentibus, eosque liberant: sive extraneis creditori-
bus, sive sibiipsis tanquam creditoribus solvant. *l.*
quotiens.9.§ sed si 4.& 5.ff. de administrat. & peric.
37 *tutor.* Sine mandato autem solvit quilibet alius,
pro debitore non solùm sciente, sed etiam ignorante
& invito, ita ut liberatio inde contingat, *hoc principio*
nostro, vers sive sciente, &c.l solutione.23.l. si pro me.
40.l.solvere.53.ff.de solutionib.& l solvendo.39.ff de
negoc. gest. Vbi Cajus hanc rationem subjungit:
quia naturalis simul & civilis ratio suadet, alterius
etiam absentis & dissentientis meliorem nos facere
conditionem posse: deteriorem non posse. Et licèt
inter hos nulla sit, quoad liberationem, differentia:
dispar tamen, quoad repetitionem, utriusque est ra-
tio. Etenim pro invito solventi in totum repetitio de-
negatur: cùm donasse censeatur. *l.si remunerandi.6.*
§.2.l.si pro te præsente.40.l.qui fide.53.ff.mandat.l.ult.
C.de neg gest. Ei verò, qui pro ignorante utiliter sol-
vit, adversus eundem parata negociorum gestorum
actio est: quâ, quod solutionis causa sibi abest, conse-
quitur. *l. cùm pecuniam.43.ff. dicto.tit. Philipp. Knip-*
schildt exercit. Acad.13.quæst.1 pag.453.

38 Prædictis non obstat vulgi ore trita regula: quòd
invito beneficium non conferatur. *l.hoc jure.* 19. §.
non potest.2.ff.de donationib.l.invito.69.& l.invitus.
156.in fine ff.de reg.jur. Nam regula ista accipienda
est de eo beneficio, quod ad solum illum, qui istud re-
cusat, pertinet. Atqui solvi pro debitore, etsi non vi-
deatur exiguum ejus beneficium esse: non est tamen
ipsius solius beneficium: sed creditoris etiam utilita-
tem & favorem concernit, ut cujus maxime intersit
creditum recipere, debitumque exolvi, *monente hic*
Marcilio. Is siquidem, velut obligationis dominus,
ut distrahere sive vendere eam, invito debitore potest:
ita & solvere. *l.nomina.17.ff.& l. nominis. 3. Cod. de*
heredit. vel actione vend. Wesenbec. hic num.3.& D.
Bocer.num.21.& seq.pag.531.

Similiter non obstat, quod nemo invitus oblige- 39
tur. *l.1.§.conventionis.3.ff.de pact.l.quæcunque.11.&*
l.in omnibus.55.ff.de obligat. & actionib.l.sicut initio.
5. Cod.eodem. Nihil autem tam naturale sit, quàm
unumquodque eo modo dissolvi, quo colligatum est.
l.nihil tam naturale.35.ff.de reg.jur. l. prout quidque
80.ff.de solutionib. Ac proinde quemadmodum in-
vitus nemo obligatur: ita quoque nemo invitus obli-
gatione liberetur. Hoc, *inquã*, nõ obstat. Quoniam à 40
contrahẽdâ obligatione ad obligationẽ dissolvendã,
nõ valet consequentia: cùm sẽper faciliores & proniores
esse debeamus ad liberandum, quàm ad obligan-
dum. *l.Arrianus.47 ff.de obligat. & actionib.* Quia
& ideo non licet hic à contrahendâ obligatione argu-
mentari ad obligationem dissolvendam: quia utrius-
que diversissima ratio est. Nam cùm de obligatione
contrahenda quæritur: de ipsius præcipuè debitoris
interesse & præjudicio agitur. At cùm de eâ dissol-
vendâ quæstio instituitur: imprimis tractatur de in-
teresse ac præjudicio ipsius creditoris. Vnde illud à
voluntate & arbitrio debitoris; hoc verò potissimùm
à voluntate creditoris dependet, *ut docet Hunnius d.*
lib 3. var.resolut.jur.civ.tract.8.quæst.2 ad finem.

Quartò videamus, quibus solvi possit. Inter eos 41
autem quibus potest solvi, sunt tum creditores ipsi,
horumque successores: tum qui creditorum loco ha-
bentur: tum ii, quibus à creditoribus, ut solutionem
reciperent, mandatum est. Creditoribus ipsis sine
dubio rectè solvitur: quia hi sunt, quibus ex obligati-
one debetur: & ad solutionem nihil interest, manse-
rintnè in conditione suâ, an eandem post solutionem
mutàrint. *l.filius.90. ff. de solutionib.* Cùm verò non 42
semper uni, sed duobus interdum, vel pluribus ex eo-
dem debito aliquis sit obligatus, quemadmodum so-
lutio utiliter tum fiat, quæritur? Et dispiciendum
putamus: sintnè plures illi rei credendi in solidum
constituti, an non. Si in solidum: debitor alterutri
solvens ab utroque liberatur. *l.2.& 3.in fine.ff.de du-*
ob.reis constituend. modò utiliter ambo sint stipulati.
Alteri enim ex correis inutiliter stipulanti non rectè
solvitur: cùm ex eâ stipulatione promissorem obli-
gatum non habeat. *l.si duo rei.128.ff.de verb.obligat.*
Idem est, si alter solutionem à debitore antè judicio
petierit: vel promissor alteri se soluturum constitue-
rit. His, *inquam*, casibus alteri solvens promissor
non liberatur. *l.ex duobus.16.ff.de duob.reis constitu-*
end.l.idem est.10. ff de constit.pecun. Quòd si non in
solidum plures rei sint constituti: omnibus est sol-
vendum: & propterea qui patri sine filiâ, vel filiæ sine
patre, dotem post divortium solvit, non liberetur. *l.*
qui hominem.34.§.si gener.6 l si filia.65.ff de solutio-
nib. Atque isto quidem modo creditoribus ipsis sol-
vitur: sub eâ tamen conditione, quæ & solventibus
suprà *n.24.& seqq.* fuit annexa: *nisi eis bonorum alie-*
natio sit interdicta. Nam etsi non alienare, sed acqui-

rere potiùs is videatur, qui solutum recipit: tamen in hac ipsâ acquisitione latet alienatio illius actionis, quâ debitorem sibi obstrictum & obnoxium creditor habebat: cùm ipsa distractio quodammodo contractus censeatur. § *penult. supr. de obligat quæ quasi ex con-*
43 *tractu nascunt*. Et sane de furioso certum est: quòd ei, ne tutoris quidem auctoritate interveniente, solutio fieri possit: cùm ejus nullus sit consensus, quem tutoris apposita auctoritas confirmet. *l. in negotiis 5. ff. de regul. juris*. Prodigus autem ut non solvere, ita nec solutum sine curatoris consensu recipere potest, *sicuti annotatum suprà num.* 28. Pupillis porrò solvunt debitores, vel cum tutoris auctoritate; vel sine
44 eâ. Et priore casu liberatio eis ipso jure contingit: tametsi pupillus, si damnum aliquod inde sentiat, in integrum restituatur. *l. 2. & tot. tit. Cod. si tutor vel curator intervenerit*. Hujus restitutionis metus tum cessat, quando reditus annui, annuæque pensiones, item usuræ ad modum legitimum pupillis solvuntur: item, quando aliarum rerum solutionem sententia sive decretum judicis præcedit. *l sancimus. 25. ubi Gothofred. & l. constitutionem. 27. Cod. de administrat. tutor. vel curator*. Posteriore casu, hoc est, sine auctoritate tutoris solventes regulariter non liberantur. Bene, *regulariter*: siquidem liberatio interdû solutionem absq; tutoris autoritate factam sequitur: idq; vel ipso jure, vel exceptionis ope. Ipso jure: si solutionis tantùm gratiâ stipulationi pupilli sint adjecti. *l. si stipulatus fuero. 11. ff. de solutionib.* item si solutionis actum, judicis decretum præcesserit: quia illud defectû tutoris supplet *l. ait prætor. 7. §. 2. ff. de minorib. l. si infanti. 18. in fin. Cod. de jur. deliberandi*. Ope exceptionis liberantur debitores, si in commodum pupillorum solutio facta sit, & pecunia numerata vel adhuc sit salva, vel in rei necessariæ acquisitionem collata, quam aliâs necessariò de suo empturi erant. *l. pupillo. 15. l. in pupillo 47. & l. si pupilli. 66. ff de solut. l. apud Celsum. 4. §. si quis pupillo. 4. ff. de doli mali, & met. except §. nunc admonendi. 2. vers pecuniam au-*
45 *tem salvam supr. quib. alien. licet, vel non*. Præterea solutionem, minori 25. annis curatoris auctoritate & decreto judicis factam, plenissima liberatio sequitur: nec, si læsus maximè deprehendatur, in integrum restitutionẽ metuere solvens necesse habet. *d. l. ait prætor 7. §. 2. ff. de minorib*. Secus, quàm fit in venditione, vel rerum alienatione: adversus quam, etiam cum cõsensu curatoris, aut ex prætoris decreto factam, minor restitutionẽ obtinet. *l. si quidem. 11. C. de prædiis & al. reb. minor. sine decreto non alienand*. Atq; illa omnia explanatiùs persequuntur *Franciscus de Caldas in Commentar. ad l. si curatorẽ. 3. in verb. læsis. C. de in integr. restit. minor. 25. annis. n. 57. cum seqq. Donellus d. lib 16 Comment. de jur. civ. c. 10. pag. 655. cum seq. B. Brissonius lib. 3. de solut. pag. mihi 212. & seqq. edit. 1. pluresq; alii, quos retulimus & secuti sumus in d. §. nunc admonendi. 2. supr. quibus alien. licet vel nõ n. 29. & seqq.* Quanquã autem illam, uti verissimã, ita communiter ab omnibus receptã sententiam (quâ statuitur, debitorẽ pupillarem, pupillo cũ tutoris auctoritate solventem, tum demũ consequi liberationẽ plenissimã, & in integrũ restitutioni minimè obnoxiã: si solverit judicis præcepto ac decreto præcedente) vehementissimè impugnant Anton. Faber *in Rationali ad d. l. ait prætor. 7. lit. F ff. de minorib. & lib. 17. conjectur. jur. civ. cap. 13. & tom. 1. Jurisprud. Papinian. t.* 46
12. princip. 7. illat. 43. ejusque individuus assertor & assecla Gaspar Schifordegher. *lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 16. q. 1. & seqq. item lib. 3. tract. 22 q. 4. & seqq.* attamen conclusio isthæc apertissimè probatur *per d. l. sancimus. 25. Cod. de administrat. tutor. vel curator.* ubi Imp. Justinianus ad hoc, ut solutio, pupillo vel adulto facta, plenissimam pariat securitatem sive liberationem, nec amplius inquietari debitor possit, omnino sententiam & decretum judicis requirit: hacque subtilitate solutionem faciendam, perspicue sancit & præcipit. Quare si requisitum istud defecerit, nec sententia judicis, ejusdemque cognitio & decretum intervenerit: solutio plenissimam liberationem haud pariet: sed debitor pupillaris adhuc inquietari poterit.

Ad hanc constitutionem respondent quidem modò nominati Adversarii: illam de eo casu esse accipiendam, quo nullus adhuc sit tutor vel curator, cujus auctoritas in solutione possit intervenire: atque adeò ob eam causam fuisse necessariam constitutionem favore debitoris, ut si fortè haberet interim pecuniam in numerato, cujus amittendæ casum aliquem & periculum vereretur, non cogeretur in obligatione remanere, sed posset æquè tutò non solùm minori, sed etiã pupillo solvere, atque si solveret tutori vel curatori. Idque colligi putant ex initialibus constitutionis verbis illis; *creatione tutorum & curatorum cum omni procedente cautelâ*: hoc est, dum proceditur ad creationem tutorum vel curatorum cũ diligenti inquisitione. *Verùm* illorum verborum alius non est sensus, quam tutoribus ritè ac legitimè constitutis aliter solvi tutò non posse, quàm judicis jussu ac decreto prævio. Hucque intellectum non parùm juvat *d. §.* 47
nunc admonendi 2 vers Ideoq; si debitor. supr. quib. alien licet, vel non. ubi idem Imper. Justinianus interpres verborum suorum omni exceptione potior, diserte suâ constitutione se disposuisse testatur: *ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut priùs judicialis sententia, sine omni damno celebrata, hoc permittat: quo subsecuto, si & judex pronunciaverit, & debitor solverit: sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas.* Nec audiendi hîc sunt dissentientes, qui largiuntur, hunc §. loqui quidem de pupillis, habentibus tutores, sed tutorum auctoritatem solutioni non adhibentibus. Nam præterquam quòd hoc divinatorium est, etiam expressè ex ipso textu refellitur. Cùm enim *in vers. ideoq; si debitor, &c.* dixisset Justinianus, necessariàm esse debitori tutoris auctoritatem: in continenti subjicit, hoc evidentissimâ ratione statutum esse in constitutione *dicta l. 25. Cod. de administrat. tutor. vel curat.* eâque dispositum, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut priùs judicialis sententia hoc permittat. Loquitur itaq; præfata constitutio *in d. l.* 25. de pupillis & adultis, tutores vel curatores habentibus, ipsorumq; auctoritate & consensu solutionem

acci-

accipientibus. Ac certè nisi Justinianus *in d.l. 25.* de solutione, tutoribus sive curatoribus, vel pupillis sive adultis auctoritate tutorum & consensu curatorum factâ loqueretur: nihil quicquam novi istâ suâ constitutione introduxisset: cùm jam antè indubitati juris fuerit, pupillum tutore destitutum nullum penitus negocium expedire posse, nisi si quando tutoris defectum, judicis sententia suppleat. *d.l. ait prætor. 7. § 2. vers. quid tamen. si prætor. ff. de minorib. d.l. pupillo. 15. ff. de solut & d.l. si infanti. 18. in fine. Cod. de jure deliberandi. Idq; exquisitiùs declarant Osualdus Hilliger. in Donello enucleat. lib. 16. cap. 10. lit. F. & Hun. d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 8. quæst* 6.

48 Hanc decisionem non infringit *l. Lucius. 46. §. tu-*
tela. 5. & § fin. ff. de administr. & peric. tutor. itē l. quòd
si fortè. 14. §. 1. & l. pupilli. 96. in princ. ff. de solutionib.
ex quibus constat, debitores pupillares, absque judicis
decreto, tutoribus rectè solvere, & ex hac solutione
49 ipso jure liberari: & consequenter restitutionem in in-
tegrum adversus illos dandam non esse. Tùm quia
adversus liberatum actio vel restitutio non datur. *l. 1.*
50 *Cedic. de contrario judicio tutelæ.* Tum quia obliga-
tio, quæ semel ipso jure perempta fuit, ex eventu nun-
quam revivisceit. *d.l. sancimus. 25. vers. non enim debet, Cedic. de administrat. tutor. vel curat.* Etsi enim obligatio per solutionem ipso jure extincta sit, adeòque debitori liberatio contigerit: inde tamen non protinus sequitur, quòd restitutioni in integrum locus ampliùs non relinquatur. Contrarium quippe arguit *totus tit. C. si adversus solutionem, &c.* in quo necessariò præsupponendum est, solutionem ritè ac legitimè esse factā, eàmque obligationem ipso jure esse dissolutam. Nam alioqui restitutioni in integrum locus non foret, utpote quæ dari non assolet, nisi adversus ea, quæ jure valuerunt, effectumque habuerunt. *l. in causa. 16. §. 1. ff. de minorib.*

51 Minùs conclusionem nostram evertit, quòd cum tutoribus, tanquam personis minimè suspectis, regulariter non malè contrahatur, etiamsi non sint solvendo. *l. illud quæritur. 4. in fine ff. de evictionib l. cùm plures. 12. §. 1 ff. de administrat. & peric. tut.* ac proinde quòd rectè & consultè cum pupillo, tutore auctore, gestum fuerit, per restitutionem in integrum non rescindatur. *Licèt* enim cum tutoribus & curatoribus, cùm non sint personæ suspectæ, contrahere fas sit: si tamen cum illis quid factum & contractum, aut negocium aliquod initum sit, ex quo minor sive pupillus damnum aut læsionem sentiat: restitutio in integrum adversus id, quod vel cum tutoribus & curatoribus, vel cum minoribus, tutorum & curatorum auctoritate accedente, gestum est, ipsis minorib. competit. Hoc siquidem evidenter probat. *l ultim. & totus tit. Cedic. si tutor vel curator intervenerit.*

52 Multò minùs emedullat assertionem nostrā, quòd unaquæque res pereat domino, & periculo domini. *l. quæ fortuitis. 6. Cod. de pignor. act. l. si ex legati causa. 23. ff. de verb. obligat. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. quod te mihi. 5 ff. de reb. credit. si cert. pet.* Iam verò pecunia tutori soluta, in ejus quodammodo dominium transit. Ergo pariter pecunia posteà deperdita,
periculo tutoris incumbet. *Etenim* respondetur per
negationem consequentiæ. Primò enim quòd tutori 53
non pereat pecunia, vel inde manifestum efficitur, quòd ipse non est dominus rerum pupillarium, sed quasi dominus, vel domini loco, scilicet quoad administrationem, non verò ulteriùs. *l. interdum fur. 56. §. qui tutelam. 4. ff. de furtis l. tutor. qui. 27. ff. de administrat. & peric. tutor.* Deinde licèt pecunia tutori ipsi, nomine pupilli, soluta pereat; ita ut pupillo adversus eum actio detur: non tamen ex eo consequens est, eidem pupillo adversus debitorem, ad rescindendam solutionem, non dari in integrum restitutionem, *argum. d.l ultim. Cod si tutor vel curator intervenerit.*

Minimè omnium sententiam nostram turbat *l. ve-* 54
rum. 11. §. item non restituetur. 4 ff. de minorib. 25. annis. ubi expressè scriptum est, eventum damni restitutionem non indulgere, sed inconsultam facilitatem. Si ergo restitueretur minor, ad eam ipsam pecuniam iterum exigendam, cujus solutionem jam semel, curatore auctore, accepisset, sive casu aliquo fortuito, sive ob minoris facilitatem, pecunia deperdita proponeretur: eventus damni, non inconsulta facilitas, restitutionem indulgeret. *Respondetur enim*: quando dicitur, minorem adversus solutionem, tutoris vel curatoris auctoritate factam, restitui, semper præsupponi, quòd facilitate & imbecillitate judicii damnum acceperit minor ex solutione istâ: eò quòd judicii imbecillitate vel malè consumpserit, vel perdiderit pecuniam: id quod etiam probandum minori incumbit. *d.l. ait prætor. 7. §. non solùm. 3. in fine. ff. de minorib. l. nam posteaquam. 9. §. si minor. 4. ff. de jurejurando.*

Prædictam insuper conclusionem nequaquam he-
betat *l. solutam. 49. vers. tutori quoq; ff. de solutionib.* 55
ubi Marcianus scribit; proficere debitori solutionem, si pecunia soluta sit tutori, vel curatori. Si igitur ejusmodi solutio debitori proficit: adversus debitorem restitutio in integrum impetrari non poterit. *Nam respondemus*, consequentiā negando. Quamvis enim solutio, tutori facta, prosit & proficiat debitori ad liberationem: haud tamen ex eo consequitur, adversus eundem debitorem, pupillo læso, in integrum restitutionem non accommodari. Equidem adversus illos solummodo act^9, qui ipso jure efficaces fuerunt, prætor in integrum restitutionem concedit: quoniam ad ea, quæ jure non valuerunt, frustrà in integrum restitutio daretur, *d.l. in causa. 16. §. 1. ff. de minorib. 25. annis.*

Præterea non convellit opinionem nostrā, quòd 56
iniquè cogeretur debitor solvere, si adversus eum, tutori solventem, daretur restitutio in integrum. Atqui debitor pupillaris tutori, aut pupillo, auctoritate tutoris interveniente, solvere cogitur. *d.l. ait prætor. 7. §. 2. ff. de minorib. 25. an l. contra juris. 28. in princ. ff. de pact. d.l. pupillo. 15. ff. de solutionib. cum concordantibus.* Igitur adversus eum restitutio in integrum non tribuitur: cùm nihil quicquā ei imputari possit, quòd solverit. *Respondetur etenim*: debitorem quidem cogi solvere, sed non cogi, ut solvat sine judicis cognitione

jussu atque decreto: id quod evidentissimè cautum
est *in d. l. sancimus.25. Cod. de administrat. tutor. vel
curat. & d. § nunc admonendi 2. supr. quibus alienare
licet, vel non.* Quòd si hoc salutari medio, à jure sibi
subministrato, non usus fuerit debitor; sed sine judi-
cia'i sententiâ solverit: utique non habet, quòd de ullâ
iniquitate conqueratur, si quid detrimenti inde passus
fuerit: cùm hoc universum sibi potiùs imputare de-
beat. *Hilliger. d. lib.16. cap.10. lit. F. pag.1483.*

57 Ad extremum, supra positam conclusionem neuti-
quam destruit, quòd qui potest exigere, idem & libe-
rare possit, *argum. l. rescriptum.10 § ult. & l. seq. ff. de
pact. & l. vero procuratori.12. ff. de solutionibus.* Sed
tutori, vel pupillo, tutore auctore, permissum esse de-
bitum pupillare exigere, non dubitatur. Ideòque
etiam illi solutionem exigendo & accipiendo liberare
possunt. Hoc, *inquam*, conclusionem nostram neu-
tiquam destruit. Quia liberaliter & ultrò concedi-
mus, tutorem accipiendo debitum liberare posse: in-
de verò haud quaquam sequitur, quòd adversus hanc
liberationem in integrum restitutio læso pupillo non
detur, *ut ex supra dictis clarescit. Et ita respondet D.
Hunnius d. lib.3. var. resolut. jur. civ. tractat. 8. quæst.
7. circa finem.* Hæc de creditoribus ipsis; quibus ri-
58 tè solvatur. Planè & heredibus creditorum rectè sol-
vi indubitatum est: cùm in jus obligationis succe-
dant. *l. heredem.59. & l. hereditas.62. ff. de reg. jur.* Et
si plures sint, pro parte hereditariâ cuique solutio fiet.
Vnde si major pars heredum interpellet, & depositum
repetat: consultiùs facturum eum putamus, qui ma-
gistratûs jussu interveniente solvat. *l. si stipulatus sim.
81. § 1. ff. de solution. Brisson lib.1. de solut. p.223. edit.1.*

59 Pro creditoribus habentur, eorumq; loco sunt, tu-
tores, curatores, procuratores, filiifamilias peculium
habentes, & servi actores: quibus an, & quando re-
ctè solvatur, breviter cognoscendum. Rectè autem
tutoribus solvi, liquet *ex l. quòd si forte.14. § 1.3.4.5. &
6. ff. de solution.* quia hi dominorum loco, circa re-
rum pupillarium administrationem, habentur. *d. l.
tutor, qui.27. ff. de administrat. & peric. tutor. l. qui
fundum.7 § si tutor ff pro emptore. d. l. interdum.56.
§. qui tutelam.4. ff de furt. l. is, qui in puteum 11. § an
ignoscitur.7. ff. quod vi aut clam.* Eadem ratio est in
curatore: sive minori, sive furioso, vel prodigo, vel
muto, vel surdo, vel cœco datus fuerit. Nam & huic
rectè solvitur, quamdiu administrandi potestatem ju-
re concessam habet. *d. l. quòd si 14. § curatori 7. l. so-
lutam.49 vers. tutori quoq; & l. servus.68 ff. de solu-
60 tionibus.* Procurator potiò vel verus est, vel falsus: &
verus aut generalis, aut specialis. Vero & generali
procuratori rectè solvi, etiam absque ratihabitione
domini, non valde ambigitur. *l. si procurator. 6. § Cel-
sus ff de condict. indebit d. l. rescriptum.10 § fin. jun-
ctâ l. seq ff. de pact l. qui hominem.34. § si Titium. 3. ff.
de solutionibus.* Speciali procuratori, de certo debito
exigendo mandatum habenti, illud ipsum debitum,
non aliud, ritè solvitur: alioqui fines mandati procu-
rator excederet: quos tamen diligentissimè custodi-
re debet. *l. diligenter.5. in princ. l. potest.41. ff. manda-
ti. d. l. vero procuratori.12. in princ. ff. de solutionibus.*

Hinc procuratori ad lites dato, nec ante, nec post rem
judicatã, rectè solvi regulariter, responsũ est. *l. hoc jure
utimur. 86. ff. eod. & l. si procurator 28. ff. de procurat.* 61
Falso item seu putativo procuratori, seq; sine mandato
alienis negociis offerenti, non rectè solvitur: & solvẽtes
ei, à creditore non liberantur *d. l. qui hominem.34. § si
nullo.4. l. si quis offerenti.58 ff. de solut.* Hujusmodi
tamen solutio convalescit duobus casibus. I. Si ad
creditorem pecunia, falso procuratori data, pervene-
rit. *l. debitores.28 d. l. qui hominem.34. § si prædo.9.
ff. de tit.* II. Si Dominus illam solutionem ratam ha-
buerit. *d. l. vero.12. § ult. d. l qui hominem.34. § si ge-
ner. 6. d l. solutam. 49. & d. l. si quis offerente. 58. ff.
eodem.* Servis actoribus, quos credendis & exigendis 62
pecuniis domini præposuerunt, non minùs, quàm
ipsis procuratoribus, & cæteris solvi potest. *l. quod ser-
vus.35. d. l. solutam.49 l. si is, cui. 94. § ultim. ff de so-
lutionib.* idque tamdiu, quamdiu vel revocatione, vel
domini morte, mandatum scientibus debitoribus non
fuerit finitum. *d. l. vero.12. § 2. l. si quis.18. l. si servus.
32. d. l. qui hominem.34. § si Titium.3. l. si dispensato-
ri.51. & l. si cùm.82. ff. eodem.* Idem juris esse cense-
mus in filiis familias & servis, peculium habentibus.
Nam quia ejus administratio hoc importat, ut pecu-
nias credere, & creditas rursus exigere à debitoribus
peculiaribus possint: solvere quoq; iisdem debito-
res poterunt. *l. fugitivus.19. d. l. si servus. 32. d. l. quod
servus 35. ff. de solutionib. Donell. d. lib 16. Commentar.
de jur. civ. cap 10. pag.658 & seq.*

Cæterum potestas alii solvendi datur à creditore 63
debitori, vel sine, vel cum stipulatione. Priori casu
simpliciter alii solvere debitores jubentur, puta man-
dantis creditori, vel futuro debitori, vel ei, cui donatu-
tus est, vel servo, &c *d. l. soluta 49. & l. cùm jussu. 64.
ff. de solutionib.* Posteriori casu facultas debitori con-
ceditur hoc modo. *Mihi aut Titio dare spondes?* Qui
adjectus contractui solutionis gratia appellitatur. Et 64
rectè cuicunque solutionis causa in contractu adjecto
solvitur; nullâ nec ætatis, nec statûs vel conditionis,
nec scientiæ aut ignorantiæ creditoris ratione habitâ,
nec considerato, eâdemne mente, quâ creditor velit, an
aliâ, solutionem adjectus recipiat. *§ si quis alii. 4. vers.
planè supr. de inut. lib. stipulat. l. stipulatus sum. 9. in
princ. l quod stipulatus.10. l si stipulatus.11. d. l. vero.
12 § 1. d. l. qui hominẽ 34. § si debiterẽ 7. l. Stichũ. 95. §.
quæsitũ. 5. ff. de solutionib. l. eum, qui.56 § qui tibi. 2. ff.
de verb. oblig. Brisson. d. lib.1. de solutionib. p.220 & seq.
edit.1.* Quid autẽ dicendũ, si solutionis gratiâ adjectus 65
statum suum & conditionem ante solutionem mutâ-
rit: nunquid ei rectè solvi poterit, sic ut promissor so-
lutione liberetur? Et (repudiatâ opinatione Antonii
Fabri *lib.3. conjectur jur civ. cap.10.* qui Julianum &
Papinianum implacabiliter ab Africano dissentire con-
tendit) illis subscribendum arbitror, qui circa propo-
sitam quæstionem ita distinguunt: ut, si status adie-
cti post stipulationem mutatus fuerit in deterius, velut
si maximam vel mediam capitis diminutionem pas-
sus, libertate aut civitate privatus fuerit; ei ampliùs
solvi nequeat, *l. cum quis.38. in princ. ff. de solutionib:*
ubi Africanus perspicue loquitur, de illo adjecto, cujus
status

status in deterius fuerit mutatus: ut qui adoptatus fuerit, cui aquâ & igni interdictum fuerit, quique servus fuerit effectus. Sin verò adjecti conditio vel status in melius sit mutatus, puta si emancipatus fuerit, rectè ei solvi queat *d. l. eum, qui. 56. §. qui sibi. 2. ff. de verb. obligat.* ubi Julianus loquitur de eo, cujus status quidem fuit mutatus, sed in melius, hoc est, qui emancipatus fuit: & huic rectè solvi posse affirmat.

66 Ideoque quòd à Papiniano scriptum est *in d. l. Stichum 95. § usumfructum. 6. ff. de solutionibus.* cùm quis usumfructum sibi aut Titio dari stipulatus est, Titio capite diminuto, facultatem solvendi Titio non intercidere, ad eandem speciem, quâ deteriore loco non sit adjectus constitutus, restringendum videtur. Et isthæc distinctio, ex mente & proposito stipulantium sumpta, manifestâ ratione confirmatur. Nam qui stipulantur, sibi aut Titio dari: idcirco in Titii personam solutionem conferunt: quia id agunt, ut Titio datum postea ad se recipiant: & sciunt, quo statu nunc est Titius, se facilè ab eo consequi posse. Ex quo intelligitur, hunc quoque eorum animum esse, ut tamdiu solvatur Titio, quamdiu à Titio rectè recipere solutum possunt. At Titio in duriorem causam capite minuto, puta si libertatem amiserit servitute: si civitatem deportatione; si familiam arrogatione; aut definit esse Titii conveniendi copia, quæ prius fuerat: aut si conveniri potest, desinit esse solvendo: quia in bonis nihil habet. Quòd si in meliorem causam status Titii mutatus est, ut quia ex filiofamilias sui juris factus est; hic contra evenit, ut creditor ab eo citius solutum accipiat: cùm pro conditione personæ & faciliùs conveniri possit, & citius habere, quod creditori solvat. *Ita bene docent & sentiunt Donellus d. lib. 16. Commentar. de jur. civ. cap. 10. pag. 661. Broncherst. cent. 4. ἐναντιοφανῶν assert. 64. Hunnius d. libr. 3. var. resolut. tract. 8. quæst. 4. Vultejus lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 53. numer. 48. & seqq. Hœnon. disput. 17. ad Instit. controversf. 25. & Treutler. disput. 29. thes. 3. ad lit. A. volum. 2.*

67 Quintò & ultimò restat, ut vim & effectum solutionis, rectè factæ, consideremus. Est autem ille, ut per eam omnis obligatio, sive ea sit naturalis, sive civilis; sive re sit contracta, sive verbis, sive consensu; sive denique sit principalis, sive accessoria, ut usuraria & fidejussoria, ipso jure perimatur, *hoc princ. nostr. l. si fidejuss 59. ff. de cond. indebit. l. si pupil. 21. in princ. ff ad leg. Falcid l. in omnib. 43. cum l. seq. l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff. de solutionib. l. creditori. 5. Cod. de pactis.*

68 Si igitur reus seu debitor principalis solverit: non solùm ipse liberatur, sed & fidejussor: ut & pignora, ac hypothecæ. *d. l. in omnibus. 43. ff. de solutionib.* Et contra, si solverit fidejussor: etiam reum ab obligatione, quâ creditori tenetur, liberari non dubitatur, *ut hic in fine. & l. cùm is. 36. ff. de fidejussoribus.* Ratio, cur fidejussoris solutio etiam reo proficiat, hæc est: quia solutio licet à fidejussore fiat: ipsius tamen principalis obligationis nomine fieri intelligitur. Cur autem vice versa, solutione rei liberetur fidejussor, & quoque hypothecæ atque pignora, hæc est ratio; quia sunt accessiones. *§. fidejussores ita. 5. supr. de fidejussorib. l. hi, qui accessionis. 34. ff. eodem.* quæ meritò, sublatâ obligatione principali, tolluntur. *l. nihil dolo. 129. in fine. l. cùm principalis. 178. ff. de reg. jur. cap. accessorium. 42. eod. tit. in 6.* Sed quæri hic 69 poterit: si quis pluribus ex causis unum debitum solvat, quodnam solutum potissimùm videri debeat? Et respondendum: in solventis arbitrio situm esse dicere, quod debitum potius voluerit solutum: &, quod dixerit, id solutum erit. Certam namque legem dicere ei possimus, quod solvimus. *l. 1. in princ. ff. de solutionibus. l. 1. Cod. eodem.* Quòd si debitor id non 70 fecerit: convertitur electio ad eum, qui accepit, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id constituat solutum, quod ipse, si deberet, priori loco esset soluturus, *per jura jam allegata.* Si voluntatem suam neuter expressit: siquidem ejusdem sint qualitatis, & paria cuncta debita: ex omnibus summis pro portione solutum videbitur. *l. illud. 8. ff. de solutionibus.* Sin disparia fuerint: alia videlicet controversa, alia plana: famosa alia, alia non famosa: ex causa judicati alia, alia non: cum pœnâ alia, alia sine pœnâ: puta alia, alia conditionalia: semper in duriorem & graviorem causam solutio imputabitur. *l. 3. 4. 5. & l si quid. 7. ff. d. tit. ibiq. in Paratis. Wesenbec. num. 7.* Eamq; rem copiosius pertractant *Sichardus ad d. l. 1. Cod. de solut. Donell. d. libr. 16. Comment. de jur. civ. cap. 12. pag. 672. cum seqq. & Paulus Berens disput. 12. ad Institut. them. 3. quæst. 7.*

§. *Item per acceptilationem, 1. cum §. seq.*

Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio, imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere: *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* & Titius respondeat, *habeo.* Sed & Græcè potest acceptilatio fieri: dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet exigi. ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα? ἔχω λαβὼν, id est, tot denarios acceptos habes? acceptos habeo. Quo genere (ut diximus) tantum eæ solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factum obligationem, aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur, pro parte rectè solvitur: ita in parte debiti accceptilatio fieri potest.

§. 2. Est autem prodita stipulatio, quæ vulgò Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tol-

latur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est: *Quicquid te mihi ex quâcunque causâ dare facere oportet, oportebitvè, præsens, in diemvè: quarumcunq; rerum mihi tecum actio est, quæq; adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve: quodve tu meū habes, tenes, possides, dolovè malo fecisti, quo minùs possideas:* quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetnè à se acceptum Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit: Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

SVMMARIA.

1 *Acceptilatio tollendæ obligationis modus civilis est, ut solutio naturalis.*
2 *Intellectus l. an inutilis. 8. §. ult. ff. de acceptilat.*
3 *Acceptilatio unde dicta.*
4 *Acceptilationis definitio secundùm Iustinianum.*
5 *Ejusdem definitio secundùm Modestinum.*
6 *Acceptilatio cur vocetur mutua interrogatio.*
7 *Acceptilatio differt à stipulatione: & num. 28.*
8 *Definitio ista Modestini tàm ad acceptilationem simplicem, quam Aquilianam referenda.*
9 *Inter acceptilationem & apocham quid intersit.*
10 *Vt stipulatio, ita & acceptilatio, quibuscunq; verbis fieri potest.*
11 *Eo genere unumquodq; dissolvi debet, quo colligatum est.*
12 *Acceptilatione tollitur tantùm verborum obligatio.*
13 *Gallus Aquilius quis fuerit, & quas formulas prodiderit.*
14 *Acceptilatio per Aquilianam stipulationem quomodo fiat.*
15 *Verbum* causæ *latissime patet.*
16 *Verba* dare, facere, *quid importent.*
17 *Verbis* oportet, oportebitve, *&c. quid significetur.*
18 *Actio, petitio, persecutio differunt.*
19 *Meum quid sit.*
20 *Habere, tenere, possidere differunt.*
21 *Dolus pro possessione est.*
22 *Quod nostrum est, ampliùs nostrum fieri nequit.*
23 *Acceptum rogare, & acceptum ferre qui possint.*
24 *Ex uno, & pluribus contractibus, vel certis, vel incertis, & omnibus ex causis una acceptilatio & liberatio fieri potest.*
25 *Acceptilatio partim an rectè fiat.*
26 *Acceptilatio, utpote actus legitimus, purè fieri debet.*
27 *Quod in diem, vel sub conditione debetur, quatenus acceptilatione tollatur.*
28 *Acceptilatio inutilis utrùm utilo contineat pactum.*
29 *Inter stipulationem & acceptilationem differentia.*
30 *Iura promora sunt ad liberandum, quàm ad obligandum.*

SEcundus perimendæ obligationis modus, est *accepti*latio. Qui modus civilis est: ut solutio naturalis.
1 *l. verborū. 107. ff. de solutionib. l. actus legitimi. 77. ff. de reg. juris.* Solutio quippe debiti rudior planiorq; est, omnibusq; gentibus non incognita: acceptilatio exactior, subtiliorq;, & à Romanis Legumlatoribus inventa, *teste hic Eguinario Barone, & Richtero in tract. de*
2 *contractib. disput. 14. th. 3. pag. 408.* Neque obstat *l. an inutilis 8. §. ult. ff. de acceptilat.* ubi dicitur, hoc jure nos uti, ut juris gentium sit acceptilatio. *Nam* id intelligendum est non de origine & formâ, sed de usu frequenti acceptilationis: quia nimirum ita frequenter inter homines usurparetur, atque si esset juris gentium. Vnde & Græcè fieri potest acceptilatio, *ut dicitur hic, in vers. sed & Græcè & d. l. 8. §. ult. ff. d. tit. Rittershus. & Vult. hic num. 2. & D. Bocer. num. 32. cum seqq. pag. 546. Cujac. in l. 1. § fin. ff. de verb. obligat. & lib. 5. obs. cap. 36. Gœdd. in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 2. numer. 34. Arumæus Exercitat. Iustin. 16. thes. 11. Forster. jun. lib. 3. disp. 19. thes. 9. Treutler. disp. 29. th. 4. ad lit. A. vol. 2. Hænon. disp. 17. ad Instit. controvers. 27. Anton. Faber. Iurispr. Papin. tit. 2. princ. 4. illat. 1 Giphan. lib. 3. disp. 32. th. 9 & 10. ibiq; Oleman. numer. 15. & expositum ad princ. t. supr. de verb. oblig. n. 35.* Etsi autem D. Collega Bocerus *hic n. 36. pag. 547.* aliam istius rei considerationem afferre videtur: attamen illa in effectu cum hac nostrâ explicatione congruit. Nam & ipse *num. 35.* dicit: acceptilationem non quidem inventione & origine, sed usu tantùm linguarum omnium, quibus concipi potest, juris gentium dici posse. Et tamen postea *num. 36.* subjicit: acceptilationem non nisi ineptè juris gentium dici propter usum. Itane verò ineptus est D. Bocerus, ut se ipsum ineptiarum arguat? Cur ipsus sese culpat? An quia & alibi se ipsum collaudat, more scilicet illorum, quos gloria vexat inanis? *De intellectu dicta l. 8. §. ult. ff. de acceptil. videatur quoq; Bachovius hic n. 1. p. 844.* Dicta est acceptilatio, 3
ab acceptū ferendo, quòd sit confessio quasi rei acceptæ: cùm acceptū ferre dicatur, qui cōfitetur, se ab aliquo accepisse, quod non accepit. *l. ex pluribus 89. ff. de solution. l. servus. 6. in fin. ff. de manumiss. l. talis. 48. §. 1. ff. de jure dot. l. cùm & sortis 35. ff. de pignerat. action. Wesenb. hic num. 1. & Hetgius n. 3.* Illam Justinianus hoc loco breviter, & non usque adeò inscitè, describit; quòd sit imaginaria solutio. Quia non re 4
& numeratione fit, ut solutio, *de quâ jam supra in principio hujus tituli abundè dictum*: sed tantùm verbis. Debitor enim se acceptilatione liberans, nihil reverâ creditori solvit: sed verbis perinde, quasi debitum præstiterit, liberatur. *l. si ex plurib. 16. in fine principii. ff. de acceptilatione. l. non solùm autē 7. §. 1. ibi, quia acceptilat. solutioni comparatur. ff. de liberat. legatâ.* Modestinus acceptilationem definit, quòd sit 5
liberatio per mutuam interrogationē, quâ utriusque contingit ab eodē nexu absolutio. *l. 1. ff. de acceptilat.*

Mutuam vocat interrogationem, non quòd uterq;, 6
& creditor & debitor, interroget: sed quod mutuam, & subsequentem responsionem, tanquam partem prioris interrogationis, habere videatur. Hæc interrogatio & responsio in acceptilatione non est quælibet, sed ea, quæ liberationi conveniat. Acceptilatio siquidem fit liberandi debitoris gratiâ: qui finis est acceptilationis, & quo ipso à stipulatione distinguitur. Nam licèt & ea verbis fiat, per interrogationem unius, 7
& responsionem alterius: tamen non fit liberandi, sed obligandi gratiâ, illius scilicet, qui respondet. *l. stipulationum. 5. §. stipulatio. 1 ff. de verbor. obligationib.* Qua- 8
re non malè sentiunt, qui definitionem istam in genere intelligunt; sicq; tam ad acceptilationem simplicem (quæ obligationes verbis initas tollit) quàm ad Aquilianam (quæ alias quascunq; obligationes perimit) referunt.

ferunt, *Accurs. & Dd. communiter in d. l. 1. ff. de acceptilat. Trent. d. disp. 29. th. 4. lit. B & Hillig. in Donello enucleat lib. 16. c. 21. ad lit. B.* Tametsi alii repugnent; & definitionem illam Aquilianæ tantùm acceptilationi congruere arbitrentur. *Cujac lib. 5. observ c. 36. Hotom. lib. 3. observ. c. 18. Wesenbec. n. 2. Vultejus n. 4. & Borcholt. n. 1. in hoc §. nostro.* Novissimè quoque Dn. Collega Bocerus opinatur, *in Comment. ad hunc §. n. 5. p. 543.* prædictam Modestini definitionem non posse referri ad simplicem acceptilationem, tum propter illa definitionis verba, *per mutuam interrogationem:* tum etiam propter verba, *utriusq; absolutio.* Ad priora verba quod attinet: jam supra ostensum est, *nu. 6.* quomodo intelligenda sint. Posteriora verba itidem nihil patrocinantur D. Bocero: dummodò meminerimus, quòd interdum etiam creditor liberari dicatur, *ut in l. si pupilli. 6 §. 1. ibi, creditorem tuum, vel pignus tuum liberet. ff. de negoc. gest. l. 1. § sed si ab alio. 11. ibi, liberavit eum, qui in ua vis refectionem crediderat. ff. de exercit. act l. quoties. 9. §. sicut autem. 3. ibi, quia tutor se potuit liberare. ff. de administrat. & peric. tutor. & l. item si filiusfa milias. 7. §. si filius accepit 14. ibi, ut eum liberaret, qui si peteret. ff. ad SC. Macedon.* Vult igitur Modestinus: per acceptilationē contingere *utriusq;*, id est, tam debitoris, quàm creditoris, *absolutionem* seu liberationem: ut neq; debitor ampliùs conveniri possit à creditore: neq; etiam creditor necesse habeat convenire debitorem. Haud quaquam verò mens Modestini est: quòd per acceptilationem illam, quam ibi definit, à duplici nexu absolutio contingat. Nam expressè unius duntaxat nexus facit mentionem, ibi, *ab eodem nexu, &c.* quod, mirum est, Bocerum non animadvertisse. Ex hoc ipso igitur evidentissimè apparet: Modestinum nullatenus voluisse Aquilianam solummodò acceptilationem definire, utpote per quā non ab uno tantùm, sed à duplici nexu absolutio con-

9 tingat. Inter acceptilationem & apocham hoc interest: quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licèt pecunia soluta non sit: apochā non aliàs, quàm si pecunia soluta sit, *auctore Vlpiano in l. si accepto. 19 §. 1. ff. de acceptilat.* Est quippe apocha nihil aliud, quàm syngrapha sive cautio creditoris, data debitori; quā sibi solutā pecuniā creditor profitetur, *arg. l. qui tabulas. 27. §. apocha 2. ff. de furt. l. pecūia. 14. Cod. de solutionib. & liberat. Vide Althusii lib. 1. dicaeolog. c. 90. n. 13*

10 *pag. 325. & lib. 2. cap. 20 u. 14. pag 585.* Cùm autem acceptilatio in se stipulationem contineat: & stipulationes quacunque linguâ, & quibuscunque verbis, consensum & affectionem utriusque contrahentis exprimentibus, fieri possint. *§. 1. supr. de verb. obligat. l. 1. §. fin. ff. eod.* rationi consentaneum erit, idem & in acceptilatione esse receptum, *ut hic in §. 1. & d. l. an inutilis. 8. in fin. ff. de acceptilat.* Igitur cùm verbis tantummodo acceptilatio fieri possit: inde apparet, per eam illas duntaxat obligationes tolli, quæ verbis; non item, quæ re, literis, aut consensu constant, *hoc §.*

11 *1. & d. l. an inutilis. 8. §. acceptum. 3. ff. eodem.* Naturæ enim conveniens est: eo genere dissolvi unumquodque, quo & ligatum est. *l. nihil tam naturale. 35. ff. de regul. juris.* Sic quæ consensu contracta sunt: contrario consensu perimuntur. *l. prout. 80. ff. de solutionib. & audiemus in §. ultim. infr. hoc titulo.*

Quia verò acceptilatio tollit tantùm verborum 12 obligationem: excogitatus est à Gallo Aquilio, homine juris consultissimo (qui & alias formulas prodi- 13 dit; ut rationem instituendi posthumi, *l. Gallus. 29. ff. de liber. & posthum. heredib instit.* & cautionem de dolo malo, *teste Cicerone, lib. 3. officior.*) modus & forma, per quam omnes obligationes aliæ, hoc est, ex quibuscunque contractibus & causis ortæ, itidem per acceptilationem tollantur, hac videlicet ratione: ut illæ obligationes omnes per stipulationem, atque 14 ita verborum solennitatem renoventur, & postea per acceptilationem extinguantur; ut illibata maneat, & salva regula: obligationes solennitate verborum introductas, rursus solennitate verborum perimi. Et hæc ab Auctore, Aquiliana stipulatio dicitur. *§. 2. hoc tit. l. Aquiliana. 4. ff. de transactionib.* Sed formulæ 15 stipulationis Aquilianæ verba, quæ hic *in d. §. 2. & in l. & uno. 18. §. 1. ff. de acceptilat.* referuntur, expendamus accuratiùs. In eâ ita legitur: *Quidquid te mihi ex quacunque causâ.* Verbum *causa* latissimè patet & omnes omnino actionum causas complectitur, non solùm obligationes tam ex delicto vel quasi, quàm ex contractu vel quasi, ex quibus actiones in personam descendunt; verùm etiam causas actionum 16 in rem, vel mixturam, *argum. l. certi condictio. 9. in princ. ff. de reb. credit. si cert. petet.* Hæc duo verba, *dare facere*, plerunque ita sine conjunctione usurpari solent. *l. si à colono 89. l. qui Romæ. 122. §. 1. ff. de verb. obligat. l. duo societatem. 71. ff. pro socio l. cùm rem. 11. ff. rem pupilli salv. fore. l. emptor. 27. ff. de novationib. & apud Ciceron. d. lib. 3. officior.* quemadmodum & hæc: *uti frui, ire agere, agi fieri, dare legare*, aliaque nonnulla. *l. 1. §. 1. ff. quod cujusq; universitat. nomine, &c. l. 1. ff. ad leg. Falcid.* Quæ duo verba in actionum formulis usitata sic interpretanda sunt, ut quamvis soluta sint, pro separatis tamen accipiantur, & quod vis sive alterutrum eorum sufficiat probare. *l. sæpe. 53. ff. de verb. significat.* faciendique appellatione omnis omnino faciendi causa comprehendatur; nempe solvendi, dandi, numerandi, judicandi, reddendi, ambulandi. *l. faciendi. 175. & l. verbum facere. 18. ff d. tit.* Sequuntur hæc verba: *oportet, oportebit ve, præsent, 17 in diem vè.* Quibus verbis indicatur: hac formulâ contineri obligationes tàm puras, & præsentes, quàm in diem, vel sub conditione. *l. quod in diē. 12 ff. de acceptilat. l. sub conditione. 16. ff. de solutionib.* Nam verbo, 18 *oportet*, præsens tantùm debitum; verbo, *oportebit*, utrumq;, id est, tam præsens, quàm futurum, demonstratur. *d. l. si à colono. 89. ff. de verb. obligat. l. si scripsisset. 46. ff. de legat. 2 l verbū oportebit. 8. ff. de verb. significat.* Subduntur & ista: *Quarumcunq; rerum mihi tecum actio, quæq; adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve.* Actio propriè in personam est: petitio in rem: persecutio ad extraordinarias magistratuum cognitiones pertinet. *l. actio. 28. ff. de obligat. & actionib. l. pecunia verbum. 178. §. actionis. ff. de verb. significat.* Sensus ergo est: quidquid actione in perso- 19 nâ consequi, vel vindicare, vel magistratu cognoscente

extra

extra ordinem persequi potes. *Brisson. lib. 2. de solutionib. pag 258. edit. 1.* Adjicitur insuper in eàdem formulâ; *Quodve tu meum habes, tenes, possides.* Meum
20 est, cujus vindicandi jus habeo *l. Quintus 27. §. 2. ff. de aur. & arg. legat.* Meum est & id, cujus proprietas ad me spectat, licet alienus sit ususfructus. *l. rectè dicimus. 25. ff. de verb. significat. l. 2. ff. de conditionib. institution.* Habere, plerunque ad jus refertur: tenere propriè ad merum factum: possidere, ad factum jure mixtum: ut dominus fundum habet: possessor bonæ fidei eum possidet: & fructuarius tenet, *l. habere. 188. ff de verb. signif. l. stipulatio ista. 38 §. hac quoq; cum duob. §§. seqq. ff. de verbor. obligat.* Apponuntur & il-
21 la: *dolove malo fecisti, quo minus possideas.* Quia dolus pro possessione est: adeò, ut qui dolo desiit possidere, pro possessore habeatur. *l qui dolo. 131. l. parem. 150. l. ad ea. 157. § 1. ff. de reg. jur.* Ait præterea formula: *quanti queq; earum rerum res erit, &c.* Nam & cum realibus actionibus stipulatio quoque hæc ac-
22 commodetur: certè rem nostram nobis stipulari non possumus, nisi æstimationem ejus complectamur: cùm quod nostrum est, ampliùs nostrum fieri nequeat. *§. 2. ibi, vel rem suam. supr. de inutilib. stipulat. l. nemo. 82. ff de verb. obl. §. sed si rem. 10. supr. de legat. & §. sic itaq; discretu. 14. infr de actionib. Baro & Heigius hic numer. 11.* Illa demum nomina, *Aulus Agerius, & Numerius Negidius,* exempli loco ponuntur, ut aliàs solent Cajus Sejus, Lucius Titius, Sempronius, &c. *l. tutor. 41. §. ultim. ff. de usur & nota. Rittershusius hic circa finem.* Quanquam autem multa, in isthac Aquilianæ stipulationis formulâ, verba exprimuntur: non tamen opus est, creditorem omnibus verbis in ea comprehensis sic uti, ut hic referuntur: sed satis est, ipsum de suâ obligatione interrogare. Quid enim, si tantùm facere, vel dare teneatur? utique sanè frustra comprehenderetur. Verum Gallus Aquilius verbis tam latè patentibus eam formulam ideo concepit: ne scilicet ullum genus obligationis, ex quacunque causâ proveniens, prætermissum videretur; *ut bene hic fine Mynsingerus docuit.*

23 Porrò acceptum rogare ii duntaxat possunt, qui debent: & acceptum facere sive ferre & habere, quibus debetur. Itaque procurator, tutor, curator, & similes, non rectè alieno nomine acceptum faciunt, aut rogant: nisi novata priore, & in personam rogantis transfusâ obligatione. *l. & per jusjurandum 13. §. tutor 10 ff. de acceptil. ibiq; Wesenbec. in paratit. nu. 3. l. pactum. 22. C. de pact. Brisson. d lib. 2. de solutionib. post principium. Gœdd. in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 12. conclus. 3. num. 27. Cujac. lib. 5. observat. cap. 36. & lib 15. c. 16. Vult. lib. 1. Iurisprud. Rom. cap. 55. numer. 10. cum seqq Donell lib. 16. Commentar. de jur. civ. cap. 21 pag. 734. Giphan. lib. 3. disp. 32. th. 12. ibiq; in suis notis Oleman. num. 17. & seqq.* Eadem de re vide Horomanum *lib. quæstion. illustr. cap 34. & lib amicabil. respons. cap. 30.* Antonium Fabr. *lib. 2. semestr. cap. 22.* hosque referentem D. Bocerum *hic num. 8. & seqq. pag. 344.* nec non Philippū Knipschildt *exercitat. Acad. 13 quæst. 6. p. 462 & seq.*
24 Sanè & ex uno, & pluribus contractibus, vel certis, vel incertis, vel quibusdam, exceptis cæteris, & omnibus ex causis una acceptilatio & liberatio fieri potest. *d. l. & uno. 18. in principio ff. de acceptilat.* Quin etiam 25
sicut quod debetur, pro parte rectè solvi, volenti scilicet creditori, potest, *per ea, quæ tradidimus suprà ad principium tit. quib. mod. re contrahit. obligat. n. 126. & seqq.* ita & quod debetur, ex parte tolli posse acceptilatione, expediti juris est, *hoc §. nostro 1. in fin. l. pars stipulationis. 9 l. sed & si 10. & l qui hominem. 17. ff. de acceptilat.* modò debitum divisionem recipiat. *d l. & per jusjurandum. 13. § 1. & 2 ff eodem. Bachovius hic num. 4 pag. 846. & seq.* Præterea accep- 26
tilatio purè fieri debet: quoniam in diem vel sub conditione, cùm actus sit legitimus, fieri nequit, *l 4. & 5. ff. de acceptilat. l. actus legitimi. 77. ff. de regul. jur. Arumaus exercitat. Inst. 16. thes. 12.* tametsi id, 27
quod in diem, vel sub conditione debetur, acceptilatione tolli possit, *l. quod in diem 12. l. si sub conditione. 21. ff. de acceptilat. l sub conditione. 16 ff de solutionib.* in eum casum, si postea conditio existat, vel dies eveniat. *d. l si sub conditione. 21 ff de acceptilat.* Sed illa conditio & illa dies insunt ex ipsâ re: non autem acceptilationi *l. interdum. 73 ff. de verbor. obligationib.* Quod genus diei vel conditionis tam quoad effectū, quam multa alia, longè distat à conditione & die, ipsâ conventione & obligatione comprehensis: *ut colligere licet ex d. l interdum. 73. ff eod. & notat Gœddæus d. cap. 12. conclus 3. numer 26.* Illud tandem hîc obi- 28
ter monendum: quòd acceptilatio inutilis utile contineat pactum, ejusque vim habeat. *l. si unus 27. §. penult ff. de pact. d. l. an inutilis. 8 in princ. ibi. & nisi in hoc quoq; contrà sensum est, habet pact. & l. si accepto. 19. in princ. ibi, vel pacti conventi. ff. de acceptil.*

Nec obstat, quòd acceptilatio fiat per stipulatio- 29
nem, *argum. l. 1. & d l. an inutilis. 8. §. 3. ff. d. tit.* Inutilis verò stipulatio non producat utile pactum, *l. 1. §. si quis ita 2 ff. de verbor. obligation.* Nam respondendum: discrimen evidens esse inter stipulationem & acceptilationem. Illa quippe obligationem parit: hæc liberationem, *hoc §. nostro. & d. l. 1. ff. de acceptilat.* Jura autem proniora sunt ad liberandum, quàm ad 30
obligandum, si ulla sit occasio. *l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & actionib & expositum jam suprà ad principium tit. de verb. obligat. num. 41. & seqq.* Atq; ita sentiunt *Donellus & Cujac. in d. l. 1. §. si quis ita. 2. ff. d. tit. Gœddæus in l. natura cavillationis. 177. num. 2. ff. de verb. significat. & d. Comment. d. contrah. & commit. stipulat. cap. 3. conclus. 13. num. 201. Iul. Pacius in epit. jur. disput. 15 thes. 30. D. Bocer. class. 4. disput. 19. thes. 113. edit. 2 Arumaus d. exercitat. Instit. 16. thes. 13. D. Rümelin. exercitat. 16. ad Institut. thes. 9. sub lit. b. pag. 151. Borcholt. in Comment. ar. de verbor. obligat. cap. 1. num. 16. Andreas Gerhardi decad. 16. quæst. 7. Matth. Steph. cent. 3. quæst. 97. Knipschildt d. exercitat. 13. quæst. 7. pag. 463. cum seq. Roberus disput. 18. thes. 9. & Forster juntor. lib. 3. disputat. 19. thes. 11. ubi Accursium, Duarenum, Zasium, & Gothofredum dissentientes allegat.*

§. Præ-

§. *Praterea novatione. 3.*

Præterea novatione tollitur obligatio: velutiſi id, quod tibi Sejus debebat, à Titio dari ſtipulatus ſis. Nam interventu novæ perſonæ nova naſcitur obligatio, & prima tollitur, translata inpoſteriorē: adeò, ut interdū, licèt poſterior ſtipulatio inutilis ſit, tamē prima novationis jure tollatur: velutiſi id, quod tu Titio debes, à pupillo ſine tutoris auctoritate ſtipulatus fuerit: quo caſu res amittitur. Nā & prior debitor liberatur, & poſterior obligatio nulla eſt. Nō idē juris eſt, ſi à ſervo quis fuerit ſtipulatus. Nam tūc prior perinde obligatus manet, ac ſi poſtea nullus ſtipulatus fuiſſet. Sed ſi eadem perſona ſit à quā poſtea ſtipuleris: ita demum novatio fit, ſi quid in poſteriore ſtipulatione novi ſit: fortè ſi conditio, aut dies, aut fidejuſſor adijciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, ſi conditio adiiciatur, novationem fieri: ſic intelligi oportet, ut ità dicamus factam novationem, ſi conditio extiterit: alioqui ſi defecerit, durat prior obligatio. Sed, cùm hoc quidem inter veteres conſtabat, tunc fieri novationem, cùm novandi animo in ſecundam obligationem itum fuerat: per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri: & quaſdam de hoc præſumptiones alii in aliis caſibus introducebant: ideo noſtra proceſſit conſtitutio, quæ apertiſſimè definivit, tunc ſolùm novationem prioris obligationis fieri quoties hoc ipſum inter contrahentes expreſſum fuerit, quòd propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioquin & manere priſtinam obligationem, & ſecundam ei accedere ut maneat ex utrâque causâ obligatio, ſecundùm noſtræ conſtitutionis definitionem, quam licet ex ipſius lectione apertiùs cognoſcere.

SVMMARIA.

1 *Novatio quid, & unde.*
2 *Solutio in quo differat à novatione.*
3 *Novatio duplex: voluntaria, & necessaria.*
4 *Divisio iſthac defenditur.*
5 *Delegatio eſt ſpecies novationis.*
6 *Quatenus novatio, quatenus item litis conteſtatio præcedentem obligationem novet.*
7 *Quæ ſit litis conteſtationis natura.*
8 *Novatio voluntaria differt à novatione neceſſariâ.*
9 *Iudicatum quatenus novet obligationem priorem.*
10 *Actor litem conteſtando non deteriorem, ſed meliorem facit conditionem ſuam.*
11 *Nulla novatio ſine animo novandi procedit.*
12 *Actio quid ſit.*
13 *Iudicium redditur in invitum.*
14 *Litis conteſtatio quo animo fiat.*
15 *Novatio neceſſaria quæ ſit: item quæ voluntaria.*
16 *Novatio voluntaria biſariàm fieri ſolet.*
17 *Delegatio quomodo fiat.*
18 *Novatio fieri nequit, niſi aut nova perſona interveniat, aut aliquid novi in poſteriore ſtipulatione adjectum ſit, vel detractum.*
19 *Obligatio inutilis quæ hoc loco dicatur.*
20 *Pupillus infans ne naturaliter quidem obligatur.*
21 *Servus jure civili perſonam non habet.*
22 *Quæ obligationes novari poſſint.*
23 *Dies incertus pro conditione eſt.*
24 *Utrùm novatio locum habeat ſaltem in principali obligatione, an etiam in fidejuſſione.*
25 *Regula ſtandum eſt, donec de exceptione doceatur.*
26 *Quo caſu fidejuſſor per novationem non liberetur.*
27 *An præcedens obligatio pœnali ſtipulatione novetur.*
28 *Qualibet ſtipulatio à fine ſuo æſtimatur.*
29 *Pœnalis ſtipulatio eſt acceſſoria ad principalem.*
30 *Quod in alicujus favorem introductum eſt, in odium ejus converti non debet, & vice verſa.*
31 *Mens & ſententia l. 1. §. item ſi ita. 8. ff. ad leg. Falcid. l. 1. ff. de penu legat. & l. ſi penum. 24. ff. quando dies legatorum, &c.*
32 *Novatio quid ſit.*
33 *Tacita vel expreſſa legati ademptio non eſt obligationis transfuſio.*
34 *Diſpar legati & ſtipulationis ratio.*
35 *Intellectus & explicatio l. obligationum ferè. 44. §. fin ff. de obligat. & actionib.*
36 *Promiſſor facti præſtando intereſſe liberatur.*
37 *Non aliter hodie ſit novatio, quam ſi novare ſe velle contrahentes nominatim ac ſpecialiter exprimant.*
38 *Verus intellectus l. qui uſumfructum. 58. §. fin. ff. de verb. obligat.*
39 *Conſideratio. l. aliam cauſam. 29. ff. de novationib.*
40 *Senſus l. ſi rem. 31. §. 1. ff. de novationib.*
41 *Sententia l. 2. l. ſi ita fuero. 6. ff. d. tit. & ſimilium.*
42 *Nunquid ex præſumptionibus & conjecturis veriſimilibus jure novo induci novatio poſſit.*

TERTIVS modus, quo obligationes ab initio rectè contractæ ipſo jure diſſolvuntur, eſt *novatio*. 1 Cujus nobis ex Vlpiano in hæc verba definitio proponitur: Novatio eſt prioris debiti in aliā obligationem vel civilem vel naturalē transfuſio atque translatio. Hoc enim modo prior quidem obligatio perimitur, ſed ſimul alia nova conſtituitur: unde & nomen accepit. *l. 1 ff. de novationib. & delegationib. ibiq; Bartol. Sebaſtian. Medic. in tract. de novat. quæſt. 1. & 2. part. 1. Gœdd. in Comment. de contrah. & committ. ſtipulat. cap. 5 concluſ. 7. num 49. & ſeqq. ubi definitionem hanc exponit fuſiùs.* Differt igitur 2 ſolutio à novatione: quòd per illam ita diſſolvitur obligatio, ut nulla omnino remaneat: per hanc ita, ut eam ſublatam excipiat & ſubſequatur alia. *d. l. 1 ff. eod. Vult. lib. 1. Iuriſprud. Roman. cap. 56. num. 1. Richter in tract. de contractib. diſput. 14. lib. 4. pag. 408. & ſeq.* Dividitur novatio in voluntariam, quæ fit extra judicium, per ſtipulationem, *de quâ hic*: & non voluntariam, ſive (*ut vulgò loquuntur*) neceſſariam, quæ fit 3 in judicio, per litis conteſtationem. *l. aliam. 29. ff. de novat. ubi Weſenbec. in paratit. numer. 3. & 4. Petrus Gregor. lib. 21. Syntagm. jur. univerſ. c. 20. num. 2. Donell. ad rubr. Cod. de novat. & delegat. num. 5. & lib. 16 Commentar. de jur. civ. c. 20. pag. 728. ibiq; Hilliger. in*

suis notis: lit. B. & C. Speculator. lib. 4. part. 3. tit. de obligat. & solut. numer. 24. vers. & dicitur hac, &c. Duaren. in Comment. de novat. cap. 1. Gœdd. d. Comment. de contrah. & commit. stipulat. capit. 5. conclus. 8. numer. 70. & seqq. D. Becer. class. 4. disput. 19. thes. 96. & in hoc §. num. 3. cum seqq. pag. 150. Althus. lib. 2. dicaolog. c. 19. num. 5. pag. 582. Schegk. in delibat. jur. disput. 20. thes. 13. lit. B. Treutler. disput. 29. thes. 5 lit. D. Wegner. disp. 13. ad Instit. thes. 8 lit. B. & E. Voluntariam quandam novationem esse, inter omnes convenit, *propter textum expressum in d. l. aliam. 29.*
4 *ff. de novat.* Sed esse quandam non voluntariam seu necessariam, negat Accursius *ad l. ult. post princip. super verb. si enim novatur. Cod. de usur. rei judicat.* & Brissonius *lib. 2. de solution. sub tit. de novatione. vers. novatio per stipulationem fit. pag. 268.* Verùm divisionem istam vulgarem esse verissimam, nec ab Interpretibus confictam, patet evidenter *ex d. l. aliam. 29. ff. de novat.* ubi dum Paulus aliam novationem statuit voluntariam: sequitur inde, quòd alia non sit voluntaria, sive necessaria. Frustrà enim aliâs adderetur in istâ lege verbum *voluntaria*, si non distinctionis gratiâ adderetur. Deinde *in eâdem l. 29.* novationi voluntariæ opponitur judicium acceptum sive litis contestatio. Atqui frustrà hæc fieret oppositio, si litis contestatio non foret quædam novatio. Accedit textus apertus *in l. delegare. 11. §. 1. ff. de novationib.* ubi dicitur, delegationem fieri vel per stipulatio-
5 nem, vel per litis contestationem. Delegationem autem speciem esse novationis colligitur *ex hoc §. nostro,* & ibidem notat Mynsinger. *num. 2.* Ergo & litis contestatio quædam novationis species rectè statuitur. Et ita hanc quoq; sententiam tuetur D. Hunnius *lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tractat. 8. q. 9* nec non D. Besoldus *in delibatis juris ex lib. 46. ff. q. 2. pag. 177. & seq. Adde Bachovium hic n. 2. & 3. pag. 849.*

6 Cui non obstat, quòd novatio præcedentem obligationem tollit, & novam constituit. *d. l. 1. ff. de novat.* At litis cōtestatio nullam obligationem tollit. *l. fundum. 28. vers. nec si litem actor. ff. eod.* sed potiùs obligationem firmat atq; corroborat, eamque, quæ aliâs temporalis erat, perpetuat. *l. omnes actiones. 139 ff. de reg. jur.* Proinde litis contestatio non potest dici novatio. Hoc, *inquam,* non obstat. Quamvis enim litis contestatio priorem obligationem non novet, quoad substantiam & materiam, prout voluntaria novatio essentiam obligationis mutat: novat tamen quoad formam: quoniam ex temporali facit perpetuam; sic ut illa, quæ tempore erat peritura, fiat perpetua, & non nisi 30 annorum præscriptione extinguatur. *§. 1 in fine infr. de perpet. & temporal. actionib. l. 1. & 2. Cod. de annali exceptione, &c.* atque illa, quæ morte rei peritura erat, nec in heredes ipsius transitura, in heredes transeat. *l. omnes. 26. l. constitutionibus. 33 l. sciendum. 58. ff. de obligat. & action. l. pœnalia. 164. ff. de reg. jur. l. unic. C. ex delictis defunctor. in quantum heredes conveniantur.* Deinde litis contestatio præcedentem obligationem, in judicium deductam, novat, quoad quid duntaxat; hactenus scilicet, quatenus novationem fieri actori prodest: non quatenus in veteri actione aliquid commodi actoris versatur, quod
novatione facta ei intervertereiur. Siquidem hæc 7
litis contestationis indoles & natura est: ut conditionem actoris nunquam deteriorem reddat, sed meliorem. *l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. jur.* Quare hac novatione necessariâ, quæ fit per litis contestationem, nec pignora, nec hypothecæ, nec fidejussores liberantur, *l. grege. 13. §. etiamsi. 4. ff. de pignorib. & hypothec. l. Gracò. 8 §. & post litem. 3 ff. de fidejussorib.* nec usuræ sistuntur. *l. lite. 35. ff. de usuris. l. 1. C. de judiciis.* nec mora purgatur. *l. si insulam. 84. ff. de verbor. obligationib.* ut novatione voluntariâ. *l. novatione. 18. ff. de*
novationib. Quia aliâs litis contestatione deterior 8
redderetur conditio actoris, *contra d. l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. jur.* Vnde & ipse Paulus IC. fatetur, novationem voluntariam differre à novatione necessariâ, quæ litis fit contestatione: ita, ut illa creditori nocere possit, hæc non item: atque per hanc novetur actio solummodo, quatenus creditori sive actori proderit, non quatenus oberit. *d. l. aliam. 29. ff. de novat. Vide Philippum Knipschildt exercitat. Acad. 13 quæst. 8. pag. 465.*

Similiter non obstat, si quis ita argumentetur: Si 9
demum per judicatum fit novatio prioris obligationis: sequitur, eam prius per litis contestationem factam non esse. Atqui per judicatum demum fit novatio prioris obligationis *d. l. ultim. in fine principii. Codic. de usuris rei judicatæ.* Igitur non fit novatio per litis contestationem. Hoc, *inquam,* argumentū non obstat. Quia judicatum per se & propriè, priorem obligationem non novat: sed inchoatam & antè factam per contestationem litis novationem perficit & cōtinuat, *argum. l. licèt. 3. §. idem scribit. 11. ff. de peculio. & l. ex duobus. 26. ff. de duob. reis constituend.* indeq; novatio dici videtur. *d. l. ult. post princip. Cod. de*
usur. rei judicat. Siquidem cùm actor, jus suum de- 10
ducendo in judicium, & hoc intendat, & jura suadeant, ut eo ipso conditionem suam faciat meliorem, non deteriorem. *d. l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. jur.* censetur sub hac conditione litem contestando novationem fecisse, ac transfudisse priorem obligationem in hanc judicialem, *si sententia & res judicata sequatur:* item *si pro actore judicetur.* Vide D. Bocerum *hic num. 8. pag. 550.*

Sic quoq; non obstat hæc argumentatio: Nulla 11
novatio sine animo ac voluntate novandi procedit. *l. 2. ff. de novationib. l. ult. Cod. eod. & hoc §. nostro.* At cùm creditor judicio agit cum debitore, non vult à priore actione recedere: sed maximè studet eam salvam habere, & judicio persequi, quod eâ actione debetur. Nam persecutio ejus, quod nobis debetur, ni-
hil aliud est, quàm actio illa prior, quæ in judicium de- 12
ducitur, *argum. principii tit. infr. de actionib.* Quapropter litis contestatione non fit novatio. Isthæc, *dico,* argumentatio non obstat. Quandoquidem respondetur: animum, propositum & voluntatem novandi in utroque, tam creditore, quàm debitore, requiri duntaxat in voluntariâ novatione, unde & nomen habet: in necessariâ verò, quæ fit per judicii acceptio-

13 ceptionem, seu litis contestationem, non item: quoniam judicium etiam in invitum redditur. *l. inter stipulantem. 83. §. 1. ff. de verbor. obligationib.* 14 Atque de voluntariâ novatione adducti textus haud dubiè loquuntur. Quin imò cùm litis contestatio utrinque hoc animo fiat, ut de illâ controversiâ & lite ad eundem judicem eatur, & quod judicatum ab eo fuerit, custodiatur, nisi fas sit & licitum provocare: quis omnem novandi animum hîc adesse, negare poterit?

15 Ex quibus omnibus ita discussis colligitur: necessariam novationem esse eam, quæ fit per litis contestationem, sed sub conditione judicati. *d. l. aliam. 29. ff. de novat. d. l. ult. C. de usur. rei judic. d. l. 1. & 2. C. de judic.* voluntariam verò eam, quæ fit per stipulationem, liberâ personarum contrahentium voluntate, sine judicii necessitate *d. l. 1. §. 1. & d. l. aliam. 29. ff. de novation. Speculator, Gœddæus & Donell. locis prææallegatis.*

16 Cæterùm sciendum est: novationem voluntariam bifariàm fieri: vel in eandem personam; veluti, *centum, quæ tu mihi debes ex empto, promittis dare?* aut *centum, quæ mihi debes sub conditione, promittis purè? Promitto:* de quâ novatione hîc *in versic. sed si eadem persona, &c.* vel in personam aliam: ut *centum, quæ Sejus mihi debet, tu Sempronî mihi promittis? Promitto:* 17 de quâ *hîc initiò*. Cui novationi simillima est delegatio: semper quippe ea hac novatione in alium fieri consuevit. *d. l. delegare. 11 in princ. ff. de novationib. Althus. lib. 2. dicæolog. cap. 19. num. 24.* 18 *& seqq. pag. 583.* Novatio igitur fieri nequit, nisi aut nova persona interveniat, à quâ idem, quod priore obligatione continetur, stipulemur: aut aliquid novi in posteriore stipulatione adjectum vel detractum sit: ut dies, conditio, fidejussor, &c. *hoc § nostro. & d. l. ult. C. d. tit.* Adeò autem novæ personæ interventu novatio fit, & prima obligatio, in posteriorē translata, deletur: ut interdum, licèt stipulatio posterior, quâ novatio fit, inutilis existat: tamen prior obligatio tollatur: veluti si id, quod tu Titio debebas, Titius à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit: quo casu novatio fit, & res amittitur, id est, debitum Titio perit. Nam & tu, tanquam Titii prior debitor, liberatis; & posterior obligatio nulla, & inutilis est: hoc est, pupillius absq; tutoris auctoritate promittens, quod tu debebas Titio, non obligatur, *hoc §. nostro.* 19 *vers. adeò, ut interdum, &c.* Inutilis autem hoc loci obligatio dicitur, non quæ utroque jure, & civili, & naturali, nullius momenti est: sed quæ auctoritate juris civilis destituta, naturali solùm vinculo nititur. Etenim si in tantum posterior obligatio nulla esset, ut ne naturali quidem jure subsisteret; prior certè no-
20 vatione extingui non posset. Nunquam enim novatione obligatio prior perimitur: nisi sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter. *d. l. 1. §. 1. ff de. novationib.* Hinc inferre licet: si quis à pupillo infante, vel infantiæ proximo, tutore non auctore, stipulatus fuerit animo novandi, quod alius debet: nullam ex hac stipulatione novationem factam esse, prioremque obligationem adhuc remanere: cùm ejusmodi pupillus ne naturaliter quidem obligari possit, *ut docuimus ad §. pupillus. 9. supr. de inutilib. stipulationib.* Et quod de pupillo diximus: non idem (inquit Imperator *hîc in vers. non idem juris, &c.*) dicen- 20
dum est, si quis id, quod alter debet, à servo fuerit stipulatus. Hîc enim novatio non procedit. Et ratio est: quia nulla nova persona, in quam fiat novatio, subest. Cur ita? quia servus jure civili personam non habet. *l. quod attinet. 32. ff. de regul. jur.* Esse autem personam oportet, in quam obligatio novata transferatur, *arg. l. quotiens. 14 in fine. ff. de novationib.*

Novari porrò possunt obligationes quæcunq; 22
sive civiles, sive naturales, sive honorariæ: nec refert, re, an verbis, an consensu sint contractæ, *d. l. 1. §. 1. & l. 2. ff eod.* Quin etiam non in purâ tantùm, sed & in conditionali & in diem contractâ obligatione, novationem locum obtinere, non ambigitur. Hoc tamen interest, quòd obligatio purè, vel in diem contracta statim, etiam antequam dies venerit, novatur; licèt agi ante diem nequeat: sub conditione verò contracta obligatio non antè novari potest, quàm ejus conditio extiterit, *hoc §. nostro. vers quod autem diximus, &c. l. in diem. 5. l si Stichum 8 §. 1. d l. quotiens. 14. ff. de novationib.* Diem autem hoc loco certum intelligi- 23
mus. Namque dies incertus pro conditione est: ac proinde novationem moratur & suspendit, si non solùm, quando exiturus sit: sed etiam, an omnino exiturus sit, pro certo haberi non possit. *d l. si Stichum. 8. §. 1. ff. eod l 1. ff. de condition. & demonstrat. Brisson. d. lib 2. de solutionib. tit. de novationib. pag. 266 edit. 1.* Verùm verò novatio locum habeat saltem in princi- 24
pali obligatione, an etiam in fidejussione, controversum videtur? Et novationem in fidejussione quoq; locum habere, adeóq; hanc per illam tolli, verius est. *l. ubicunq; 60. ff. de fidejussorib. l novatione. 4 Cod. eodem. d. l. ult. ibi, si quis vel aliam personam, &c. & ibi, vel cautionem* (hoc est, fidejussionem sive adpromissionem) *minorem acceperit, &c. Cod. de novationib.* Idq; clariùs ex eo liquet, quòd omnis omnino 25
obligatio novari potest, nec ullibi fidejussio excipitur. *d. l. 1. & l. 2. ff. eodem tit.* Regulæ autem standum est, donec de exceptione doceatur. *l. 1. ubi Decius n 6. & 7. ff de reg. jur. Bald. ad l. si tutor. 6. in fine. Cod. de servo pignori dato. Wesenbec. consil. 7. num. 7. Mynsinger. consil 14. num. 18. & seq. Gœdd. d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat cap 5. conclus. 6. num. 40. & seqq* Si igitur, quod tibi Sejus debebat ex stipulatu, à Titio dari stipulatus sis: interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: ac proinde Sejus liberatus erit, *hoc §. nostro. & d. l. ult. Cod. de novationib.* Quòd si pro Sejo fidejussor simul accesserit: ille ipse, tanquam accessorium, unà cum Sejo liberabitur. *d. l. ubicunq; 60. ff. de fidejussorib. d. l. novatione. 4. C. eod. Anton. Hering. in tractat. de fidejussorib. cap. 20 §. 3. numer. 3. & seqq.* Quod tamen declarandum est, 26
ut non procedat, sicque novatione fidejussor non liberetur: si addita sit clausula: *Citra præjudicium priorum jurium, ac fidejussionum priùs præstitarum, imò jura juribus addendo, & cumu-*

lando, &c. Hieron. Gratus *resp.126.num.8.lib.1.* Est enim tralatitium, quando contractus possunt conciliari, quòd primus à secundo non tollatur, verùm secundus intelligatur potiùs juxta primum, *per notata Decii in l. pacta novissima.12. num.3. Cod. de pact. & Bertazol. consil. civil. 1. num. 165. Quos referendo sequitur Heringius d.cap.20 §.3.num.13. & 14.*

27 De illo quoque quæri & dubitari solet: an pœnali stipulatione præcedens obligatio novetur? Hæc quæstio adeò perplexa & controversa est, ut in eâ tredecim varias Dd. opiniones se enarrare posse, dicat Alciatus *lib 5. Paradoxor.cap.12.* & multas etiam: easq; diversas recitet Bartol. *in l. ita stipulatus.115.§. fin.ff. de verbor. obligat.* Verùm illis omnibus explosis, firmiter tenendum est: pœnali stipulatione priorem obligationem nunquam novari. *Exempli gratiâ:* Si quis stipulatus sit, *aliquid dari vel fieri?* & deinde, si illud non fieret, pœnam stipuletur: eaque stipulatio commitatur, ut pœna peti possit: hoc utique casu novatio aliqua facta non censetur. Etsi enim hæc commissa stipulationis conditio aliquid similitudinis cum novatione habet, quatenus nova jam succedit obligatio, ut liberum sit, aut promissum petere, aut pœnam: reverâ tamen non est novatio: quia neque ab initio neque ex eventu transfundit priorem obligationem in novam posteriorem, *arg. l. si quis rem. 30. ff. de recept. qui arbitrium, &c. l. apud Celsum. 4. §. l. Labeo. 7. ff. de doli mali & met. except. l. si quis à socio. 41. l. seq. l. duo. 71. ff. pro socio. l. prædia. 28. ff. de act. empt. l. stipulatio ista. 38. §. unde. 23. vers. & si creditori. l. cùm stipulatus. 113. l. ita stipulatus. 115. §. fin. ff. de verb. obligat. l. si pacto. 14. Cod. de pact. l. unda. 5. Cod. de contrah. & committ. stipulat.* Illudque etiam viva &

28 efficax ratio docet. Nam qualibet stipulatio à fine suo æstimatur. Pœnalis autem stipulatio non additur hoc fine, ut præcedentem tollat, & ita novet, vel transfundat: sed ut firmiorem reddat illam, magisque stipulatori caveat. *§. ultim. supr. de legat. & §.*

29 *ultim. supr. de verbor. obligat.* Igitur non novat: præsertim, cùm pœnalis stipulatio quodammodo accessoria sit ad principalem, vel saltem sit minùs principalis. *arg. l. si homo mortuus. 69. ff. d. tit.* Ast accessorium, sive minùs principale non debet novare id, quod principale sive nobilius est, *arg. l. quinusfructum. 58.*

30 *ff. de verb. obligat.* Neque præterea quod in alicujus favorem introductum est, in odium ejus converti; neque vicissim, quod in alicujus odium inductum est, id in ejus favorem converti debet. *l. nulla. 25. ff. de legib. l. relegatorum. 7. § fin. ff. de interdictis & relegat.* Atqui in favorem creditoris, pœna principali contractui adjecta est, ut timore pœnæ debitor servaret promissa, *argum. l. liber homo. 118. §. fin. ff. de verb. obligat. l. 1. vers. & ob hoc invicem. Cod. de receptis arbitris.* Non ergo in odium ejus converti, & novationem contra creditorem, pro debitore (cujus in odium pœna ista adjecta est) operari debet.

31 Non adversatur *l. 1. § item si ita. 8. ff. ad leg. Falcid. l. 1. ff. de penu legatâ. & l. si penum. 24. ff. quando dies legator. ced.* ubi traditur: si testator ita legat; *penum uxori meæ* (sive Lucio Titio) *dato: si penum non dederit, decem dato:* herede interpellato nec solvente, *saltem decem deberi*, quasi prior legato in posterius translato. Translatio autem ejusmodi reputatur esse novatio. *d. l. 1. ff. de novationib.* Ergo & posterius legatum, quod pœnale est, novatio erit. Quod si in legato verum est, multò magis in stipulatione recipiendum videtur. Leges, *inquam*, illæ non adversantur. Primò enim in iis novatio locum sibi vindicare nullo modo potest: siquidem novatio est prioris de- 32 biti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio. *d. l. 1. ff. de novationib.* Sed in prædictis juribus nullum præcessit debitum, quod novari possit. Etenim cùm penus legatur, & nisi detur, pœna subjicitur: hic penus est in præstatione, non in obligatione. *d. l. 1. ff. de penu legat.* Igitur subjecta pœna non novat id, quod non est novabile, cùm penus non debeatur. Dein legatum istud posterius *in d. l. 1. ff. eod. & d. l. si penum. 24 ff. quando dies legat. &c.* non propterea prius tollit, & solum debetur, quod sit reverâ quædam prioris obligationis vel legati in posterius transfusio, atque ita novatio: sed quod testator censeatur ademisse prius legatum per posterius sub hac conditione, *si heres penum non dederit d. l. si penum. 24. vers. sub conditione fundi. ff. eod.* Vnde etsi liberaliter concedatur: paremlega- 33 ti & stipulationis hac in re causam esse: nondum tamen novationem probaret: cùm tacita vel expressa legati ademptio nullâ ratione possit videri obligationis transfusio. *tot. tit. supr. de adempt. & translat. legator. l. 1. & tot. tit ff. de adimend. vel transfer. legat.* Neque etiam omne transfusum est novatio: sed translatio quandoque quædam legati conditionalis, quod erat in præstatione. *l. translatio. 6. ff eod.* Præ- 34 terea dispar planè hac in re ratio est legati & stipulationis. Pœnalis namque stipulatio non ideo subjicitur, ut prior propter posterioris conditionem evenientem sit adempta, & pro non contractâ: sed ut eò magis sit securus creditor, & debitorem utrâque habeat obligatum. Vnde convenire licet; ut pœna petatur nihilominus, ratâ manente præcedente stipulatione: hoc est, ut utrumque & res & pœna debeatur. *l. qui Romæ. 122. §. fin ff. de verb. obligat. l. rescriptum. 10. § si pacto. 1. ff. de pact. l. qui fidem. 16. ff. de transactionib. l. cùm proponas. 17. ibiq. Dd. Cod. eod. tit.* quanquam citra hanc conventionem alterutrius petitione ac solutione stipulator contentus esse debeat. *d. l. rescriptum. 10 §. 1. ff. de pact. & d. l. qui fidem. 16. ff. de transact. & utrobiq. Interpretes.*

Non adversatur quoque *l. obligationum ferè. 44 §. 35 fin. ff. de obligationib. & actionib.* ubi Paulus in hæc verba respondet: *Si navem fieri stipulatus sum, & si non feceris, centum: videndum, utrùm duæ stipulationes sint, pura, & conditionalis, & existens sequentis conditio, non tollat priorem, an verò transferat in se, & quasi novatio prioris fiat: quod magis verum est.* Nam ideò ibi pœna novationem operatur: quia præcesserat obligatio facti, puta *navem fieri:* ad quod factum promissor præcisè urgeri non poterat. *l. stipulationes non dividuntur. 72. in princ. ff. de verbor. obligat.* Proindeque rectè pœna subdi-

ta quasi novationem (etiam ex præsumptâ partium
36 intentione) operabitur. Voluit enim stipulator sibi prospicere de pœnâ, qui sciebat, promissorem super obligatione principali cogi non posse, sed præstando interesse liberari. *d. l. stipulationes. 72. in princ. l. si pœnam. 68. l. quotiens. 81. in princ. l. si quis stipulatus. 112. § fin. & l. si fundum. 114 ff. d. tit. & latissimè ostensum ad principium tit. supr. de verbor. obligat. n. 57. & multis seqq.* Nec tamen est vera novatio: cùm promissor super pœnâ conventus, usque ad litis contestationem factum offerre queat. *l. si insulam 84. ff. d. tit.* Operatur ergo dicta pœna non veram novationem, quæ facti obligationem tollat, sed umbram quandam novationis eatenus, quatenus post litis contestationem factum non ampliùs offerri potest. *d. l. si insulam. 84 ff. de verb. obligat.* Idque explanatiùs persequuntur *Zasius lib. 1. singularium responsor. cap. 4. Duaren & Donell. ad d. l. ita stipulatus, 115. num. 31. & seqq. ff. de verb. obligat. Gæddæus d. Commentar. de contrah. & commit. stipulat. cap. 5. conclus. 7. num. 54. & seqq. Arumæus Exercitat. Iustin. 16. thes. 15. & Hænon. disput. 17. ad Institut. controvers. 25.* Eâdem de re videantur *Alciatus d. lib. 1. Paradoxor. cap. 12. Hotoman. illustr. quæst. 10. & Brissonius d. lib. 2. de solutionib. tit. de novationibus pag 269. & seq. ed. 1. Knipschildt exercit. Acad. 6 quest. 18 pag. 238. cum seq. nec non Georgius Frantzkius exercitat. jurid. 11. quæst. 9. pag. 366. & seqq.*

37 Porrò novationem ita demum fieri, si hoc inter contrahentes esset actum, inter veteres Jurisconsultos satis constabat. *l. 2. l. si ita fuero. 6. l. si Stichum. 18 §. 1. l. fundum. 28. ff. de novationib.* Sed hoc apud eosdem dubium & in obscuro plerunque positum erat: ex quibus indiciis, & quomodo intelligi deberet, posteriorem stipulationem novandi animo interpositam esse. Alii enim alias conjecturas & præsumptiones, ex quibus novandi animus perspiceretur, idoneas esse judicabant, *hoc § nostro. vers. sed, cùm hoc quidè. &c.* Quare tandem Justinianus Imperator, ut totam hanc difficultatem tolleret, ac rixarum amputaret occasiones, constituit: non aliter hodie novationem fieri, quàm si novare se, hancque posteriorem stipulationem novandi animo interponere velle, disertè & specialiter contrahentes expressissent, *d. l. ult. Cod. de novationibus.*

38 Cui non refragatur Julianus *in l. qui usumfructum. 58. ad finem ff. de verbor. obligationib.* ex quâ dicendum videtur jure etiam antiquo, ante Justiniani constitutionem, non aliter novationem fuisse factam, quàm si id specialiter & nominatim expressum fuerit à contrahentibus. *Nam* respondent nonnulli, verba illa *in d. l. 58.* posita. *specialiter expresserit,* à Triboniano (ut & in aliis quibusdam locis) esse addita, dum responsum istud Juliani ad constitutionem Justiniani accommodare voluerit. *Cujac. hic in suis not. & ad d. l. 58. ff. de verb. oblig. Brissonius d. lib. 2. de solut. tit. de novat. pag. 271. edit. 1. Borcholt. Marcilius, & Vultejus hic in fine.* Verùm hac responsione, ceu erroneâ, rejectâ, alii respondendum existimant: *in d. l. qui usumfructum. 58.* idcirco ad novationem requiri, ut contrahentes animum novandi specialiter expresserint: quia minus sit in usu, quàm in fructu; minus in itinere, quàm in actu: posteriore autem stipulatione, quæ minus contineat, quàm est in priore, non novari priorem. *l. eum, qui 56. §. si à te. 7. ff. de verb. obligat.* proindeque hoc in casu, ut novatio facta censeatur, omnino requiri, ut expressum sit specialiter, posteriorem stipulationem novandi animo esse factam. *Anton. Faber. lib. 3 conjectur. jur. civil. cap. 3. Arumæus. d. Exercitat. Iustin. 16. thes. 16. Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 8. quæst 11.* Aliter quoque id explicat Donellus *ad d. l. qui usumfructum. 58. num. 5. & 6. ff. de verb. obligationib.*

Non item refragatur *d. l. aliam causam. 29. ff. de no-* 39
vationib. ubi Paulus apertè scribit: post pubertatem tutelæ actionem novari, itemque post divortium actionem de dote, *si id specialiter actum sit.* Quoniam verisimile non est: mulieris, quæ post divortium à marito dotem stipulatur, vel pupilli, qui post pubertatem à tutore, voluntatem illam esse, ut actio de dote, vel tutelæ novetur, & in stipulationem transfundatur: cùm iis longe consultius sit agere de dote, vel tutelæ, quæ bonæ fidei actiones sunt, quàm ex stipulatu, quæ stricti juris est. Multa namque privilegia habet actio de dote, itemque tutelæ, quæ actio ex stipulatu non habet. *Faber. d. cap. 3 post. medium.*

Adhæc non refragatur. *l. si rem. 31. §. si duo. 1. ff. de* 40
novationibus. ubi Venulejus ait: correum stipulandi, post contractam obligationem stipulantem à reo promittendi, posse cum novatione liberare ab altero correo stipulandi, *cùm id specialiter agit.* Quia & ibi casus specialis & à regulâ exceptus continetur. Nisi enim specialiter id agatur, ut novatio fiat, non potest correus stipulandi à reo videri stipulari eo animo, ut novet: sed dicendum potiùs est, inutilem esse posteriorem stipulationem, quâ illud ipsum promittitur, quod jam antè debebatur. *l. qui bis. 18 ff. de verb. obligat.* Nisi itaque hoc expressum fuerit, animo novandi stipulationem posteriorem subjectam esse, novatio facta non intelligetur. *Faber. d. cap. 3. in fine.*

Denique non refragantur omnes illæ leges, in qui- 41
bus dicitur, aliter non fieri novationem, quàm si hoc actum fuerit. *d. l. 2. d. l. si ita fuero. 6. ff. de novat. cum similibus suprà allegatis. num. 37.* Nam olim quidem novatio non fuit facta, nisi animum novandi contrahentes habuissent. Hoc autem recenter Justinianus suâ constitutione addidit; ut hunc animum suum contrahentes palàm & specialiter verbis testarentur. Idroque non sequitur: novatio olim fiebat, cùm hoc actum esset. Ergo animus novandi verbis specialiter testandus & exprimendus fuit, *ut rectè docet Hunnius. d. quæst. 11. in fine.* Idque eleganter declarat Ga- 42
spar Schifordegher. *lib 2. ad Anton. Fabr. tr 5. quæst. 1. & seqq.* ubi Pragmaticorum illorum errorem intolerabilem esse demonstrat, qui ex præsumptionibus & conjecturis verisimilibus atque manifestis, jure etiam novo, novationem induci autumant. Cæterùm è numero illorum sunt *Cynus in d. l. ult. vers. non istam. Cod. de novationib. Vincentius de Franchis decis. 15. numer. 2. Matth. de Afflict. decis. 44. num. 15.*

Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 134. & cons. 235. num. 48. & consil. 1141. num. 13. Mascard. de probation. vol. 2. conclus. 1121. num. 18. & seqq. Simon de Præis. consil. 134. num 8. cent. 2. Stephan. Gratian. decis. 117. num. 11. 12. & 13. Cacheran. decis. 142. num. 2. Ioan. Vincent. Hondedeus vol. 2. part. 3 consultat 40. num. 36. Andr. Gail. lib. 2. obs. 30. num. 3. Zanger. in tract. de except. pag. 3 cap. 3. num. 44. Ioan. Bap. Costa de facti scientia & ignorant. cent. 1. distinct. 86. num. 2. Gutierez. de juram. confirmator. part. 1 cap. 63 Caroc. de excuss. bonor. part. 2. quæst. 54. Mynsinger. hic numer. 9. & Heigius. num. 14. Doctor Marta tom. 3. Digestorum novissimor. tit. novatio, cap. 10. fol. 222. Fachinæus lib. 3. controvers. jur. cap. 92. & Arumæus, sibi contrarius, lib. 2. decis. 3. num. 21. & seqq. Adde de eadem quæstione novè diligenter differentem Georgium Frantzkium *exercitat. jurid. 11. quæst. 10. pag. 370. & seq.* Philippum Knipschildt *exercit. Acad. 13. quæst. 11. pag. 438.* Bachovium *hic num. 9. pag. 852.* Itemq; Timæum Fabrum *disp. 25. ad Institut. Imperial. sub th. 8.*

§. *Hoc amplius. 4. & ultimus.*

Hoc amplius, ex obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis: deinde re nondum secuta, id est, neque precio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab eâ emptione & venditione: invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.

SVMMARIA.

1 *Contrario utriusq; partis consensu sive pœnitentiâ tollitur obligatio.*
2 *Quando obligationes, ex consensu descendentes, pœnitentiâ dissolvantur.*
3 *Re non ampliùs integrâ, pœnitentiæ non est locus.*
4 *Unumquodque eo modo dissolvi debet, quo colligatum est.*
5 *An & quatenus obligatio fidejussoria contrario dissensu perimatur.*
6 *Principali obligatione extinctâ, accessoria subsistere nequit.*
7 *An & quatenus conventio pœnalis in contractu emptionis-venditionis, propter pœnitentiam adjecta (vulgò Rewkauff) valeat, &c. remissivè.*

1 QVartus & ultimus tollendarum obligationum modus, est *contrarius utriusque partis consensus*, sive *pœnitentia*, vel *dissensus*. Qui modus proprius esse obligationum ex consensu censetur. Est enim id summè tenendum: ex quatuor hisce liberationibus, solutionem *re* fieri: acceptilationem & novationem *verbis*: pœnitentiam *nudâ voluntate seu dissensu*: quemadmodum ipsæ fermè obligationes dividuntur. *l. 1. § 1. ff. de oblig. & act. §. ult. f. de obl.* Tum demum autem contractus & obligationes ex 2 nudo consensu descendentes (qualis est emptio, conductio, mandatum, societas) pœnitentiâ seu contrariâ voluntate dissolvuntur, si res adhuc integra fuerit: quia videlicet nihil adhuc datum est, vel factum. *hoc §. nostro. vers. deinde re nondum secutâ, &c. l. Iuris gentium. 7. §. adeò. 6. ff. de pact. l. 2. l. 3. l. cùm emptor. 5. §. 1. ff. de rescind. vendit.* Nam re non ampliùs integrâ, pœ- 3 nitentiæ haud est locus. *l. 1. & 2. C. quando liceat ab empt. disced.* Sed & re non ampliùs integrâ (*traditione putà interveniente*) ab istis contractibus recedi potest: restitutis iis, quæ priùs utrinque tradita sunt. *l. ab emptione. 58. ff. de pactis. Duaren. in tract. ad d. l. 7. §. adeo. 6 ff. eodem. fol. mihi 77. tametsi aliter sentiat Ant. Fab. de errorib. pragmatic. decad. 95 cap. 8. cum seq. & decad. 96. cap. 1. & seqq.* Ratio autem, 4 cur obligationes, quæ consensu constant, contrario consensu tollantur, est perspicua: quia nihil æquitati naturali tam conforme & consentaneum est, quàm unumquodque eo modo atque genere dissolvi, quo colligatum est. *l. prout quidque. 80 ff. de solutionibus. l. nihil tam naturale. 35. l. omnia. 100. & l. ferè quibuscunque. 153. ff. de reg. jur.* Porrò & obligatio fide- 5 jussoria extinguitur, si debitor & creditor consensu contractam obligationem, pro quâ fidejussor intervenit, contrario dissensu, re integrâ, dissolverint. *d. l. 3. ff. de rescind. vendit. & l. Stichum. 95. §. ult. ff. de solutionib.* ubi Papinianus disertè respondit: Si inter emptorem & venditorem convenerit, priùs quàm aliquid ex alterutrâ parte solveretur, ut ab emptione discedatur: fidejussorem eo nomine acceptum, soluto 6 contractu, liberari. Ejusque ratio non obscura est: quia principali obligatione sublatâ; fidejussio, utpote obligatio accessoria, *§. fidejussores. 5. supr. de fidejussorib. l generaliter. 5. ibi, ex causâ accessionis. & l. hi, qui accessionis. 34 ff. eodem.* amplius subsistere nequit. *l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cum principalis. 178. ff de reg. jur. Anton. Hering. in tractat. de fidejussorib. cap. 20. §. 11. num. 2.*

Tandem an & quatenus conventio pœnalis in 7 contractu emptionis-venditionis, propter pœnitentiam adjecta (*vulgò* Rewkauff) valeat? an item emptor, invito venditore, pœnali conventione uti, & solvendo mulctam pœnitentiæ (Rewkauff) à contractu resilire possit? & ad quod usque tempus emptor & venditor isthac conventione uti, & pœnam pœnitentiæ solvendo à contractu discedere queant? An denique præter pœnam conventionalem is, qui contractum non servat & adimplet, etiam ad interesse teneatur? *Post plures alios, à se citatos,* abundè & diligenter explicat Matthias Berlichius *decis. aur. 43. & tribus sequentibus.*

FINIS LIBRI III. Institutionum Justinianearum: atque adeò Tomi tertii horum operum.

INDEX.

INDEX
RERVM ET VERBORVM,

Quæ in hoc

TERTIO TOMO
comprehenduntur.

Prior numerus paginam; Posterior numerum marginalem designat.

A.

Ascen-

quovis

D.

G.

Interte-

L.

Ludens,

N.

O.

P.

Paris

Q.

R.

S.

V.

FINIS.